

Rechtstheorie

Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung

Stefan Griller
Heinz Peter Rill
(Gesamtredaktion)

Springer Wien New York

Forschungen aus Staat und Recht 136

Herausgeber: Univ.-Prof. Dr. Bernhard Raschauer,
im Zusammenwirken mit Univ.-Prof. Dr. DDr. h.c. Günther Winkler
und Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter

Gesamtredaktion:

Univ.-Prof. Dr. STEFAN GRILLER, FB Öffentliches Recht
Universität Salzburg, Salzburg, Österreich

Univ.-Prof. Dr. HEINZ PETER RILL, Wirtschaftsuniversität Wien
Wien, Österreich

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte,
insbesondere die der Übersetzung, des Nachdruckes,
der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung,
der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege
und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen,
bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten.

© 2011 Springer-Verlag/Wien
Printed in Austria

SpringerWienNewYork ist ein Unternehmen
von Springer Science + Business Media
springer.at

Produkthaftung: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch/wissenschaftlichen
Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle
ohne Gewähr. Eine Haftung der Herausgeber, der Autoren oder des Verlages
aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

Reproduktionsfertige Vorlage der Herausgeber
Druck: Ferdinand Berger & Söhne Gesellschaft m.b.H., 3580 Horn, Österreich
Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier
SPIN: 11496106

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISSN 0071-7657

ISBN 978-3-211-36811-4 SpringerWienNewYork

Inhaltsübersicht

	Seite
Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis.....	IX
HEINZ PETER RILL	
Grundlegende Fragen bei der Entwicklung eines Rechtsbegriffs	1
CLEMENS JABLONER	
Der Rechtsbegriff bei Hans Kelsen	21
MICHAEL PAWLIK	
Der Rechtsbegriff bei H.L.A. Hart	41
STEFAN GRILLER	
Der Rechtsbegriff bei Ronald Dworkin	57
EWALD WIEDERIN	
Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's	81
MICHAEL POTACS	
Die Grundnormproblematik	135
THEODOR SCHILLING	
Das Verhältnis zwischen Völkerrecht, Gemeinschaftsrecht und staatlichem Recht	153
BERND-CHRISTIAN FUNK	
Die Leistungsfähigkeit der Stufenbaulehre Zur Wissenssoziologie eines reduzierten Positivismus	195
ROBERT SCHICK	
Auslegung und Rechtsfortbildung	209
RUDOLF STREINZ	
Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bzw Unionsrechts durch den EuGH Eine kritische Betrachtung	223
Verzeichnis der Autoren dieses Bandes	265

Der Rechtsbegriff bei Hans Kelsen

I. Einleitung

Eine bündige Definition des Rechtsbegriffs finden wir bei KELSEN nicht. Vielmehr umschreibt er den Gegenstand „Recht“ aus verschiedenen Perspektiven. WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER, die ihrem Lehrbuch des Verfassungsrechts einen explizit auf die Reine Rechtslehre gestützten Rechtsbegriff voranstellen, erfassen ihren Gegenstand wie folgt:¹ Unter dem positiven Recht werde jedes

- von Menschen für Menschen gesetzte,
- regelmäßig wirksame (effektive) und
- organisierten Zwang androhende Regelungssystem

verstanden. Ein solches System werde – dem Charakter der Rechtswissenschaft als einer auf die Erkenntnis von Normen gerichteten Wissenschaft entsprechend – als Normensystem betrachtet, was freilich eine Grundnorm voraussetze.

Im Folgenden wird versucht, die einzelnen Elemente dieses Rechtsbegriffs zu analysieren, wobei auf die Spätlehre KELSENS Bezug genommen wird.² Weiterentwicklungen und Kritik werden nur punktuell berücksichtigt. Die Skizze soll die Kontur des KELSEN'schen Rechtsbegriffs deutlich hervortreten lassen.³

Vorauszuschicken ist der Hinweis auf einige grundsätzliche Elemente der Reinen Rechtslehre: Sie legt den Gegenstand „Recht“ nicht im Wege

¹ Vgl. WALTER/MAYER/KUCSKO-STADLMAYER (2007), Rz 1 f.

² Quellen sind daher vor allem die beiden späten Fassungen des KELSEN'schen Systems: Die „Reine Rechtslehre“ in der Fassung von 1960 (im Folgenden: KELSEN [1960]) und die „Allgemeine Theorie der Normen“ von 1979 (im Folgenden: KELSEN [1979]). Zur Entwicklung der Reinen Rechtslehre und den Besonderheiten der Spätlehre vgl. etwa HEIDEMANN (1997a) 140. Ausgeklammert bleibt im Folgenden, dass die Reine Rechtslehre Normensysteme danach unterscheidet, ob sie dem statischen oder dynamischen Prinzip folgen (vgl. KELSEN [1960] 198). Normen des statischen Typus gelten, weil ihr Inhalt im Inhalt höherer Normen seinen Geltungsgrund findet, Normen des dynamischen Typus basieren auf höheren Normen, die allein den Geltungsgrund, aber nicht den Geltungsinhalt liefern. Zur Modernität der dynamischen Rechtsbetrachtung vgl. LIPPOLD (2000) 445.

³ Zum Thema besteht bereits eine Reihe von Abhandlungen. Hingewiesen sei beispielhaft zunächst auf KELSENS zuerst 1958 erschienenen Aufsatz „Der Begriff der Rechtsordnung“ (KELSEN [1958]), in dem allerdings der Zwangscharakter der Rechtsordnung ausgeklammert bleibt. Kritisch weiterentwickelt wird der Rechtsbegriff KELSENS in mehreren Schriften WALTERS, besonders WALTER (1974), weiters bei KUCSKO-STADLMAYER (1992) und THIENEL (1998). Für eine Gesamtdarstellung der Lehre KELSENS vgl. HORST DREIER (1990) und WALTER (1999). Eine Darstellung der Lehre als Spielart einer positivistischen Rechtstheorie findet sich bei OTT (1992) 45, 233.

apriorischer Ableitungen oder abstrakter Aufstellungen, sondern auf analytischem Weg fest. KELSEN geht es darum, jenen Gegenstand, der von der Rechtswissenschaft seit langem als „positives Recht“ bezeichnet wird, in kritischer Weise zu beleuchten und zu rekonstruieren. Ein – wenn auch unscharfer – Begriff des positiven Rechts wird also bereits vorausgesetzt. LIPPOLD hat diese Weise an den Gegenstand heranzugehen, griffig als „Sprung ins Recht“ bezeichnet.⁴ Neben dieser konstruktiven übt die Reine Rechtslehre zugleich eine dekonstruktive Funktion aus. Sie besteht in der Kritik der herkömmlichen Rechtswissenschaft, der KELSEN vorwirft, unter der Verhüllung scheinbar juristischer Konstruktionen das positive Recht ideologisch zu verfälschen.⁵ Die Reine Rechtslehre ist also nicht nur eine Methodologie für Juristen, sondern auch eine Ideologiekritik.

In erkenntnistheoretischer Hinsicht gründet die Reine Rechtslehre auf der Trennung von Sein und Sollen, auf dem Dualismus von Tatsachen und Werten, Aussagen und Normen, Wissen und Wollen. Die Annahme einer eigenständigen Sphäre des Sollens wird von KELSEN nicht weiter begründet; sie sei „dem Bewusstsein unmittelbar gegeben“.⁶ Die Abtrennung der Sphäre des Sollens von jener des Seins bedeutet nicht den Ausschluss von Wechselwirkungen. Tatsächliche Verhältnisse wirken auf die Normsetzung und Normen wirken auf die Realität zurück. So lässt sich etwa eine Prognose darüber abgeben, dass bestimmte Missstände zu bestimmten sie bekämpfenden Befehlsakten führen werden, die allenfalls als Rechtsnormen gedeutet werden können und es lässt sich einschätzen, ob eine solche Normsetzung geeignet sein wird, diese Missstände zu beheben. Worauf es ankommt, ist die logische Unableitbarkeit der Normen aus der Wirklichkeit. Aus einem Seinsurteil kann kein Sollensurteil abgeleitet werden (und umgekehrt). Die Seinsordnung der Natur wird durch das Prinzip der Kausalität bestimmt und mit Ursache-Wirkung-Sätzen beschrieben, die Sollensordnung durch das Prinzip der Zurechnung bestimmt und mit Sätzen beschrieben, die den spezifischen Sinn zum Ausdruck bringen, in dem Bedingung und Folge, Tat und Sanktion miteinander verknüpft sind.⁷ Aus einer modernen Perspektive geht es darum, die Eigenständigkeit einer Sphäre des Sollens als Gegenstand der Normwissenschaft(en) zu bewahren. In wissenschaftshistorischer Hinsicht ist die Etablierung einer eigenständigen naturwissenschaftlich zu beschreibenden Welt des Seins aber erst das Ergebnis des Zerfalls des ursprünglich normativen Weltbildes.⁸ So lan-

⁴ So LIPPOLD (2000) 24.

