SCHRIFTENREIHE DES HANS KELSEN-INSTITUTS

Band 35

Clemens Jabloner

Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt

Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte

Herausgegeben von

Thomas Olechowski und **Klaus Zeleny**

Wien 2013

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Kein Imperativ ohne Imperator
Anmerkungen zu einer These Kelsens

I. Die Imperatorthese im Spätwerk Kelsens

Im 8. Kapitel seiner *Allgemeinen Theorie der Normen* analysiert Kelsen den normsetzenden Akt. Im Zusammenhang dieser Überlegungen führt er 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: Kein Imperativ ohne Imperator. Aber daneben gilt auch ein nicht auf den Befehlsgeber, sondern auf den zweiten Menschen bezogener Grundsatz: Kein Imperativ ohne Imperator, 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)".[1])

Diese Sätze stellen im engsten Sinn jene These dar, die im folgenden als „Imperatorthese" bezeichnet werden soll. Sie hat für die späteste Phase des Werkes von Kelsen[2]) eine zentrale Bedeutung. Dies macht es schwierig, den Gegenstand dieses Beitrages einzuschränken, da im Grunde genommen viele Erwägungen Kelsens auf diese zentrale These zurückgeführt werden können oder mit ihr zusammenhängen. Im ersten Teil dieser Untersuchung soll zunächst dargestellt werden, welche Überlegungen Kelsen zur Imperatorthese führen und worin ihre wesentlichen Konsequenzen liegen. Im zweiten Teil soll dann – kritisch – auf einzelne Probleme dieser Theorie eingegangen werden, wobei der Schwerpunkt auf Fragen gelegt werden soll, die mit der Imperatortheorie unmittelbar verbunden sind und weniger auf die Konsequenzen dieser

[1]) *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, hrsg. von *Ringhofer/Walter* (1979) 23.

[2]) Neben dem in Anm. 1 genannten Werk vgl. insbesondere: Recht und Logik, Forum 1965, 421, 495 und: Was ist juristischer Positivismus?, in: *Klecatsky/Marcic/Schambeck* (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule (1968) Bd. 1, 941.

Theorie, etwa für die Möglichkeit der Normenlogik oder für das Interpretationsproblem, eingegangen wird.

Zuvor sei noch gesagt, dass die oben angesprochene späteste Phase Kelsens von der vorangehenden, die vor allem durch die 2. Auflage der *Reinen Rechtslehre* repräsentiert wird, nicht scharf zu trennen ist. Vieles ist schon dort ausgeführt, bisweilen – etwa bei der Erklärung des Gewohnheitsrechtes – wird auf das genannte Werk verwiesen.[3]) Ein sehr prägnanter Unterschied ergibt sich aber im Vergleich zu Kelsens Frühwerk *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* an diesem Unterschied lässt sich auch ein griffiger Einstieg in die Willensproblematik gewinnen. Es heißt hier u.a.:

„Nur das eine ist gewiß: daß dem Willensdogma eine *psychologische* Bedeutung nicht zukommen kann, daß der Wille, von dem dieses Dogma spricht, ein anderer sein muß, als jener, mit dem die Psychologie operiert: keine realpsychische Tatsache, kein wirklicher Vorgang des Seelenlebens, sondern ein Gebilde spezifisch juristischen Denkens, eine juristische Konstruktion".[4])

Nun muss man sich zum Verständnis dieser Überlegungen vor Augen halten, dass die zu dieser Zeit in der Rechtslehre übliche Vermischung von psychologischen und juristischen Elementen methodisch unhaltbar geworden war (z.B. die „organische Staatstheorie" von Gierke).[5]) Aber Kelsen geht doch soweit, psychologischen Willensakt und die – juristisch allein relevante – Willensäußerung streng zu trennen.[6]) Am deutlichsten wird dies bei seinen Ausführungen über die Gesetzgebung. Im Hinblick auf den Majoritätsbeschluss heißt es:

„Doch faßt man auch nur den psychischen Willen der zustimmenden Parlamentsmitglieder ins Auge, dann zeigt sich, daß dieser zunächst keinen anderen Inhalt hat, als den, eine zustimmende Erklärung abzugeben, die Hand zu erheben, ‚ja' zu rufen, etc. Die Zwecke, die mit solchen Willenshandlungen verbunden sein mögen, können schon sehr verschiedene sein und entziehen sich eigentlich jeder Kontrolle. Der Wille, daß ein Vorschlag Gesetz werde, ist doch ein wesentlich anderer als der im Gesetze selbst ausgedrückte! Das Gleiche gilt vom sanktionierenden Monarchen. Sie alle ‚wollen' – soweit sie überhaupt mehr als abstimmen oder sanktionieren, d.h. eine bezügliche Erklärung abgeben wollen – daß ein Gesetzesvorschlag Gesetz, d.h. Staatswille werde".[7])

Es wäre aufschlussreich, die Wandlung, die Kelsen im Hinblick auf die Willensfrage im Laufe der Zeit im Einzelnen vorgenommen hat, zu beleuch-

[3]) Vgl. Allgemeine Theorie 114.

[4]) Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911) 132. Vgl. auch 146: „Der Wille der Psychologie ist eine empirisch durch Selbstbeobachtung festzustellende *Tatsache,* die der Welt des *Seins* angehört, – der Wille der Ethik und Jurisprudenz ist eine unter dem Gesichtspunkt der Norm, des *Sollens* vollzogene *Konstruktion,* der im realen Seelenleben des Menschen kein konkreter Vorgang entspricht".

[5]) Vgl. Hauptprobleme 162.

[6]) Vgl. dazu auch *Walter,* Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in: FS *Klug* (1983) 188.

[7]) Hauptprobleme 169.

ten, es bleibt aber jedenfalls festzuhalten, dass er am Ende zwar nicht bei einer „Imperativentheorie" landet, die Norm und Imperativ identifiziert,[8]) aber doch bei einer Theorie, die die Bedeutung des realpsychischen Willensaktes, also das Element des „subjektiven Sollens", deutlich in den Vordergrund stellt.