⁵ Vgl KELSEN (1931) 72 und dazu HANS MAYER (1937) 219.

⁶ Vgl zB KELSEN (1979) 48.

⁷ Vgl KELSEN (1960) 78.

⁸ Vgl KELSEN (1960) 88.

ge man die Wirklichkeit als gesollt ansah, war schon deshalb kein Platz für eine reine Normwissenschaft.

Bei steter Bedachtnahme auf die Trennung von Sein und Sollen hat die Reine Rechtslehre indessen eine doppelte Aufgabenstellung: Sie will sowohl eine normativistische Theorie sein, die das Recht in seiner Eigenart als Sollensordnung beschreibt, als auch eine positivistische Theorie, die nur jene Sollensordnungen zu erfassen sucht, die einen spezifischen Bezug zur Wirklichkeit aufweisen. In diesem Sinn soll im Folgenden zunächst das Recht als Sollensordnung dargestellt werden, sodann das Recht als effektive Zwangsordnung. Es soll also zunächst um jene Elemente gehen, die eher den normativistischen Aspekt zur Geltung bringen und sodann um jene Elemente, die eher für den positivistischen Aspekt der Reinen Rechtslehre stehen.

II. Das Recht als Normenordnung

1. Die Reine Rechtslehre fasst das Recht als System von Sollensanordnungen – Normen – auf. Norm bedeutet, dass etwas sein oder geschehen soll, insbesondere, dass sich ein Mensch in bestimmter Weise verhalten soll. Das Sollen ist der objektive Sinn, die Bedeutung menschlichen Verhaltens.⁹ Als Tatsache ist sinnlich wahrnehmbar, dass jemand seine Unterschrift auf ein Stück Papier setzt, die rechtliche Bedeutung seines Handelns aber ist die Erzeugung – oder die Mitwirkung an der Erzeugung – einer Rechtsnorm, etwa die Erlassung eines Bescheids. Der Akt kann sich seine rechtliche Bedeutung nicht selbst zulegen und auch von der handelnden Person nur behauptet werden. Vielmehr erhält der Akt seine Rechtsqualität – und somit als Geltung seine spezifische Existenz als Norm – dadurch, dass sich eine andere Norm auf ihn bezieht und für ihn als Deutungsschema fungiert. Nur auf diese Weise kann ein Akt, der subjektiv den Sinn eines Sollens hat, diese Bedeutung auch objektiv erhalten. Da auch jene Norm nur dann gilt, wenn tatsächliches Geschehen normativ gedeutet wird – also etwa das Tätigwerden von Menschen im Parlament als Erzeugung eines Gesetzes über das Verwaltungsverfahren – entsteht auf diese Weise ein Stufenbau bedingender und bedingter Normen. Dieser Rekurs führt notwendig zur historisch ersten Verfassung, deren Geltung als Rechtsnorm nur angenommen werden kann. Diese Annahme bezeichnet man als „Grundnorm“.¹⁰ Ihre erkenntnistheoretische Funktion besteht darin, für den Zweck der Rechtswissenschaft die Geltungsfrage zugleich

⁹ Vgl zum Folgenden: KELSEN (1960) 4.

¹⁰ Vgl zuletzt WALTER (1992a) mwN.

aufzuwerfen und zu beantworten. Zwar nur hypothetisch, also unter der Annahme der Grundnorm, aber eben doch kann von der Geltung der Rechtsnormen gesprochen werden. Die Einheit stiftende Funktion der Grundnorm liegt darin, dass eine Normenmenge desselben Ursprungs als Normensystem gedeutet werden kann.¹¹

2. Mit der Deutung des Rechts als einer normativen Ordnung grenzt sich die Reine Rechtslehre gegen Spielarten eines Rechtsrealismus ab, der – in rechtssoziologischer Perspektive – den Gegenstand Recht so fassen sucht, dass es nur auf tatsächliches menschliches Verhalten ankommt, das Normative aber an den Rand rückt. Den Anmutungen des Rechts trägt der Rechtsrealismus gerade noch so Rechnung, dass die „normative Ideologie“ – als psychologisches Motiv – das Verhalten des Richters und der anderen Normadressaten beeinflusst.¹²

Für die Zweckmäßigkeit einer normativistischen Rechtsbetrachtung spricht vor allem die Überlegung, dass die realistische Rechtsbetrachtung den spezifisch normativen Charakter des Rechts verfehlt. Nun könnte man diesen Einwand insoweit als unerheblich abtun, weil es dem Rechtsrealismus eben darum nicht zu tun ist. Es zeigt sich aber, dass diese Abstinenz vom Normativen schwerlich durchgehalten werden kann. Sollen nämlich die Tatsachen der Erlassung eines Befehls einerseits und seiner Wirkungen andererseits, also insbesondere seiner Befolgung, zueinander sinnvoll in Beziehung gebracht werden, dh soll von Norm und Normbefolgung die Rede sein, so ist das ohne Bezugnahme auf den spezifischen Sollenscharakter des Befehls nicht möglich.¹³ Selbst wenn man das sollensmäßig vorgestellte Recht als „normative Ideologie“ qualifiziert, gerät man doch nicht aus dem Bannkreis der Reinen Rechtslehre. KELSEN selbst hat nämlich betont, dass das Recht in dem Sinne, als es das Ergebnis einer bestimmten Deutung der Wirklichkeit ist, auch als „Ideologie“ anzusehen ist.^{14, 15}

3. Die Grundnorm als Annahme der Geltung der historisch ersten Verfassung gibt keinen Rechtsinhalt vor, sie ist in diesem Sinn rein „for-

¹¹ Vgl KELSEN (1958) 1400.

¹² Zur Diskussion zwischen dieser Schule und der Reinen Rechtslehre vgl zusammenfassend SCHMIDT (1988).

¹³ Vgl dazu SCHMIDT (1988) 102 unter Bezugnahme auf KELSEN (1945) 175.

¹⁴ Über die spezifischen Verwendungen des Begriffs „Ideologie“ in der Reinen Rechtslehre vgl KELSEN (1931) 69.

¹⁵ Die Ablehnung einer Welt des Sollens durch die Rechtsrealisten, insbesondere ALF ROSS, beruht auf dem Einfluss von neopositivistischen Positionen, wie sie etwa von NEURATH vertreten wurden (vgl BJARUP [1978] 75). Zu den Differenzen und Berührungspunkten zwischen KELSEN und dem Neopositivismus vgl eingehend die Beiträge in JABLONER/STADLER (2001), insbesondere WALTER.

mal“. Ihre Neutralität ist in zwei Richtungen hin zu betonen: Im Hinblick auf die grundsätzliche Trennung von Sein und Sollen ist es unzulässig, aus der Wirksamkeit von Normen auf ihre Geltung zu schließen. An der Spitze der Normenpyramide darf daher nicht der Hinweis auf ein Seinsphänomen, etwa die Entscheidung eines Souveräns oder die Anerkennung durch bestimmte Personen, stehen.¹⁶

Die Reine Rechtslehre steht aber auch Versuchen ablehnend gegenüber, den Geltungsgrund des Rechts in Normen zu finden, die einer anderen – als höher behaupteten Ordnung – angehören und damit den Rechtsbegriff in eine naturrechtliche Richtung hin öffnen. Das als „Trennungsthese“ bezeichnete Axiom der Trennung von Recht und Moral hängt eng mit der wertrelativistischen Grundhaltung KELSENS zusammen.¹⁷ Da oberste Werte nicht erkennbar sind, fehlt der absolute und damit verbindliche Maßstab, an dem das positive Recht jeweils zu messen wäre.

Die Trennungsthese bedeutet nicht nur, dass aus den Normen der Moral, einer Religion oder eines Naturrechts keine Rechtsnormen abgeleitet werden können. Sie steht auch jedem Versuch entgegen, die Geltung von positiv-rechtlichen Normen davon abhängig zu machen, dass sie mit Normen eines Naturrechts etc vereinbar sind.¹⁸ Anders ist die Lage, wenn in-

¹⁶ Das unterscheidet die Reine Rechtslehre insbesondere von der Lehre HARTS. Darüber, dass die Reine Rechtslehre ihren Gegenstand dennoch nicht ohne Bezugnahme auf die Wirklichkeit wählt vgl später III.

¹⁷ Vgl zum Folgenden KELSEN (1960) 68.