Welche Konzeption der Norm führt Kelsen zur Imperatorthese?[9])

In seiner spezifisch direktiven Verwendung bedeutet der Begriff *„Norm"*, dass etwas *sein* oder geschehen soll. Sprachlicher Ausdruck der Norm ist – so Kelsen – *ein Imperativ oder ein Soll-Satz* (der syntaktisch verschieden gebildet werden kann). *Gegenstand der Norm* ist im hier relevanten Zusammenhang *menschliches Verhalten.* Die Norm als Inbegriff des Sollens ist der *Sinn eines Wollens,* eines *Willensaktes.* In einem – wie Kelsen sagt „figürlichen" Sinn – wird durch den Willensakt die Norm „erzeugt". Geltung ist das Befolgt-sein-sollen oder Angewendet-werden-sollen der Norm, ihre spezifische Existenz. Und – hier mündet die Normkonzeption Kelsens in die Imperatorthese – „um vorhanden zu sein – das heißt, um zu gelten –, muß die Norm durch seinen Willensakt gesetzt sein. Keine Norm ohne einen normsetzenden Willensakt oder – wie man diesen Grundsatz zumeist formuliert: Kein Imperativ ohne einen Imperator, kein Befehl ohne einen Befehlsgeber".

Durch den der Seinssphäre angehörenden Willensakt gewinnt die Norm ihre Positivität. Kelsen lehnt die Auffassung ab, dass Normen der Sinn von Denkakten, statt von Willensakten, sind.[10]) Zu der davon zu unterscheidenden Frage, ob der Willensakt fingiert werden kann, ist später noch etwas zu sagen. Die eine wesentliche Konsequenz der Imperatorthese liegt somit darin, dass durch das Abstellen auf den der Seins-Sphäre angehörenden Willensakt und seine sprachliche Gestalt, den Befehlsakt, der positivistische Aspekt der Kelsenschen Normentheorie wesentlich verstärkt wird. Die Tatsache, dass das Recht durch in bestimmter Weise qualifizierte Akte gesetzt sein muss, wird – neben seiner Wirksamkeit – nunmehr zur Geltungsbedingung,[11]) eine Position, die bisweilen kritisch als „Setzungspositivismus" bezeichnet wird.[12])

Die andere wesentliche Konsequenz der Imperatorthese liegt darin, dass Kelsen logische Prinzipien, insbesondere den Satz vom Widerspruch und die

[8]) Vgl. Hauptprobleme 210. Zur Entwicklung *Kelsens* vgl. auch *Walter,* FS *Klug* 188. Es ist zu betonen, dass die Imperatorthese nichts daran ändert, dass das „objektive Sollen", die Geltung der Norm, nicht aus einem real gesetzten Befehlsakt gewonnen werden kann, sondern durch einen Ermächtigungszusammenhang und letztlich die Annahme einer Grundnorm bedingt ist. Insoweit tritt im Spätwerk *Kelsens* zwar der positivistische Aspekt deutlicher hervor, es kommt aber zu keinem Bruch in der Lehre – vgl. dazu *Wielinger,* Rechtstheorie in Österreich: Hans Kelsen und die Wiener Rechtstheoretische Schule, in: *Marek* u.a. (Hrsg.), Österreichische Philosophen und ihr Einfluß auf die analytische Philosophie der Gegenwart, Bd. 1, Conceptus, Sonderbd. XI (1977) 372.

[9]) Vgl. zum folgenden: Allgemeine Theorie 2 f.

[10]) Allgemeine Theorie 4.

[11]) Dieser Aspekt wird besonders deutlich in: Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 1, 941.

[12]) Vgl. *Weinberger,* Der normenlogische Skeptizismus, Rechtstheorie 17, 1986, 44.

Regel der Schlussfolgerung, auf Normen für nicht anwendbar erachtet. Diese Position wird treffend als „normenlogischer Skeptizismus" bezeichnet.[13])

Die Imperatorthese des späten Kelsen spielt in der gegenwärtigen rechtstheoretischen Diskussion eine bedeutende Rolle. In dieser Diskussion geht es – vereinfacht – im Wesentlichen um folgende Frage: Können Normen bloß „aktrelativ", d.h. in Bezug auf Normsetzungsakte Gegenstand der Betrachtung sein, oder können (auch) die von den Normsetzungsakten unabhängig vorgestellten Norminhalte herangezogen werden. Kelsens Position erscheint im Lichte dieser Diskussion als Form einer sog. „expressiven" Normenkonzepti-

[13]) Vgl. Anm. 12. Für die Ausformulierung der Imperatortheorie *Kelsens* ist vor allem seine Auseinandersetzung mit den Überlegungen von *Dubislav* und *Jörgensen* wesentlich. In *Dubislavs* Aufsatz „Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze" (in: *Albert/Topitsch* [Hrsg.], Werturteilsstreit [1979] 43), in dem sich auch die Wendung vom „Unbegriff eines Imperativs ohne Imperators" findet, geht es darum, dass zwar „Forderungssätze" (Normen) nicht wahr oder falsch sein können und die den Menschen sehr evidente Schlussfolgerung mit Normen daher unkorrekt ist, dass aber die Forderungssätze in Behauptungssätze transformiert werden können, in denen die Sachverhaltselemente isoliert werden. *Kelsen* widerlegt die Zulässigkeit dieser Umformung, indem er zeigt, dass sie mit der Einsicht „Kein Imperativ ohne Imperator" unvereinbar ist (Allgemeine Theorie 162). *Jörgensen* (Imperatives and Logic, Erkenntnis 7, 1937/38, 288) gilt – so *Weinberger* (Rechtstheorie 17, 1986, 15) – als der eigentliche Begründer des „normenlogischen Skeptizismus". *Jörgensen* sieht eine – so *Weinberger* – „quälende Problematik" darin, dass die Menschen einerseits ständig und bedenkenlos mit Forderungssätzen logisch operieren, andererseits diese Schlüsse nicht begründbar sind. *Jörgensen* versucht nun, dieses Dilemma („Jörgensensches Dilemma") dadurch zu lösen, dass er zwischen einem sog. imperativen Faktor und einem indikativen Faktor unterscheidet. Die auch von *Kelsen* zitierte Stelle lautet: „Any imperative sentence may therefore be considered as containing two factors which I may call the imperative factor and the indicative factor, the first indicating that something is commanded or wished and the latter describing what it is that is commanded or wished." (Erkenntnis 7, 291; vgl. auch Allgemeine Theorie 155).

Die Kritik dieser Auffassung führt *Kelsen* zunächst zum Begriff des „modalindifferenten Substrates" (Allgemeine Theorie 155). Auch *Kelsen* kann ja nicht daran vorbeigehen, dass die beiden Sätze „A zahlt seine Schuld" und „A soll seine Schuld zahlen" etwas gemeinsam haben. Aber es ist nicht so, dass das in Wirklichkeit gesetzte Verhalten in der Norm enthalten wäre, dies scheint nur so zu sein, weil wir im Sprachgebrauch davon sprechen, dass etwas „sein soll", wo wir eigentlich meinen, dass es „soll". Das in der Norm gesollte und das in Wirklichkeit gesetzte, der Norm „entsprechende", Verhalten sind zwei – in Bezug auf den Modus – verschiedene Dinge.

Dubislav und *Jörgensen* befassen sich mit normlogischen Überlegungen, am Anfang ihrer Erwägungen steht die Schwierigkeit, die Regeln der logischen Schlussfolgerung auf Normen zu übertragen. Wesentlich erscheint nun, dass *Kelsen* über die Ansätze dieser Theorie hinaus geht, wenn er nun von seinem prinzipiellen Dualismus von „Sein" und „Sollen" zu einem Dualismus innerhalb der Sphäre des „Seins", nämlich zwischen Denkakten (deren Sinn Behauptungen sind) und Willensakten (deren Sinn Normen sind), und damit zu einer Normenontologie findet. Der „normen-logische Skeptizismus" ist für *Kelsen* nicht Ausgangspunkt, sondern bereits Konsequenz seines Normenkonzeptes (vgl. Allgemeine Theorie 21).

on, wie sie etwa von Alchourrón/Bulygin[14]) oder Opalek[15]) vertreten wird. Dieser expressiven Normenkonzeption, die Normen „aktrelativ", d.h. als Ergebnis eines präskriptiven Gebrauchs von Sprache auffasst, steht eine „hyletische" Normenkonzeption gegenüber, die namentlich von Weinberger vertreten wird und die Normen als „Idealentitäten" versteht.[16])

II. Bemerkungen zu einzelnen Problemen der Imperatorthese

A. Vorbemerkung

Im Folgenden werden in eher eklektischer Weise einige Probleme behandelt, die mit Ausnahme der Aspekte unter Pkt. 4, die mit dem juristischen Syllogismus zu tun haben, unmittelbar den Ansatz der Imperatorthese betreffen. Es wird dabei darum gehen, die Widerspruchsfreiheit und Zweckmäßigkeit der Theorie an Hand der Erörterung „kritischer Punkte" zu prüfen. Dabei kann in der Mehrzahl der Fälle von den Einwänden ausgegangen werden, die Weinberger gegen die Imperatorthese vorgebracht hat.[17]) Es geht dabei aber nicht darum, eine Art „Antikritik" zu Weinberger zu formulieren und auch nicht darum, sämtliche kritische Einwände zu verarbeiten. Vielmehr kann man wohl von der Überlegung ausgehen, dass Weinberger mit seinen Bedenken in jedem Fall „neuralgische Punkte" der Imperatorthese trifft, so dass mein Beitrag zumindest Anregungen für eine Diskussion geben kann. Im Einzelnen wird es um drei Problembereiche gehen, und zwar um die Fragwürdigkeit des „Psychologismus", um die Problematik der Deutung des Gewohnheitsrechtes und um Aspekte des von Kelsen negierten „Juristischen Syllogismus". Abschließend soll dann auf Fragen eingegangen werden, die insbesondere durch die jüngste Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Zulässigkeit der sog. „Computerstrafverfügungen" aufgeworfen werden und die in den Kontext dieses Beitrages passen.

[14]) Vgl. besonders *Bulygin*, Norms und Logic, Law and Philosophy 1985, 145 und *Alchourrón/Bulygin*, Expressive versus hyletische Konzeption der Normen?, in: *Krawietz/Ott* (Hrsg.), Festgabe *Troller* (1987) 143.

[15]) Vgl. *Opalek*, Theorie der Direktiven und der Normen (1986), *Opalek*, Normen und performative Akte, in: *Krawietz/Ott* (Hrsg.), Festgabe *Troller* (1987) 243 und *Opalek/Wolenski*, Is, Ought, and Logic, ARSP 1987, 373. Zur Rezeption *Kelsens* durch *Opalek* vgl. auch *Opalek*, Überlegungen zu Hans Kelsens „Allgemeine Theorie der Normen" (1980).

[16]) *Weinberger*, Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik (1980) 67.

[17]) Vgl. die in Anm. 12 und 16 zitierten Arbeiten.

B. Die Problematik des realpsychischen Willensaktes

1. Schon in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* unterscheidet Kelsen zwischen *Rechtsnormen,* die von den Rechtsorganen erzeugt, von ihnen anzuwenden und von den Rechtssubjekten zu befolgen sind, und den *Rechtssätzen* als hypothetischen Urteilen, dass in einer bestimmten Rechtsordnung unter gewissen Bedingungen gewisse Folgen eintreten sollen.[18]) Auch der Rechtssatz ist ein Soll-Satz, freilich deskriptiver Form. Die Eigenart der Rechtsnorm, des präskriptiven Soll-Satzes, als der Sinn einer bestimmten sozialen Realität tritt aber durch die Imperatorthese noch deutlicher hervor, indem die soziale Realität, deren Sinn die Norm ist, ein auf menschliches Verhalten gerichteter Willensakt ist. Mit diesem Willensakt scheint Kelsen aber eben den *realpsychischen Willensakt* zu meinen.

2. Es ist nun zuzugeben, dass die Konzentration Kelsens auf den „realpsychischen" Willensakt zu schwierigen Fragen führt, die mit der grundsätzlichen philosophischen Problematik der Erkennbarkeit von Bewusstseinsinhalten und besonders mit empirischen Problemen des Nachweises solcher Akte durch die Psychologie verbunden sind. Kelsen geht in der *Allgemeinen Theorie* auf die Natur und Erkennbarkeit des Willensaktes nicht besonders intensiv ein: Es heißt, dass man den Willensakt durch Selbstbeobachtung feststellen könne und dass dem Willensakt ein Denkakt in der Form einer „Vorstellung" vorauszugehen habe.[19]) Im Übrigen stützt sich Kelsen hier auf philosophisch-psychologische Untersuchungen aus der Zeit um die Jahrhundertwende.[20]) Weiters sollten wir auch auf jene recht umfangreichen Überlegungen hinweisen, die in den *Hauptproblemen* als herrschende Lehrmeinung der Psychologie von Kelsen – obwohl als für die juristischen Zwecke unbrauchbar qualifiziert – dargestellt werden.[21]) Es lässt sich sogar sagen, dass hinsichtlich der psychologischen Seite der Kelsen der *Allgemeinen Theorie* noch immer jener der *Hauptprobleme* ist, wenn sich auch die Bedeutung des psychologischen Momentes für die Normentheorie vollkommen geändert hat.