¹⁸ Die Trennung von Recht und Moral ist ein Grundzug nicht nur der Reinen Rechtslehre, sondern jeder rechtspositivistischen Theorie. In der neueren Literatur wird der gegenteilige Standpunkt bisweilen als Problem zu unterscheidender Perspektiven auf das Recht formuliert (vgl besonders ALEXY [1992] 39 und KOLLER [1997] 45). Es gäbe die Perspektive des Teilnehmers, der innerhalb eines Rechtssystems argumentiere und ein Interesse daran habe, dass sich die Auslegung und Handhabung des Rechts an den zu Grunde liegenden Wertvorstellung orientiere, auf Grund welcher er die Regeln akzeptiere (KOLLER [1997] 48). Diese „Teilnehmerperspektive“ werde dabei nicht nur vom Richter eingenommen, sondern auch vom rechtsdogmatisch tätigen Rechtswissenschaftler, wenn er die Rechtsordnung beschreibt. Für den Teilnehmer habe die Trennungsthese nicht zu gelten. Diese verbliebe allein der Perspektive des „Beobachters“, der eine ferne oder frühere Rechtsordnung daraufhin untersuche, wie sie wirklich angewendet werde oder worden sei.

Zunächst scheint dies der Reinen Rechtslehre nicht fern zu stehen, betont diese doch im Rahmen ihrer Interpretationstheorie, dass man den Erkenntnisvorgang der wissenschaftlichen Interpretation vom Entscheidungsvorgang des rechtsanwendenden Organs trennen muss. Versteht man den Entscheidungsvorgang als existentielle Situation, in die der Rechtsanwender gestellt ist, dann kann es zu einem Konflikt zwischen der anzuwendenden Rechtsregel und einer zu befolgenden, d.h. für den Betreffenden subjektiv verbindlichen moralischen Norm kommen. Nach der Reinen Rechtslehre gibt es keinen absoluten Befolgungsanspruch des Rechts. Der Rechtsanwender kann sich daher auch für die Moral entscheiden, er darf dabei bloß nicht meinen, innerhalb des Rechts zu bleiben. Damit hat die Perspektiventhese aber nichts zu tun: Jedenfalls in der Version von KOLLER (1997) 49 kann auch die Rechtsdogmatik – also der wissenschaftliche Teil der Rechtsan-

nerhalb des Rechtssystems auf außerrechtliche Normensysteme verwiesen wird. So kann eine positive Verfassungsordnung als Naturrecht bezeichnete normative Vorstellungen zum Inhalt der Rechtsordnung machen und dergestalt positivieren. Davon soll am Ende dieses Beitrages noch einmal die Rede sein.

4. Wenngleich KELSEN bei der Demonstration der normativen Deutung der Wirklichkeit paradigmatisch die „normative Urszene“ des Befehls vor Augen steht, ist sein Sollensbegriff nicht auf Gebote und Verbote reduziert. Zum Sollen KELSENS gehören – in einer gewissen Spannung zum allgemeinen Sprachgebrauch – auch die Kategorien des Dürfens und Könnens.¹⁹ Dem wird von KELSEN schließlich noch Derogieren als besondere

wendung – nicht wertfrei ausgeübt werden. Eine wissenschaftliche Rechtsdogmatik wäre damit erledigt, die Grenze zwischen der Beschreibung des Rechts und seiner Gestaltung aufgehoben. Der Rechtsanwender (Rechtsdogmatiker) hätte sich nicht für die moralische Norm zu entscheiden, sondern auch zu behaupten, dass dies im Rahmen einer rechtlichen Betrachtung erfolge.

Indessen setzt die „Perspektivenlehre“ eine Erkennbarkeit absoluter moralischer Werte voraus. Denn aus wertrelativistischer Sicht kann der Verweis auf die höheren Werte des Teilnehmers – „Folge Deiner Moral“ – nämlich beliebig ausgefüllt werden. Die „Perspektivenlehre“ fügt der alten Diskussion um das Verhältnis zwischen Recht und Moral im Grunde kein neues Element bei, sondern stellt bloß eine Umformulierung einer nicht rechtspositivistischen Position dar.

Betrachtet man die Problematik unter pragmatischen Gesichtspunkten, so muss man sich von dem – besonders von ALEXY (1992), zB 52 stets betonten – Befund lösen, totalitäre Systeme, besonders das nationalsozialistische, würden allein über die gehorsame Durchsetzung generell abstrakter Regeln funktionieren. Gerade für Richter in Umbruchszeiten trifft dies häufig nicht zu. Denn es waren – etwas scharf formuliert – gerade die Justizrichter, die für sie höheren Werten folgend, durch die Nichtanwendung des positiven Rechts wesentlich zum Untergang der Weimarer Republik beitrugen, nach der Etablierung des Nationalsozialismus recht eilfertig die allgemein geltenden Gesetze im neuen Geist auslegten und schließlich nach 1945 durch ein scheinbar rechtspositivistisches, in Wirklichkeit aber naturrechtliches Verständnis dazu beitrugen, die Urteile ihrer Standesgenossen zu rechtfertigen. Zu Recht spricht STOLLEIS davon, dass die „Mißachtung des ursprünglichen gesetzgeberischen Willens durch den weltanschaulich gelenkten Richter ... im Justizalltag des Nationalsozialismus weit größere Bedeutung als das vom Gesetzgeber unmittelbar befohlene Unrecht“ hatte (vgl STOLLEIS [1994] 23). RÜTHERS hat die Juristen überhaupt, die Richter im Besonderen, geradezu als Wendeexperten beschrieben (vgl RÜTHERS [1992] 101). Verallgemeinert gesagt ist daher das durch die Öffnung des Rechts gegenüber externen Wertvorstellungen freiwerdende Missbrauchspotential mindestens ebenso groß wie jenes des unkritischen Rechtsgehorsams.

Zu einer nicht rechtspositivistischen, aber auch nicht notwendig wertabsolutistischen Zusammenschau von Recht und Politik kann man allerdings auch als Wertrelativist gelangen, wenn man wie DWORKIN von einer positiven Moralordnung ausgeht, die eine jeweilige Verfassung trägt und in ihr enthalten ist (vgl Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise, in: DWORKIN [1996] 11). Die Trennungsthese hängt daher auch von der weiteren rechtspositivistischen Prämisse ab, im Recht eine Normenordnung und nicht etwa einen Kanon moralischer Prinzipien zu sehen.

¹⁹ Vgl KELSEN (1960) 4.

normative Funktion hinzugefügt.²⁰ Hier liegt der erste Ansatzpunkt für die Ausdifferenzierung der Normentheorie der Reinen Rechtslehre.²¹ Im Rahmen einer allgemeinen Theorie der Normen, die auf die Besonderheit des Rechtsnormbegriffs noch nicht eingeht, hat die Unterscheidung hauptsächlich die Bedeutung zu zeigen, „was man mit Normen tun kann“.²² Wir werden freilich sehen, dass im Zusammenhang mit der Einführung des Zwangsmomentes die Frage der Normenkategorien und ihres Verhältnisses zueinander in ein neues Licht zu stellen ist.

5. Nicht nur in der normativen Binnenstruktur sind Differenzierungen vorzunehmen. Der hier relevante Bereich der Normen ist auch nach außen hin abzugrenzen: Normen zählen zur allgemeineren Gruppe der „Direktiven“.²³ Alle Direktive, also auch Ratschläge, Bitten, Empfehlungen sind intentional auf das Verhalten anderer Menschen gerichtet. Normen zeichnen sich aber durch eine gewisse Strenge dieser Intention aus.²⁴ Das hat, um ein naheliegendes Missverständnis zu vermeiden, noch nichts mit der Frage der Sanktion zu tun, sondern ist eine am Sprachgebrauch anknüpfende Überlegung. Es ist im gegebenen Zusammenhang nicht notwendig, die sprachliche Grenze zu „Normen“ anzugeben, zumal dies eine Interpretationsfrage bezüglich bestimmter Direktive sein kann. Man sollte dieses Problem aber auch nicht übersehen; insbesondere im Völkerrecht stellt sich nicht selten die Frage, ob ein direkter Akt Normcharakter hat. Dabei spielt sowohl die Selbstdeutung des Aktes als auch die Deutung an Hand einer Erzeugungsregel eine Rolle.²⁵

6. Wenngleich man die Reine Rechtslehre auch als „normative“ Rechtstheorie bezeichnen kann, sind ihr zufolge die Sätze der Rechtswissenschaft – trotz einer allfälligen normativen Semantik²⁶ – deskriptiv, und nicht normativ. Mit Rechtssätzen beschreibt der Rechtswissenschaftler eine

²⁰ Vgl. KELSEN (1979) 84. Die semantische Eigenart der KELSEN'schen Sollensvorstellung hat die Kritik besonders von PAULSON hervorgerufen (PAULSON [2001]). KELSEN war sich dieser Problematik durchaus bewusst. In einer 1965 verfassten, aber erst 2003 erschienenen Abhandlung „Geltung und Wirksamkeit des Rechts“ heißt es dazu wie folgt: „Das Wort ‚Sollen‘ bedeutet wohl sehr häufig ein Gebot, das heißt: ein Gebot wird vielfach nicht nur in einem Imperativ, sondern auch in einem Soll-Satz ausgedrückt, wie in den Normen: ‚Du sollst nicht lügen‘, ‚Man soll nicht stehlen.‘ Aber das Wort ‚Sollen‘ bedeutet nicht notwendig, dass das Verhalten, auf das es sich bezieht, geboten ist. Das zeigt die Redensart: ‚Er soll gesagt haben, dass ...‘; was bedeutet: ‚Er hat *angeblich* (im Original kursiv) gesagt, dass ...“ (KELSEN [2003]).