Besonders interessant erscheint, dass Kelsen in den *Hauptproblemen* sogar der Vermutung Ausdruck gibt,

„daß die ethisch-juristische Konstruktion des Willens, der mit der ethisch-juristischen Einheit der Person identisch ist, der ursprünglichere Begriff war,

[18]) Reine Rechtslehre[2] (1960) 73.

[19]) Allgemeine Theorie 24, 132 (Zitierung von *Sigwart*). Vgl. die gegen *Ryle* gerichtete Bemerkung *Kelsens* in FN 32 (242).

[20]) Auch *Cohen*, Ethik des reinen Willens[3] (1921) befasst sich mit der Beschreibung des „psychologischen Willens" (166). Im Rahmen dieser Erwägungen analysiert er insb. die „Eigenart des Willensgefühls" und bestimmt diese als Verbindung der „vollen Energie des Affektes" mit der „vollen Energie des Denkens" (199). Zum Verhältnis des (frühen) *Kelsen* zu *Cohen* vgl. *Holzhey*, Kelsens Rechts- und Staatslehre in ihrem Verhältnis zum Neukantianismus, in: *Paulson/Walter* (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre (1986) 167 (181).

[21]) Hauptprobleme 107.

und daß der Terminus Wille von der psychologischen Forschung erst übernommen . . . wurde".[22])

Diese Nebenbemerkung Kelsens liegt auf der Linie seiner späteren ideologiekritischen Untersuchungen über den Ursprung des Kausalitätsprinzips,[23]) in denen gezeigt wird, dass die Menschen zunächst alle Bereiche gesellschaftlich deuten und die naturwissenschaftliche Kategorie der Kausalität aus dem Vergeltungsprinzip entwickelt wird. Wenn man in diesem Zusammenhang weiters bedenkt, dass die moderne Psychologie dem Gegenstand des Willens offenbar wenig Beachtung schenkt, erscheint die Betonung des realpsychischen Willensaktes doch als sehr problematisch.[24])[25])

Es ist im Rahmen dieser Überlegungen nicht möglich, der Problematik weiter nachzugehen, ob Willensakte einen sinnvollen Gegenstand der psychologischen Wissenschaft darstellen. Es ist nämlich zu prüfen, ob sich diese Problematik durch eine etwas andere Konstruktion des Befehlsaktes vielleicht vermeiden lässt.

3. Eine kritische Weiterentwicklung der Imperatortheorie Kelsens könnte darin bestehen, zwar daran festzuhalten, dass die (subjektive) Norm durch eine Tatsache, nämlich einen Befehlsakt, „erzeugt" wird, aber auf das Element des Willensaktes zu verzichten. Der relevante tatsächliche Vorgang wäre so rein objektiv gedeutet. Es gäbe 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. Zu einer solchen Theorie könnte man gelangen, wenn man auf Überlegungen zurückgreift, die im Rahmen der „Philosophie der normalen Sprache" angestellt werden und namentlich in der „Sprechakttheorie" ihren Ausdruck finden. Die im Zusammenhang dieser philosophischen Richtung geführte Diskussion ist offensichtlich subtil und schwierig und die Theorie bereits sehr ausgebaut.[26]) Für den hier gegebenen

[22]) Hauptprobleme 161. Diese Erwägung erinnert in eigenartiger Weise an die Auffassung von *Ryle*, The concept of mind (1949) 62 (69), dass der Begriff der „Willkürlichkeit" einer Handlung bloß im – normativen – Kontext des Vorwurfs sinnvoll verwendet werden kann.

[23]) Vgl. Vergeltung und Kausalität (1941) und Reine Rechtslehre[2] 88.

[24]) Vgl. *Zillmer*, Artikel „Wille", in: *Rexilius/Grubitzsch* (Hrsg.), Handbuch psychologischer Grundbegriffe, wo dargestellt wird, dass die moderne Psychologie unter dem Einfluss der experimentellen Denkweise und des Behaviorismus das Thema „Wille" sehr selten und eher nebenbei behandele, an seine Stelle trete das Thema „Motivation". Vgl. aber auch *Pongratz*, Problemgeschichte der Psychologie[2] (1984) 285, der der Frage nach dem „Widerfahrnischarakter des Wollens" aktuelle Bedeutung zumisst. Vgl. weiters *Ach*, Analyse des Willens (1935), die anscheinend letzte systematische Untersuchung dieses Gebiets. Aus erkenntnistheoretischer Sicht vgl. *Stegmüller*, Wissenschaftliche Erklärung und Begründung (1974) 398, der im Zusammenhang der „Erklärung" von Handlungen durch Wollen darauf hinweist, dass wir es hier mit ersatzweisen Konstruktionen im „Common-sense-Bereich" zu tun haben (409).

[25]) Zu weiteren Bedenken gegen die Ausnahme realpsychischer Willensakte vgl. *Opalek*, Überlegungen 32.

[26]) Vgl. allgemein *Savigny*, Die Philosophie der normalen Sprache (1974), *Stegmüller*, Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie (1969) 570 und Bd. II (1975) 64 und *Opalek*, Theorie.

Zweck ist festzuhalten, dass es der Sprechaktlehre jedenfalls darum geht, dass die Menschen mit Hilfe von sprachlichen Äußerungen die verschiedensten Arten von Handlungen vollziehen können. Die Setzung solcher Handlungen, z.B. „warnen", „versprechen" oder aber „befehlen", durch sprachliche Äußerungen ist die „illokutionäre" Funktion der Sprache, die durch den Gebrauch performativer Verben auch explizit werden kann.[27])

Der Satz, dass man „Dinge mit Worten tun kann" ist allerdings, worauf Opalek[28]) hinweist, doppeldeutig, denn er kann bedeuten, dass es um nichtsprachliche Akte geht („*Performative*"), zu deren Ausführung auch Worte beitragen oder dass es um „*Sprechakte*" geht, die eine besondere Bedeutung haben, dass also diese Akte selbst eine „performative Kraft" besitzen. Die erste Deutung ist für die Rechtstheorie zumindest prima vista attraktiver, denn sie ermöglicht eine Theorie des „Gelingens" oder „Glückens" dieser Akte und kann daher – wenn man Rechtsnormen als Performative ansieht – für die Begründung einer Normentheorie verwendet werden. In diese Richtung geht die Lehre von Opalek, nach der die Norm als ein „performativer Akt" anzusehen ist.[29]) Ein performativer Akt könne nicht bloß auf einen Sprechakt zurückgeführt werden, sondern bedinge auch außersprachliche Elemente. Im Bereich der Performative seien Normen als „konventionalisierte volitiv-dezisionale Akte der Beeinflussung des Verhaltens der Adressaten" charakterisiert. Opalek geht bei der Deutung der Normsetzung somit über die Deutung als Sprechakt hinaus und bezieht auch außersprachliche Elemente mit ein, für die er als Beispiel das „Verabschieden des Gesetzes durch die erforderliche Anzahl von Abgeordneten" nennt. Damit wird aber deutlich, dass es Opalek nicht bloß darum geht, die Erzeugung des „subjektiven" Sollens zu deuten, sondern dass er (auch) die Problematik des „objektiven" Sollens im Auge hat, indem er Normen als Performative ansieht. Man erhält auf diese Weise einen gleichsam „umfassenden" Performativ „Norm", dessen subjektiver Bestandteil – im Sinne Kelsens die Geltungsbedingungen der Setzung der Norm – ein Sprechakt ist. Hinsichtlich der Willensfrage sieht Opalek „die richtige Intention" als außersprachlichen Bestandteil des performativen Aktes und – unter ausdrücklicher Betonung der Parallelität zu Kelsens Theorie, dass Normen zum Bereich der Willensakte und der sie ausdrückenden Befehlsakte gehören – im performativen Akt einen Akt „in dem der Willensakt eine wesentliche Rolle spielt, ein Akt, der einen Sinn hat, der auf Grund der diesen Akt bestimmenden Normen interpretiert werden kann".[30]) Opaleks Auffassung von der Bedeutung des Willensaktes dürfte somit im Ergebnis eher dem Konzept des frühen Kelsen ähnlich sein, nach welchem der juristische Wille das Ergebnis der durch Interpretation gewonnenen Zurechnung ist, da Opalek eben nicht zwischen der subjektiven und der objektiven Bedeutung des Sollens differenziert. Dass Opalek den Willen nicht realpsychisch sieht, geht auch daraus hervor, dass für ihn der Setzer der Norm nicht bloß eine physische Person, sondern auch ein unpersönliches Subjekt, ein institutionalisiertes Wesen sein kann.[31])

Im Rahmen dieses Beitrages geht es allerdings um etwas anders: Es wird von der Normkonzeption Kelsens ausgegangen, die auf einer Unterscheidung von subjektivem und objektivem Sollen beruht. Unsere Aufmerksamkeit ist darauf gerichtet, innerhalb dieses Konzeptes den subjektiven Faktor näher zu bestimmen. Für diesen Zweck ist die Sprechakttheorie, die bloß den sprachlichen Aspekt beleuchtet, interessanter.[32])

In seinem „sprachphilosophischen Essay" *(Sprechakte)* analysiert Searle den *Sprechakt* des *„Versprechens"*. Für unseren Zusammenhang ist besonders wichtig, welche Rolle dabei die *Intention* des Sprechers spielt. Diese Frage untersucht Searle im Hinblick auf das Phänomen des „unaufrichtigen Versprechens" und kommt zum Ergebnis, dass es für das Gelingen des Sprechaktes keine entscheidende Rolle spielt, dass der Sprecher die Absicht, die versprochene Handlung auch auszuführen, nur vorgibt. *Er muss bloß anerkennen, dass die Intention zu seinem Versprechen gehört.* Für den Befehlsakt könnte dies bedeuten, dass der Imperator nicht notwendigerweise „wirklich" das Befohlene wollen muss. Es reicht vielmehr, wenn er anerkennt, dass der von ihm geäußerte Akt nach den sprachlichen Regeln die Intention des Befolgt-Werden-Sollens hat.[33])[34])

---

[27]) Vgl. *Austin*, How to do things with words[2] (hrsg. von *Urmson*) (1962) und *Searle*, Sprechakte. Ein sprachphilosophischer Essay (1971).

[28]) Festgabe *Troller* 243. Vgl. auch die entsprechenden Ausführungen von *Lippold*, Um die Grundlagen der Normenlogik, in: *Walter* (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 12, 1988) 146 <bibliographische Angaben 2013 vervollständigt. Anm. der Hrsg.>.

[29]) Festgabe *Troller* 247. Vgl. auch ARSP 1987, 382.

[30]) Festgabe *Troller* 250.

[31]) Theorie der Direktiven und der Normen 90.

[32]) Eine ähnliche Konzeption wie bei *Opalek* findet sich auch bei *Alchourrón/Bulygin* (vgl. auch *Bulygin*, Law and Philosophy 147), für die Normen das Ergebnis eines präskriptiven Gebrauchs von Sprache sind. Von einem realen Willensakt ist nicht die Rede („Das Befehlen ist im Grunde ein linguistischer Vorgang, ein Sprechakt. Es besteht im Formulieren bestimmter Wörter [oder anderer Symbole] mit einer bestimmten Bedeutung. Eine Norm ist ein sinnvoller Satz in einer imperativen Anwendung . . .").

Soweit es um die Erzeugung von (Rechts-)Normen geht, besteht aus unserer Sicht freilich kein Anlass, vom Konzept der „Geltung", als spezifischer Existenz von Normen („objektives Sollen"), abzugehen: Mit der Lehre von *Kelsen* steht bereits eine ausgebaute Theorie zur Verfügung, die die Phänomene der Rechtserzeugung exakt zu beschreiben vermag und durch die Annahme der Grundnorm den Charakter des Rechtes als „Ideologie" (im wertfreien Sinn – vgl. Reine Rechtslehre[2] 111) deutlich werden lässt.