²¹ Vgl. später III. 3.

²² Um den Titel J. L. AUSTINS „How to do things with words“ zu paraphrasieren.

²³ Vgl. grundlegend OPALEK (1986) 8.

²⁴ Vgl. OPALEK (1986), besonders 98.

²⁵ Vgl. JABLONER/OKRESEK (1983).

²⁶ Vgl. KUCKO-STADLMAYER (1992) 35.

Rechtsslage, seine Aussagen können wahr oder falsch sein, aber nicht gelten. Die Rechtswissenschaft kann keine Rechtsnormen erzeugen. Allerdings kann eine positive Rechtsordnung die Rechtslehre als Rechtsquelle einsetzen.²⁷ Moderne, rechtsquellenmäßig ausdifferenzierte Rechtsordnungen gehen diesen Weg nicht.²⁸

7. Ein zweites Problem liegt im Verhältnis zwischen Recht und Logik. Im Sinne der Spätlehre KELSENS können aus Rechtsnormen mit logischen Operationen keine weiteren Rechtsnormen abgeleitet werden. Wohl aber kann auf der Ebene der Rechtswissenschaft der normative Syllogismus vorgedacht werden: Ein Rechtsetzer, der die Rechtserzeugung auf eine generell-abstrakte und auf eine individuell-konkrete Ebene aufteilt, will damit wohl auch die herkömmliche juristische Subsumtionstechnik angewendet haben. Aber auch hier ist die Norm vom Recht anwenden- den Organ zu setzen.²⁹

²⁷ Vgl Art 38 Z 1 lit d des Statuts des Internationalen Gerichtshofes; zur Problematik der Völkerrechtsdoktrin in der aktuellen Rechtsquellenlehre des Völkerrechts vgl etwa FISCHER/KÖCK (2000) Rz 142, 185.

²⁸ Versteht man unter der „Positivität“ des Rechts in rechtssoziologischer Perspektive das Ergebnis einer Evolution, die dazu führt, dass als „Recht“ nur noch angesehen wird, was „vom Rechtssystem selbst durch Verfügung über das Symbol der Rechtsgeltung in Geltung gesetzt ist“ (vgl LUHMANN [1993a] 280), dann braucht die notwendige Veränderung des Rechts nicht mehr unter der Vorstellung der bloßen „Rechtserkenntnis“ zu erfolgen, sondern eben durch explizite Rechtssetzung. Es ist daher auch unter diesem Gesichtspunkt ganz einsichtig, weshalb die Rechtswissenschaft in modernen Rechtsordnungen keine Rechtsquelle darstellt. Zur Frage, ob die Rechtswissenschaft das Recht verändern kann, sei auf die Kontroverse zwischen ÖHLINGER (1991) und WALTER (1992b) hingewiesen. Nach hier vertretener Ansicht sind zwei Aspekte auseinander zu halten: Fasst man das Recht als Normenordnung auf, so stellt sich die Frage, welche Menschen in einer Rechtsordnung zur Normerzeugung zuständig sind. Dazu können auch Menschen in ihrer Funktion als Rechtslehrer gehören. Es ist nun nicht zu sehen, dass in modernen staatlichen Rechtsordnungen eine diesbezügliche Ermächtigung besteht, zweifellos nicht nach der österreichischen Rechtsordnung. Eine andere Sache ist es, dass in einem rechtssoziologischen Sinn Rechtslehren Faktoren sind, die das Recht beeinflussen. Dabei geht es aber um eine kausale Beziehung und Rechtslehren, mögen sie auch „herrschend“ sein, unterscheiden sich nicht von anderen kausalen Faktoren, die auf das Recht einwirken wie politische oder wirtschaftliche Einflüsse (so letztlich auch ÖHLINGER [1991] 722, wonach die Rechtswissenschaft nur insofern Wirksamkeit erlange, als sie die Rechtsanwendung beeinflusse). Einen bedenklichen Schritt zu weit geht das „konsenspositivistische Modell“ FUNKS [2003]): Demnach sei im kommunikativen Prozess der Rechtserkenntnis, die zugleich auch Rechtsgestaltung sei, das Verhalten des beobachtenden Subjekts sowohl hinsichtlich der Intentionen als auch der Wirkungen in das Wissenschaftsgeschehen einzubeziehen. Die damit vollzogene Vermengung von Normsetzung und Normbeschreibung hat mit einem irgendwie verstandenen Rechtspositivismus nichts mehr zu tun. FUNK übersieht auch die enorme politische Bedeutung seines Rechtsverständnisses: Denn wenn es auf kommunikative Prozesse ankommt, so auf die schlagkräftigeren Argumente. Es liegt auf der Hand, dass die wirtschaftlich stärkeren Kräfte sich die besseren argumentativen Ressourcen, einfach gesagt: die effektiveren Rechtsanwälte, die teureren Gutachter – leisten können. Die Rechtsanwendung ist kein Ort herrschaftsfreier Kommunikation!

²⁹ Vgl WALTER (1999) 30.

III. Das Recht als effektive Zwangsordnung

1. Die Grundnorm hat nicht nur die bereits erwähnte erkenntnistheoretische Funktion der Geltungsstiftung. Zudem soll sie das primäre rechtswissenschaftliche Interesse auf die reale, tatsächlich wirksame Normenordnung lenken – und nicht auf eine vergangene, vorgestellte oder mögliche. Diese Funktion der Grundnorm kann als „erkenntnisökonomische“ bezeichnet werden,³⁰ das positivistische Element der Reinen Rechtslehre kommt hier zum Ausdruck. Demnach wird die Grundnorm einem Normensystem vorangestellt, das „im Großen und Ganzen“, also relativ wirksam ist.

Zunächst ist zu beachten, dass das Kriterium der relativen Wirksamkeit (Effektivität) nicht nur für das positive Recht wesentlich ist. Auch wenn die Ethik eine „positive Moral“ normwissenschaftlich beschreiben will, ist eine entsprechende Annahme zu treffen, nur die effektive Moralordnung – und keine vorgestellte Moralordnung – als positive Sollensordnung zu beschreiben. Für den Bereich der anderen Normenordnungen (Moral, Sitte) ist allerdings – mangels eines der Rechtswissenschaft vergleichbaren Erkenntnisinteresses – die Unterscheidung zwischen der Betrachtung, was sein soll und was besser „sein sollte“ nicht so ausgeprägt wie bei der Rechtsbetrachtung.

Das in der Konstruktion der Grundnorm zum Ausdruck gebrachte Verhältnis zwischen Geltung und Wirksamkeit ist ein besonderer Gegenstand des Missverstehens der Reinen Rechtslehre.³¹ Es ist daher zum anderen Male festzuhalten, dass der Rekurs auf die Wirksamkeit nicht als Geltungsgrund, sondern als Geltungsbedingung anzusehen ist, als Voraussetzung dafür, die Grundnorm eben nur bestimmten Sollensordnungen voranzustellen. Weder bedeutet diese Form der Bedachtnahme auf die Wirksamkeit einen Systembruch, noch führt sie zu einer Legitimation der jeweils wirksamen Ordnung.³²

³⁰ Vgl. WALTER (1974) 14.

³¹ Aus dem Verkennen der Relation zwischen Wirksamkeit und Geltung bei KELSEN wird bisweilen der an die Reine Rechtslehre gerichtete Vorwurf abgeleitet, sie legitimierte moralisch abzulehnende Rechtsordnungen – so zB SCHWINTOWSKI (1996) 34. Richtig ist hingegen, dass die Reine Rechtslehre den ethischen Wert des positiven Rechts relativiert (daher ist vom „kritischen“ Rechtspositivismus die Rede). Dies bedeutet, dass es mit der Rechtmäßigkeit allein nicht getan ist. Einmal rechtmäßig gewesenes Verhalten kann aus dem Blickpunkt einer späteren Rechtsordnung als unrechtmäßig qualifiziert werden – das (positiv)strafrechtliche Rückwirkungsverbot bleibt hier außer Betracht. Das Argument „Recht muss Recht bleiben“, manchmal zur Rechtfertigung verwerflichen, aber zu einem gewissen Zeitpunkt rechtmäßigen Verhaltens gebraucht, ist keineswegs rechtspositivistisch.