[33]) Der bei *Searle* (Sprechakte 95) jedenfalls in der deutschen Übersetzung gebrauchte unpräzise Ausdruck „anerkennen" bringt wohl nur scheinbar den Aspekt der „positiven Einstellung" des Versprechenden ins Spiel: Da es ja gerade um das „unaufrichtige" Versprechen geht, kann es doch nur darum gehen, dass der Sprecher die Intention „kennt". Deutlich „objektivistischer" ist die Originalfassung (Speech acts [1969] 62): „S intends that the utterance of T will *make him responsible* for intending to do A." (Hervorhebung nicht im Original).

[34]) Soweit kann die Analyse wohl auch auf den illokutionären Akt des Befehls übertragen werden (vgl. näher *Searle*, Sprechakte 101).

4. An manchen Stellen der *Allgemeinen Theorie* scheint Kelsen von dieser Deutung gar nicht weit entfernt zu sein, so etwa an jener Stelle, in der er sich kritisch mit der eigenen früheren Auffassung von der Bedeutungslosigkeit des psychologischen Willens der agierenden Personen bei der Gesetzgebung befasst.[35]) Kelsen führt hier aus:

„Wer in . . . einem Parlament für eine Gesetzesvorlage stimmt, muß zwar nicht den Inhalt der Vorlage kennen, damit die Vorlage zu einem Gesetz werde. Aber er muß wissen, daß er für eine Gesetzesvorlage stimmt".

Aber Kelsen legt dann doch das Gewicht auf den psychologischen Willensakt, wenn er für den Fall, dass kein Abgeordneter die Gesetzesvorlage gekannt hat, das Gesetz als den Sinn des Willensaktes jener Person bezeichnet, die dem Parlament die Gesetzesvorlage unterschoben hat:

„Liegt eine geltende Norm vor, dann muß irgendjemand den Willen gehabt haben, dessen Sinn die Norm ist".

5. In diesem Zusammenhang der Auslotung der Möglichkeiten, den Befehlsakt objektiv zu deuten, gehört die Auseinandersetzung Kelsens mit Wittgenstein. In den *Philosophischen Untersuchungen*[36]) versucht Wittgenstein eine objektive Deutung des Sachverhaltes, dass der Hahn durch sein Krähen die Hühner herbeiruft. Wittgenstein geht es darum, das „Sprachspiel" des Herbeirufens ohne Bezugnahme auf innere Vorgänge zu beschreiben.

Walter fasst diese Diskussion wie folgt zusammen:

„Kelsen meint, daß man, wenn man den Vorgang des Krähens des Hahnes und das Herbeilaufen der Hühner so beschreibe, wie dies Wittgenstein tut, man das Krähen als Befehl und das Herbeilaufen als Befehlsbefolgung und nicht als in Kausalzusammenhang stehendes Geschehen deute. Denn man könne nicht sagen, die Sonnenwärme ruft ‚die Ausdehnung der Eisenbahnschiene herbei'. Man könne zwar die Vorgänge zwischen Hahn und Hühner als kausales Geschehen deuten, wenn man sagt: Ein bestimmtes Krähen des Hahnes hat das Herbeilaufen der Hühner zur Wirkung; sobald man aber das Wort ‚Herbeirufen' verwendet, hat man das Krähen im Sinne eines spezifischen Befehls gedeutet, der – durch Herbeilaufen – befolgt werden kann".[37])

Eine *sinnvolle* Verwendung der Begriffe Befehl und Befehlsbefolgung erscheint somit nicht ohne Bezugnahme auf innere Vorgänge denkbar.

Es scheint aber eher so zu sein, dass aus der Kritik Kelsens an Wittgenstein kein Schluss darauf gezogen werden kann, dass auch der Versuch einer objektiven Deutung im Sinne der Sprechakttheorie verfehlt wäre. Kelsen (und Walter) sind zwar bestimmt im Recht, wenn sie sagen: „Nur wenn man annimmt, dass der Sprechende befehlen will und der Handelnde verstanden hat und befolgen will", könne man die Begriffe „Befehl" und „Befehlsbefolgung" bilden, aber sie gehen damit selber bereits vom *äußeren Tatbestand* aus und erschließen den Willensakt, wohingegen die Imperatortheorie – streng verstanden – doch eigentlich vom realen Willensakt ausgehen müsste. Es fragt sich also, ob Kelsen hier überhaupt noch eine „strenge Imperatortheorie" im Sinne eines „realpsychischen" Willensaktes vertritt oder nicht schon selbst in die Richtung des Sprechaktes geht. Vielleicht ist Kelsen in diesem Punkt einfach nur einer veralteten Begriffswelt verpflichtet.

[35]) Allgemeine Theorie 244.

[36]) Werkausgabe Bd. 1 (1984) 431, § 493.

[37]) Vgl. *Walter*, Der letzte Stand von Kelsens Normentheorie, Rechtstheorie 1979, Beiheft 1, 298 und Allgemeine Theorie 31, 244.

6. Die in diesem Abschnitt angestellten Überlegungen sollten zeigen, dass es möglich erscheint, vom – problematischen – realpsychischen Willensakt, dessen sprachliche Form der Imperativ ist, zum Konzept eines Sprechaktes überzugehen, der ohne den „inneren Faktor" auskommt und nur verlangt, dass der Sprecher weiß, dass sein Akt die Intention des Imperativs hat.[38]) Eine solche Umdeutung scheint die Imperatortheorie, deren wesentliches Element die Bindung der Geltung der Norm an die Bedingung ihrer tatsächlichen Setzung ist, in ihrer Substanz nicht zu gefährden, vermeidet aber die – fragwürdige – Verdoppelung des Setzungsaktes in den „inneren" Willen und den „äußeren" Befehlsakt.