³² Für die Spätlehre KELSENS (vgl. KELSEN [1979] 112) ist die (relative) Wirksamkeit eine Frage der Geltung jeder einzelnen Norm. Im Kontext einer allgemeinen Normentheorie – mit ihrer Konzentration auf Verhaltensnormen – ist das auch konsequent. Für

Die Frage, welche Normen wirksam sein müssen und wie weit diese Wirksamkeit reichen muss, wurde bisher von der Reinen Rechtslehre nicht näher geprüft. Das hat seinen Grund wohl darin, dass sie sich als eine Theorie zur Beschreibung etablierter Sollensordnungen versteht. Zwar wird die vollzogene Revolution konstatiert – wenn eine nicht nach den bisherigen Regeln erzeugte „Verfassung“ relativ wirksam geworden ist –, der revolutionäre Prozess selbst liegt indessen außerhalb des Programms der Reinen Rechtslehre.^{33,34}

Zu erwähnen ist schließlich, dass das Kriterium der Wirksamkeit auch auf die Normstruktur selbst zurückwirkt. Von einer Wirksamkeit kann nämlich nur dann gesprochen werden, wenn und so lange eine Norm befolgt oder anwendbar ist.³⁵ Das Verhalten des Adressaten muss so erfasst sein, dass er die Wahl hat, sich normgemäß zu verhalten oder nicht. Es liegt auf der Hand, dass etwa Befehle, die nicht befolgt werden können – Beispiele kann man sich leicht ausmalen – mangels direkter Qualität keine Normen sein können, sondern allenfalls in einem ganz anderen Zusammenhang stehen, etwa in jenem der Erniedrigung oder des Scherzes. Ebenso wenig sind Befehle befolgt, deren Nichtbefolgung unmöglich ist, wie etwa die Anordnung, einen hermetisch geschlossenen Raum nicht verlassen zu dürfen.

2. Für KELSEN ist das Recht die spezifische Sozialtechnik einer Zwangsordnung.³⁶ Festzuhalten ist zunächst, dass die Hereinnahme des Zwangselements auf der normativen Ebene erfolgt. Zwang soll ausgeübt werden, ob er ausgeübt wird, ist eine Frage der Wirksamkeit. Mit dem Zwang – konstitutiv für die Rechtsnorm und diese von anderen sozialen Normen unterscheidend – meint KELSEN den gesellschaftlich organisier-

die Beschreibung einer komplexer strukturierten Rechtsordnung wird die Wirksamkeit aber sinnvoller Weise auf das Normensystem zu beziehen sein. Vgl dazu THIENEL (1986) 33.

³³ Da die Reine Rechtslehre somit „Ordnung“ voraussetzt, greift ihr Rechtsbegriff auch nicht bei der Beschreibung instabiler Ordnungsverhältnisse, etwa in städtischen Randzonen oder in Staaten mit mehr oder weniger großen rechtsfreien Enklaven, in denen sich Formen pseudo- oder quasirechtlicher Gewaltausübung herausbilden. Anscheinend nehmen in der heutigen Welt diese Bereiche eher zu. In Ansehung dessen wird im Rahmen von Bemühungen der „postcolonial law studies“ Kritik an formalen Rechtsauffassungen, vor allem nach der Art KELSENS, geübt (vgl NORRIE [1999] 260). Diese Kritik trifft die Reine Rechtslehre nicht, da sie die Beschreibung solcher Zustände nicht anstrebt. Das wissenschaftliche Interesse an der Deutung und Beschreibung solcher Phänomene soll indessen nicht bestritten werden.

³⁴ Es ist in der Literatur verschiedentlich betont worden, dass gerade bei der näheren Beleuchtung des Elementes der „Wirksamkeit“ die Rechtstheorie von HART Wichtiges leistet – so PAWLIK (1993) 79.

³⁵ Vgl KELSEN (1960) 10. Zu möglichen Modifikationen im positiven Recht vgl THIENEL (1986) 35.

³⁶ Vgl etwa KELSEN (1941/42) 75.

ten, äußeren Zwang, der auf den Menschen ausgeübt wird.³⁷ Davon sei der psychische Zwang als Merkmal aller sozialen Ordnungen zu unterscheiden. Er sei eine Form der Motivation, dh des Zwangs in einem psychologischen Sinn. KELSEN unterscheidet die Zwangstechnik der indirekten Motivation durch Strafe von der direkten Motivation als Technik der freiwilligen Befolgung von Normen. Es leuchtet ein, dass die Wirksamkeit einer Rechtsordnung hauptsächlich durch die Zwangsdrohung, also auf dem Regelfall des erwünschten Verhaltens und nicht auf dem Ausnahmefall der zwangsweisen Herstellung des gesollten Zustandes beruhen muss. Schon deshalb hat das Recht eine unmittelbare regulative Funktion und ist nicht nur eine Apparatur zur Steuerung der Zwangsausübung. Es ist für die folgenden Überlegungen wichtig, den Unterschied zwischen dem Apparat und seiner Funktion im Auge zu behalten.

3. Nach KELSEN funktioniert die Rechtsordnung freilich so, dass nicht – oder jedenfalls nicht primär – diejenigen Menschen angesprochen werden, um deren Verhalten es geht. Angelpunkt der Rechtsordnung ist vielmehr die an (staatliche) Organe gerichtete Ermächtigung, Zwang auszuüben, wenn das gewünschte Verhalten nicht gesetzt wird. KELSEN lehrt, dass die Rechtsnorm in ihrer „primären Gestalt“ einen Menschen ermächtigt, unter einer bestimmten Bedingung einen Zwangsakt zu setzen.³⁸ Er formulierte seine Auffassung zunehmend radikaler:³⁹ Zunächst akzeptiert er noch die „sekundäre Gestalt“ der Normierung des Zwang vermeidenden Verhaltens, später geht dieses Sollen dann in der primären Norm auf. Das Recht gebiete ein bestimmtes Verhalten „nur dadurch“, dass es an das gegenteilige Verhalten einen Zwangsakt als Sanktion knüpfe.⁴⁰

Die manchmal als „Sanktionslehre“ bezeichnete Konstruktion gehört zu den meist umstrittenen Thesen der Reinen Rechtslehre. Denn wenn KELSEN einerseits betont, dass das Recht eine Sozialtechnik zur Steuerung menschlichen Verhaltens sei und wenn es der Zweck nicht aller, aber doch vieler Ermächtigungsnormen sei, menschliches Verhalten zu steuern, könnte es zumindest kontraintuitiv erscheinen, die Beziehungen zwischen der Rechtsordnung und den von ihr zu steuernden Menschen gleichsam an den Rand zu rücken.

³⁷ Vgl KELSEN (1960) 34, dort auch besonders zum Zusammenhang von Zwang und Sanktion.

³⁸ KELSEN (1960) 30. In der Regel – aber nicht zwingend – ist das Organ zur Ausübung seiner Ermächtigung auch verpflichtet – so der Richter auf Grund seines Dienstrechts; vgl KELSEN (1979) 83. Damit kommt die Verhaltensteuerung der staatlichen Organe – soll es nicht beim bloßen Ermächtigen bleiben – freilich wiederum „nur“ als bedingendes Element für einen von einem anderen Organ zu setzenden Zwangsakt zum Ausdruck.

³⁹ Zur Entwicklung vgl KUCSKO-STADLMAYER (1992) 25.

⁴⁰ Die Worte „nur dadurch“ setzt KELSEN gesperrt.

Nun erscheint es konsequenter, auf das Konzept der sekundären Norm überhaupt zu verzichten, als sie in irgendeiner Form in der primären Norm als impliziert anzusehen.⁴¹ Es genügt schon der Hinweis darauf, dass etwa bei der Ermächtigung zur zwangsweisen Einweisung eines Menschen in eine psychiatrische Anstalt die Ableitung einer sekundären Norm, nach der es verboten sei, geistig zu erkranken, offensichtlich sinnlos ist. Bei nicht wenigen anderen Konstruktionen – etwa im Steuerrecht oder im Verwaltungsstrafrecht – lässt sich eine sekundäre Norm keineswegs ohne weiteres ableiten, zumal in beiden genannten Rechtsgebieten oft mehrere Zwecke gleichzeitig verfolgt werden, also etwa durchaus die Steuerung des Verhaltens neben der Erhöhung der Einnahmen. Man könnte aus dieser Situation den Schluss darauf ziehen, dass die Annahme der sekundären Norm bloß von außen an die Rechtsordnung herangetragen wird, entsprechend bestimmten parallelen moralischen Vorstellungen oder vorgelagerten Überlegungen. Die sekundäre Norm wäre damit aus dem Rechtsbegriff verbannt.⁴² Diese Position vertritt FRITZSCHE. Er unterscheidet zwischen zwei Willensakten des Normsetzers, nämlich einer vorgelagerten gleichsam rechtspolitischen Entscheidung, ein bestimmtes Verhalten zu steuern, die freilich mehr oder weniger ausgeprägt sein kann, und dem folgenden Willensakt, mit dem die Rechtsnorm gesetzt wird.⁴³

Eine solche Reduktion des Rechtsbegriffs auf die Zwangsapparatur entspricht zwar der Denkökonomie und dem positivistischen Leitbild eines möglichst sparsamen Gebrauchs von Begriffen. Man muss allerdings auch sehen, dass man sich so recht weit von der Vorstellung des Rechtes als Regulator der Gesellschaft entfernt.^{44,45} Man kann darüber streiten, ob allein die Furcht vor der Sanktion ausreicht, das Verhalten von Menschen in die gewünschte Richtung zu lenken. Zwar lässt sich sagen, dass eine Rechtsordnung in der Gesellschaft neben anderen Sollensordnungen, wie der Moral oder der Sitte, steht, die ihre jeweilige – zum Recht

⁴¹ Vgl FRITZSCHE (2002) 71.

⁴² Damit ginge freilich ein für das positive Recht typisches Element verloren – vgl KUCSKO-STADLMAYER (1992) 27.

⁴³ FRITZSCHE (2002) 71.

⁴⁴ Vgl auch die Kritik von THIENEL (2006) 432.

⁴⁵ Rechtsordnungen totalitärer Zwangsordnungen sind dadurch gekennzeichnet, dass Zwangsakte weithin an Eigenschaften geknüpft werden, an denen die betroffenen Menschen nichts ändern können, wie an ihrer Abstammung. Auch dort, wo scheinbar Verhalten geregelt werden soll, wird die Sanktionsbefugnis der staatlichen – oder parastaatlichen – Organe durch Generalklauseln geregelt, aus denen keine verlässlichen Verhaltensregeln abgeleitet werden können. Jeder kann grundlos oder aus einem fadenscheinigen Grund jederzeit verhaftet werden. Im stalinistischen System galt dies auch für die – oft miteinander konkurrierenden – Organe des staatlichen Zwangsapparats selbst. Solche Systeme zielen nicht auf eine Steuerung konkreten menschlichen Verhaltens ab, sondern auf Terror.

komplementäre – Funktion erfüllen. Auf der anderen Seite bedroht die Betonung der Zwangsermächtigung den Sollenscharakter der Rechtsordnung. Man könnte so auf Umwegen doch zu einem Rechtsrealismus gelangen.

KELSENS Ablehnung der Sekundärnorm hängt auch mit der in der Spätlehre vorgenommenen strikten Trennung von Norm und (Norm)Zweck zusammen. An mehreren Stellen betont KELSEN, dass aus vorgestellten Zwecken Normen nicht abgeleitet werden können,⁴⁶ und dies gilt auch umgekehrt. Der Zweck ist eben nur dann als Norminhalt beschreibbar, wenn auch er rechtsförmig gesetzt wird. Diesfalls ist es möglich, sich an den Differenzierungen des positiven Rechts zu orientieren.⁴⁷

Insgesamt erscheint die Normenlehre KELSENS als ein Bereich der Reinen Rechtslehre, der Weiterentwicklungen und verfeinerten Überlegungen zugänglich ist.⁴⁸ Derzeit sieht es so aus, als bestünden unterschiedliche Möglichkeiten, eine Anhäufung von Normsetzungsakten als Rechtsordnung zu strukturieren. Die auf die Sanktionsnorm gerichtete Sichtweise KELSENS hat den Vorteil der Vollständigkeit und vermeidet unsichere teleologische Annahmen. Sie schließt es aber nicht aus, dass ein anderes wissenschaftliches Interesse darauf gerichtet wird, explizite Verhaltensnormen aufzuzeigen. Man mag in ihnen nicht mehr als moralische Unterstreichungen oder appellhafte Beteuerungen sehen, kann sie aber auch – wie in einem Vexierbild – in das Zentrum einer dann freilich in einem eingeschränkten Blickfeld erfolgenden Rechtsbetrachtung rücken.

4. Ein in der Spätlehre KELSENS besonders hervortretendes Element ist die Beachtnahme auf den Willensakt. Im 8. Kapitel seiner Allgemeinen Theorie der Normen beschreibt KELSEN die normative „Urszene“ des Befehls. Er führt aus, dass ein

„Befehl und insbesondere ein Befehl, den man als Norm bezeichnet, ... zwei Menschen voraus(setzt): einen Menschen, der befiehlt, der den Befehl gibt, die Norm setzt, und einen Menschen, an den der Befehl gerichtet ist, dem etwas befohlen wird, einen Menschen, dessen Verhalten die Norm vorschreibt, als gesollt setzt. Derjenige, der etwas befiehlt, eine Norm setzt, will etwas; derjenige, dem etwas befohlen wird, dessen Verhalten in einer Norm als gesollt gesetzt wird, soll etwas. Der sprachliche Ausdruck des Befehls ist der Imperativ. Mit Beziehung auf den Befehl gilt ein Grundsatz, der gewöhnlich formuliert wird:

⁴⁶ Vgl KELSEN (1979) 13, 231.

⁴⁷ Damit sind allerdings schwierige Auslegungsprobleme verbunden, da es nicht allein auf die semantische Gestaltung der Rechtsnormen ankommen kann, vgl nur die als Ermächtigungsnormen formulierten Vorschriften des österreichischen Strafgesetzbuches. Einfacher ist es bei der Beachtnahme auf die vom Rechtsetzer bei der Formulierung der Rechtsnorm in ihr selbst zum Ausdruck gebrachten Zwecke. Nicht selten formuliert der Gesetzgeber freilich widersprüchliche Zwecke oder solche, die nicht zu den Anordnungen passen etc.

⁴⁸ Vgl WALTER (1974).

Keim Imperativ ohne Imperator. Aber daneben gilt auch ein nicht auf den Befehlsgeber, sondern auf den zweiten Menschen bezogener Grundsatz: Kein Imperativ ohne Imperaten, d.h. kein Imperativ ohne eine Person oder Personen, an die der Imperativ gerichtet ist. Allgemein formuliert: Keine Norm ohne eine normsetzende Autorität, keine Norm ohne Normadressat (oder Normadressaten).⁴⁹

An dieser Beschreibung interessiert hier, dass dem kommunikativen Vorgang ein innerpsychischer – der Seinssphäre angehörender – Akt vorausgeht. Es ist dieser Willensakt, der der Norm ihre Positivität gibt. Die Abschichtung des Willensaktes führt zu einer schärferen Akzentuierung des positivistischen Aspekts der Reinen Rechtslehre (Setzungspositivismus), da die normative Welt als eine von konkreten Menschen gestaltete und daher von ihnen oder anderen auch veränderbare Welt besonders deutlich wird. Die „Imperatorthese“ in ihrer extremen Form begegnet allerdings mehreren Problemen:

a. Ein erster Einwand geht dahin, dass die Beobachtbarkeit eines innerpsychischen Willensaktes problematisch sei. Nach jüngsten naturwissenschaftlichen Erkenntnissen lässt sich zwar ein reales Geschehen empirisch nachweisen, dieses entspricht allerdings nicht dem „volitiven“ Erlebnis, also dem bewussten „Willensakt“, sondern geht diesem voraus.⁵⁰ Damit ist zwar ein Anknüpfungspunkt in der Seinswelt gegeben. Es ist aber fraglich, ob das gemessene „Bereitschaftspotential“⁵¹ als vorsprachliches Element die für den Zweck der Normstiftung geeignete Realität ist.

Angesichts dieser Schwierigkeiten, den „Willensakt“ festzumachen, hat der Verfasser dieses Beitrages in einer früheren Arbeit vorgeschlagen, unter Heranziehung der „Sprechakttheorie“ zwar daran festzuhalten, dass die (subjektive) Norm durch eine Tatsache, nämlich einen Befehlsakt, „erzeugt“ wird, aber auf das Element des Willensaktes zu verzichten.⁵² Der relevante tatsächliche Vorgang wäre so rein objektiv gedeutet. Es gebe auch dann noch einen Imperator, also einen realen Menschen, der reale Befehlsakte setzt, es wäre aber ausreichend, allein sein äußeres Verhalten in Rechnung zu stellen. Damit würde man vom problematischen realpsychischen Willensakt, dessen sprachliche Form der Imperativ ist, zum Konzept eines Sprechaktes übergehen, der ohne den „inneren Faktor“ auskommt und nur verlangt, dass der Sprecher weiß, dass sein Akt die Intention des Imperativs hat.