Es darf dabei freilich nicht übersehen werden, dass damit wieder ein Schritt in die Richtung des früheren Konzeptes von Kelsen gesetzt würde, das an die Stelle des Willensaktes die „Zurechnung" setzt. Soweit es um die Erforschung des „Willens" des Normsetzers geht, könnte man so aber auch das Problem vermeiden, dass man jenseits der herkömmlichen juristischen Auslegungsbehelfe („Gesetzesmaterialien") auf irgendeine Weise nach Willensinhalten suchen müsste.[39])

C. Das Willensmoment bei der Entstehung des Gewohnheitsrechtes

Die Probleme, die für die Imperatortheorie Kelsens aus der Betonung des realpsychischen Willensaktes als Geltungsbedingung entstehen, zeigen sich besonders deutlich bei der Frage des *Gewohnheitsrechtes.*

Den folgenden Bemerkungen wäre folgendes voranzustellen: Die Reine Rechtslehre als Erkenntnistheorie des positiven Rechtes war immer darauf gerichtet, auch die Rechtserzeugung durch Gewohnheit zu berücksichtigen. Freilich ist die Rechtserzeugung durch Gewohnheit infolge der erschwerten Rechtserkenntnis[40]) ein Merkmal relativ primitiver Rechtsordnungen und ermöglicht die Reine Rechtslehre[41]) eine Strukturbeschreibung moderner hochdifferenzierter Rechtsordnungen, die durch Rechtssetzung in einem arbeitstei-

[38]) Zum Problem der Intention vgl. auch die Ausführungen unter D.

[39]) Vgl. dazu auch *Walter*, FS *Klug* 192.

[40]) Vgl. Reine Rechtslehre[2] 234 (vgl. auch Reine Rechtslehre [1934] 118, wo *Kelsen* von der primitiven, vorstaatlichen Rechtsgemeinschaft spricht, in der die Erzeugung der generellen Rechtsnormen im Wege der Gewohnheit erfolgt). Im folgenden geht es allein um das Verhältnis der Reinen Rechtslehre zum Gewohnheitsrecht. Aus der reichen rechtswissenschaftlichen Literatur zum Gewohnheitsrecht vgl. beispielsweise *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982) 214 und – mit Blickrichtung auf das Völkerrecht – *Mössner*, Einführung in das Völkerrecht (1977) 32.

[41]) „Reine Rechtslehre" wird hier in einem weiteren Sinn, als die verschiedenen Phasen der Entwicklung des Denkens von *Kelsen* umfassend verstanden.

ligen Verfahren charakterisiert sind. Daraus ergibt sich aber bloß die Konsequenz eines *relativ* geringeren Interesses der Reinen Rechtslehre für das Gewohnheitsrecht, aber selbstverständlich nicht, dass es im Rahmen dieser Theorie nicht erklärt werden kann. Die uns im Zusammenhang mit dem Gewohnheitsrecht geläufige „klassische" Problemstellung der Reinen Rechtslehre ist die Deutung der Gewohnheit als rechtserzeugender Tatbestand, also die Frage des objektiven Sollens, die für Kelsen eine Frage der Grundnorm ist.[42]) Die Problematik des subjektiven Sollens tritt erst in jenem Moment in den Vordergrund, in welchem die Reine Rechtslehre den Willensakt, die tatsächliche „Setzung" der Norm, als Geltungsbedingung einführt.

Die *Allgemeine Theorie der Normen* enthält zum Problem des *Gewohnheitsrechtes* keine besonderen Ausführungen, sondern verweist auf die entsprechenden Darlegungen der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre*.[43]) Zur entscheidenden Frage des Willensaktes vertritt Kelsen dort die Auffassung,[44]) dass nach einiger Zeit der Gewohnheit „in den einzelnen Individuen der Wille (entsteht), sich so zu verhalten, wie sich die Gemeinschaftsmitglieder gewohnheitsmäßig verhalten" und „der Wille, daß sich auch die anderen Gemeinschaftsmitglieder so verhalten sollen. Verhält sich ein Gemeinschaftsmitglied nicht so, wie sich die Gemeinschaftsmitglieder zu verhalten pflegen, wird sein Verhalten von den anderen mißbilligt, weil es sich nicht so verhält, wie diese wollen. So wird der Tatbestand der Gewohnheit zu einem kollektiven Willen, dessen subjektiver Sinn ein Sollen ist."

Für Weinberger bildet diese Erklärung der Entstehung des Gewohnheitsrechtes einen besonderen Kritikpunkt.[45]) Er verwirft diese Erklärung des Gewohnheitsrechtes. Es gäbe keinen kollektiven Willensakt, außerdem sei Inhalt der einzelnen Willensakte offenbar individuelles Sollen, der Sinn der erzeugten Gewohnheitsrechtsregel aber eine generelle Norm. Das bedeute, dass bei der Entstehung von Gewohnheitsrecht weder ein individueller noch ein kollektiver Willensakt vorliege, dessen Sinn die Gewohnheitsrechtsregel ist.

Kelsen hat zur Frage des Gewohnheitsrechtes im Laufe seiner wissenschaftlichen Entwicklung verschieden akzentuierte Standpunkte bezogen. In den *Hauptproblemen* geht es noch ausschließlich um die Frage der objektiven Geltung des Gewohnheitsrechtes, wenn es heißt: „Es ist für die juristisch-formale Struktur des Rechtsatzes, d.h. des objektiven Rechts, völlig gleichgültig, ob sein Inhalt durch Gesetz oder Gewohnheit entstanden ist, . . ."[46]) In der ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre* ist zwar bereits von der „Setzung der Rechtsnormen auf dem Wege der Gewohnheit" die Rede, diese Setzung wird aber nicht weiter problematisiert.[47]) Mit der Frage der Erzeugung des Völkergewohnheitsrechtes hat sich Kelsen dann eingehend in seinem Beitrag *Theorie du droit international coutumier* in der Festschrift für Weyr auseinandergesetzt.[48]) Kelsen steht hier einem konstitutiven psychischen Element äußerst skeptisch gegenüber, jedenfalls soweit es dessen Erkennbarkeit betrifft.