Dem wäre noch die folgende Überlegung hinzufügen: Die Frage nach der empirischen Nachweisbarkeit des Willensaktes ist zu unterscheiden von der Problematik des „freien Willens“. Dennoch besteht ein Zusam-

⁴⁹ Vgl. Kelsen (1979) 23.

⁵⁰ Vgl. Roth (2001) 435.

⁵¹ Ebenda.

⁵² Vgl. zum Folgenden: Jabloner (1988), Thienel (1998) 177 und Potacs (1994) 23.

menhang zwischen den Phänomenen, weil der expressive Willensakt psychologisch als „frei“ erlebt wird.⁵³ Das Problem der Willensfreiheit lässt sich in der Tradition von KANT prinzipiell nicht empirisch lösen. Die Willensfreiheit ist nicht etwa die naturalistische Ursache für ein normatives Deutungsschema, sondern viel mehr dessen Funktion. Wird die Welt mittels eines normativen Schemas gedeutet, also im Wesentlichen durch die Zurechnung von Handlungen zu Menschen, kommen die genannten Elemente zwingend ins Spiel. Der immer wieder angestellte Versuch, auf naturwissenschaftlichem Weg die Willensfreiheit zu begründen, muss deshalb vergeblich bleiben: In einem kausalen Deutungsschema kann sie begrifflich nicht vorkommen, in einem normativen Deutungsschema – das die Kette der Kausalbeziehungen ja gerade dazu unterbricht, um Wirkungen Menschen zurechnen zu können – ist ihre Annahme aber zwingend notwendig.^{54, 55}

b. Ein anderer Einwand lautet, dass die Einengung der Normentstehung auf die Normsetzung durch Willensakt das Entstehen von Gewohnheitsnormen (Sitte, Gewohnheitsrecht) nicht erfassen könne. KELSEN meint dazu, dass nach einiger Zeit der Gewohnheit in den einzelnen Individuen der Wille entstände, sich so zu verhalten, wie sich die Gemeinschaftsmitglieder gewohnheitsmäßig verhielten und der Wille, dass sich auch die anderen Gemeinschaftsmitglieder so verhalten sollten. So werde der Tatbestand der Gewohnheit zu einem kollektiven Willen, dessen subjektiver Sinn ein Sollen sei.⁵⁶ Nicht ganz deutlich wird bei dieser Erklärung die nähere Natur des „kollektiven Wollens“. Ohne diese Problematik hier näher zu vertiefen, dürften sich nur zwei Alternativen anbieten: Entweder die „Imperatortheorie“ wird so konsequent durchgehalten, dass die gewohnheitsmäßige Normentstehung ideologiekritisch als bloßes Phänomen der Innenperspektive der Rechtsgenossen verstanden wird. Sie vermeinen, aus eigenem immer schon getan zu haben oder zu tun, was ihnen in Wahrheit etwa durch das Beispiel von „Suprematoren“, die über reale gesellschaftliche Macht verfügen, vorgeführt wird. An der Entstehung völkerrechtlicher Gewohnheitsregeln lässt sich das hier Gemeinte mitunter deutlich erkennen, wenn man das Verhalten mächtiger Staaten in Be-

⁵³ Vgl ROTH (2001) 433.

⁵⁴ So wohl schon KELSEN (1960) 95.

⁵⁵ Verwandte Probleme treten bei der rechtstheoretisch so wesentlichen Kategorie der „Entscheidung“ auf. „Entscheidung“ kann als der juristische Begriff eines expressiven Willensaktes angesehen werden, mit dem beide Elemente – Setzung und Willkür – zusammengezogen werden; vgl LUHMANN (1993b) 288: Bei „Willkür“ handle es sich „sicher nicht um ein psychologisches Moment, sondern, ähnlich wie ‚Absicht‘, um ein Erfordernis der Zurechnung von Entscheidungen, um ein Erfordernis der Lokalisierung von ‚entscheidenden‘ Stellen im Netzwerk der Kommunikation“.

⁵⁶ Vgl KELSEN (1960) 9.

tracht zieht.⁵⁷ Die Kategorie des „Gewohnheitsrechts“ würde so ideologiekritisch als Täuschung enthüllt, eine Konsequenz, die KELSEN schließlich in Erwägung zieht.⁵⁸ Eine andere Möglichkeit bestünde darin, das Normkonzept der Allgemeinen Theorie der Normen mit der Fokussierung auf das Willensmoment auf moderne Sollensordnungen mit expliziter Normsetzung, also im Wesentlichen auf ausdifferenzierte Rechtsordnungen zu beziehen.⁵⁹

IV. Schlussbetrachtung

Die Reine Rechtslehre ist eine positivistische Rechtstheorie. Sie basiert auf dem Interesse, die von einer sozialen Autorität getroffenen Anordnungen möglichst genau zu beschreiben. Im Vergleich zu anderen rechtspositivistischen Lehren verfügt die Reine Rechtslehre wohl über ein besonderes Maß an Selbstreflexion.⁶⁰ Als Rechtstheorie ist sie kein abgeschlossenes Ganzes, sondern kritisch weiter zu entwickeln; KELSEN hat kein dogmatisches Gebäude hinterlassen.

Im Bezug auf die Rechtstechnik bietet die Reine Rechtslehre eine sehr geeignete Grundlage dafür an, die rechtlichen Formen auszudifferenzieren und zu verfeinern. Wie wichtig dies ist, zeigt sich etwa am Beispiel des Gemeinschaftsrechts. Im Bezug auf die Rechtswissenschaft, die sich als Rechtsdogmatik mit der Auslegung des positiven Rechts beschäftigt, führt die Reine Rechtslehre zur Einsicht in die Relativität des jeweiligen Standpunktes und daher zu einer Zurückhaltung, die der Rechtswissenschaft gut ansteht.

Es wird nicht übersehen, dass sich der volle Erklärungswert der Reinen Rechtslehre besonders gegenüber modernen, auf expliziter Setzung beruhenden, Rechtsordnungen entfaltet. Mit einer Vergrößerung der Rechtsordnung wäre wohl auch ein geringerer Gebrauchswert der Reinen Rechtslehre verbunden. Dies bedeutet aber nicht, dass sie nach ihrem wissenschaftstheoretischen Konzept nicht geeignet wäre, jede Form einer Rechtsordnung zu beschreiben. Versteht man die „Positivierung“ des Rechts rechtssoziologisch als die bewusst gewordene Veränderbarkeit des Rechts, so kann die Reine Rechtslehre als Werkzeugkasten gesehen werden, der das Recht auch technisch verfügbar macht.

⁵⁷ Diese skeptische Haltung gegenüber dem Gewohnheitsrecht ist nicht neu und wurde schon etwa von MAX WEBER (1967) 209, eingenommen. Zum Ganzen vgl RÜTHERS (1999), Rz 232.

⁵⁸ KELSEN (1965).

⁵⁹ Vgl THIENEL (1998) 181.

⁶⁰ Dieser Zug wird auch von HEIDEMANN (1997b) 54, hervorgehoben.

Wenn auch dem technokratischen Charakter der Reinen Rechtslehre eine bestimmte Rechtsgestaltung entspricht, kann das positive Recht, insbesondere eine Verfassungsordnung, in seinem Selbstverständnis – in der Selbstdeutung – andere Wege gehen. Im Laufe dieser Untersuchung wurde mehrmals deutlich, wie rechtstheoretische Differenzierungen auf der Basis des positiven Rechts wieder aufgegeben werden können, etwa indem auf das Naturrecht verwiesen, bestimmten Grundwerten „Ewigkeitsgeltung“ verliehen oder der Literatur Rechtsquellencharakter gegeben wird. Dies gilt aber auch für die rechtstechnische Dimension: Selbst der Geltungsbegriff ist einer positiv-rechtlichen Gestaltung zugänglich. Gerade rechtstechnisch sehr differenzierte Rechtsordnungen können Aussagen darüber enthalten, was als geltende Rechtsnorm anzusehen ist. Damit kann – und das ist für einen Rechtspositivisten nicht ohne Pointe – der Rechtsbegriff des positiven Rechts vom rechtspositivistischen Rechtsbegriff abweichen.

Verwendete Literatur

- ROBERT ALEXY (1992), Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg iB (Alber) 1992.
- JES BJARUP (1978), Skandinavischer Realismus. Hägerström – Lundstedt – Olivecrona – Ross, Freiburg iB (Alber) 1978.
- HORST DREIER (1990), Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Baden-Baden (Nomos) ²1990.
- RONALD DWORKIN (1996), Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution, Cambridge/MA (Harvard University Press) 1996.
- PETER FISCHER/HERIBERT FRANZ KÖCK (2000), Allgemeines Völkerrecht, Wien (Linde) ⁵2000.
- THOMAS FRITZSCHE (2002), Die Reine Rechtslehre im Lichte des Kritischen Rationalismus (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd 23), Wien (Manz) 2002.
- BERND-CHRISTIAN FUNK (2003), Rechtspositivismus und Wirklichkeit des Rechts, in: Juridikum 1 (2003) 4–5.
- CARSTEN HEIDEMANN (1997a), Hans Kelsens Theorie normativer Erkenntnisse, in: Annette Brockmöller/Delf Buchwald/Katja Tappe/Dietmar von den Pfordten (Hrsg), Ethische und strukturelle Herausforderungen des Rechts (= ARSP Beiheft 66), Stuttgart (Franz Steiner) 1997, 140–151.
- CARSTEN HEIDEMANN (1997b), Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens, Baden-Baden (Nomos) 1997.
- CLEMENS JABLONER (1988), Kein Imperativ ohne Imperator, in: Robert Walter (Hrsg), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Bd 2 (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd 12), Wien (Manz) 1988, 75–95.
- CLEMENS JABLONER/WOLF OKRESEK (1983), Theoretische und praktische Anmerkungen zu Phänomenen des „soft law“, in: ZÖR 34 (1983), 217–241.
- CLEMENS JABLONER/FRIEDRICH STADLER (Hrsg) (2001), Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule (= Veröffentlichungen des Instituts Wiener Kreis, Bd 10), Wien (Springer) 2001.

- HANS KELSEN (1931), Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung, Neudruck in: Norbert Leser (Hrsg), Hans Kelsen. Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze, Wien (Wiener Volksbuchhandlung) 1967, 69–136 (Original in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 66 [1931] 449–521).
- HANS KELSEN (1941/42), The Law as a Specific Social Technique, in: The University of Chicago Law Review 9 (1941/42) 75–97.
- HANS KELSEN (1945), General Theory of Law and State, Cambridge/MA (Harvard University Press) 1945.
- HANS KELSEN (1958), Der Begriff der Rechtsordnung, Neudruck in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band II, Wien/Frankfurt/Zürich (Europa) 1968, 1395–1416 (Original in: Logique et Analyse, Nouvelle Série, le année, aout 1958 [Publication trimestrielle du Centre National Belge de Recherches de Logique. Rapport du Colloque de Logique, Septembre 1958] 155–167).
- HANS KELSEN (1960), Reine Rechtslehre. 2. und völlig neu bearbeitete Auflage. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, Wien (Deuticke) 1960.
- HANS KELSEN (1965), Was ist Juristischer Positivismus?, Neudruck in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band I, Wien/Frankfurt/Zürich (Europa) 1968, 941–953 (Original in: JZ, Nr 15/16, 13. August 1965, 465–469).
- HANS KELSEN (1979), Allgemeine Theorie der Normen, Wien (Manz) 1979.
- HANS KELSEN (2003), Geltung und Wirksamkeit des Rechts, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg), Hans Kelsens stete Aktualität (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd 25), Wien (Manz) 2003, 5–21.
- PETER KOLLER (1997), Theorie des Rechts. Eine Einführung, Wien (Böhlau) ²1997.
- GABRIELE KUCSKO-STADLMAYER (1992), Rechtsnormbegriff und Arten der Rechtsnormen, in: Robert Walter (Hrsg), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd 18), Wien (Manz) 1992, 21–35.
- RAINER LIPPOLD (2000), Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd 21), Wien (Manz) 2000.
- NIKLAS LUHMANN (1993a), Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt (Suhrkamp) 1993.
- NIKLAS LUHMANN (1993b), Die Paradoxie des Entscheidens, in: Verwaltungs-Archiv 84 (1993) 287–310.
- HANS MAYER (1937), Das Ideologieproblem und die Reine Rechtslehre, Neudruck in: Rudolf Métall (Hrsg), 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, Wien (Europa-Verlag) 1974, 213–230 (Original in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 11 [1937] 22–36).
- ALAN NORRIE (1999), From Law to Popular Justice: Beyond Antinomianism, in: Eve Darian-Smith/Peter Fitzpatrick (Hrsg), Laws of the Postcolonial, Ann Arbor (University of Michigan Press) 1999, 249–275.
- THEO ÖHLINGER (1991), Kann die Rechtslehre das Recht verändern? in: ÖJZ 46 (1991) 721–724.
- KAZIMIERZ OPALEK (1986), Theorie der Direktiven und der Normen, Wien (Springer) 1986.
- WALTER OTT (1992), Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, Berlin (Duncker & Humblot) ²1992.
- STANLEY L. PAULSON (2001), Zwei Wiener Welten und ein Anknüpfungspunkt: Carnaps Aufbau, Kelsens Reine Rechtslehre und das Streben nach Objektivität in: Clemens Jabloner/Friedrich Stadler (Hrsg), Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule (= Veröf-

- fentlichungen des Instituts Wiener Kreis, Bd 10), Wien (Springer) 2001, 137–190.
- MICHAEL PAWLIK (1993), *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts. Ein kritischer Vergleich*, Berlin (Duncker & Humblot) 1993.
- MICHAEL POTACS (1994), *Auslegung im öffentlichen Recht. Eine vergleichende Untersuchung der Auslegungspraxis des Europäischen Gerichtshofs und der österreichischen Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts*, Baden-Baden (Nomos) 1994.
- GERHARD ROTH (2001), *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Frankfurt (Suhrkamp) 2001.
- BERND RÜTHERS (1992), *Ideologie und Recht im Systemwechsel. Ein Beitrag zur Ideologiefähigkeit geistiger Berufe*, München (Beck) 1992.
- BERND RÜTHERS (1999), *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München (Beck) 1999.
- MICHAEL SCHMIDT (1988), *Reine Rechtslehre und skandinavischer Rechtsrealismus*, in: Robert Walter (Hrsg), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Bd 2 (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd 12), Wien (Manz) 1988, 96–126.
- HANS-PETER SCHWINTOWSKI (1996), *Recht und Gerechtigkeit. Eine Einführung in Grundfragen des Rechts*, Berlin (Springer) 1996.
- MICHAEL STOLLEIS (1994), *Recht im Unrecht*, in: ders., *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt (Suhrkamp) 1994, 7–35.
- RUDOLF THIENEL (1986), *Geltung und Wirksamkeit*, in: Stanley L. Paulson/Robert Walter (Hrsg), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre* (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd 11), Wien (Manz) 1986, 20–50.
- RUDOLF THIENEL (1998), *Der Rechtsbegriff der Reine Rechtslehre – eine Standortbestimmung*, in: Heinz Schäffer (Hrsg), *Staat – Verfassung – Verwaltung. Festschrift anlässlich des 65. Geburtstages von Prof. DDr. DDr. h.c. Friedrich Koja*, Wien (Springer) 1998, 161–200.
- RUDOLF THIENEL (2006), *Rechtswissenschaft ohne Sollen?* in: Eric Hilgendorf (Hrsg), *Wissenschaft, Religion und Recht. Hans Albert zum 85. Geburtstag*, Berlin (Logos) 2006, 415–438.
- ROBERT WALTER (1974), *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*, Wien (Manz) ²1974.
- ROBERT WALTER (1992a), *Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm*, in: Robert Walter (Hrsg), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre* (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd 18), Wien (Manz) 1992, 47–59.
- ROBERT WALTER (1992b), *Das Recht als objektive Gegebenheit oder als Bewusstseinsinhalt*, in: ÖJZ 47 (1992), 281–284.
- ROBERT WALTER (1999), *Hans Kelsens Rechtslehre*, Baden-Baden (Nomos) 1999.
- ROBERT WALTER (2001), *Der Positivismus der Reinen Rechtslehre*, in: Clemens Jabloner/Friedrich Stadler (Hrsg), *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule* (= Veröffentlichungen des Instituts Wiener Kreis, Bd 10), Wien (Springer) 2001, 1–18.
- ROBERT WALTER/HEINZ MAYER/GABRIELE KUCSKO-STADLMAYER (2007), *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Wien (Manz) ¹⁰2007.
- MAX WEBER (1967), *Rechtssoziologie*, Aus dem Manuskript herausgegeben und eingeleitet von Johannes Winckelmann, Neuwied (Luchterhand) ²1967.