Auf dieser Studie bauen die Darlegungen in den *Principles of International Law* auf.[49]) Kelsen unterscheidet zunächst zwischen der Rechtserzeugung durch Satzung („legislation") und Gewohnheit („custom"). Legislation sei bewusste und überlegte Rechtsetzung, die Gewohnheit unbewusste und unbeabsichtigte Rechtsetzung. In der Gewohnheitsübung hätten die Beteiligten nicht notwendigerweise zu wissen, dass sie durch ihr Verhalten eine Rechtsregel erzeugen und sie müssen auch nicht notwendigerweise beabsichtigen, Recht zu erzeugen. Die Rechtsregel sei das Ergebnis und nicht der Zweck ihres Verhaltens. In der Folge wendet sich Kelsen dann der Gewohnheit als rechtserzeugendem Tatbestand zu und setzt sich zunächst mit der Theorie auseinander, dass das Gewohnheitsrecht nicht durch die Gewohnheit erzeugt werde – diese habe bloß einen deklarativen Charakter –, sondern durch ein spezialisiertes Organ. Kelsen führt diese Theorie auf den Einfluss des Art. 38 des Status des Internationalen Gerichtshofes zurück, in welcher Bestimmung unter den Quellen des Völkerrechtes auch das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht genannt wird, „as evidente of a general practice accepted as law". Diese Umschreibung wirft für Kelsen die Frage auf, wer nach dieser Theorie der eigentliche Normsetzer sei und er verwirft alle Überlegungen, die in die Richtung der Anerkennung einer Rechtserzeugung durch einen „Volksgeist" oder ähnliches gehen. In der *Reinen Rechtslehre*[2] setzt sich Kelsen auch mit der naheliegenden Frage auseinander, ob es nicht das rechtsanwendende Organ ist, welches die Rechtsregeln erzeugt.[50]) Kelsen verwirft dies unter Hinweis darauf, dass das rechtsanwendende Organ auch im Fall des gesatzten Rechtes den Tatbestand der Gesetzgebung feststellen muss, freilich sei dies leichter zu entscheiden und würde daher weniger deutlich in das Bewusstsein der Organe treten, als die Frage, ob die anzuwendende Norm durch Gewohnheit erzeugt sei. In beiden Fällen läge aber eine bereits vor dem rechtsanwendenden Akt erzeugte Norm vor.

Deutlich mit anderem Akzent ist aber Kelsens letzte Äußerung zum Thema des Gewohnheitsrechtes in seinem Aufsatz „Was ist Juristischer Positivismus?".[51])

Hier scheint Kelsen, quasi alternativ, auch die Deutung zu akzeptieren, dass das „sogenannte"(!) Gewohnheitsrecht konstitutiv durch die Gerichte geschaffen wird. Für die Positivität des Gewohnheitsrechtes sei diese Frage freilich von keiner besonderen Bedeutung. Denn wie immer man sie beantworte, sei es ein durch menschliche Akte erzeugtes Recht.

In dieser letzten Stellungnahme Kelsens wird unseres Erachtens deutlich, dass die Imperatorthese bei der Behandlung des Gewohnheitsrechtes notwen-

42) Vgl. Reine Rechtslehre[2] 232.
43) Vgl. Allgemeine Theorie 114.
44) Reine Rechtslehre[2] 9.
45) Vgl. Normentheorie 28 und Rechtstheorie 17, 1986, 43.
46) Hauptprobleme 102.
47) Reine Rechtslehre (1934) 64.
48) FS *Weyr* (1939) II 86 (98: „Par contre, il est presque impossible de prouver l'existence de l'élément psychique, à savoir l'existence des sentiments ou des pensées des individus qui ont accomplis les actes constituant la coutume dans le passé.").
49) Principles of International Law[2], hrsg. von *Tucker* (1967) 440.
50) Reine Rechtslehre[2] 234.
51) Die Wiener Rechtstheoretische Schule 944.

digerweise einen *ideologiekritischen* Charakter annehmen muss. Kelsen scheint sich hier der Schwäche des Konzeptes vom „kollektiven Willensakt" für die subjektive Seite der Entstehung des Gewohnheitsrechtes bewusst zu werden und scheint nach dem „wirklichen" Imperator zu suchen. Wenn man in diese Richtung weiterdenken will, so könnte man vielleicht zum Ergebnis gelangen, dass die von der Rechtslehre gebrauchte Konstruktion des „Gewohnheitsrechtes" einen ideologischen Charakter hat. Es würde eine ähnliche Problematik hervorkommen wie im Fall des Naturrechtes: Auch vermeintlich „naturrechtliche" Normen können ja insoferne gelten, als die einzelnen Normen „in Wahrheit" durch Setzung oder sog. Gewohnheit erzeugt sind. Unzutreffend ist bloß der von der Naturrechtslehre angenommene Geltungsgrund, etwa göttlicher Wille oder Volksgeist etc. Ähnlich könnte es hier sein: Der angebliche kollektive Willensakt ist bloß eine an die Stelle des transzendenten Willens tretende Ideologie der Rechtslehre. In Wahrheit handelt es sich ohnedies um „gesetztes Recht", nämlich entweder, wie schon von Kelsen angedeutet, durch die rechtsanwendenden Organe oder durch bewusste Willensakte einzelner „Machthaber" in der Phase der Entstehung des Gewohnheitsrechtes.

Die Annahme der traditionellen Rechtslehre – die von Kelsen übernommen wird –, dass die „opinio iuris vel necessitatis" ein wesentliches Element des Gewohnheitstatbestandes sei, bedeutet für Kelsen die Voraussetzung eines „individuellen oder kollektiven" Willensaktes, dessen subjektiver Sinn ist, dass man sich gewohnheitsmäßig verhalten soll. „Wenn Gewohnheitsrecht . . . positives Recht ist, muß es einen individuellen oder kollektiven Willensakt geben, dessen subjektiver Sinn das Sollen ist . . .".[52]) Auch an dieser Stelle der *Reinen Rechtslehre*[2] soll offensichtlich eine Deutung nicht ausgeschlossen werden, dass jedenfalls individuelle Willensakte vorliegen müssen.

Wenn man diesen Weg der Suche nach dem eigentlichen Imperator nicht beschreiten will – und er erscheint angesichts der Bedeutung des Gewohnheitsrechtes für die traditionelle Rechtslehre vielleicht allzu gewagt –, dann bestehen, will man auf dem Boden der *Reinen Rechtslehre* bleiben, folgende Möglichkeiten: Entweder man hält am zwar problematischen, aber auch kaum widerlegbaren Konzept des „kollektiven Willensaktes" fest oder man kommt zum Ergebnis, dass sich die Entstehung von Recht durch Gewohnheit mit den Mitteln der Imperatortheorie nicht erklären lässt, diese also nur mehr als Theorie des gesatzten Rechtes zu sehen wäre.[53])

[52]) Von den oben genannten Einwänden *Weinbergers* hat jener, der sich gegen die Annahme eines „kollektiven Willensaktes" richtet, das größere Gewicht. Der Sinn individueller Willensakte kann aber durchaus ein generelles Sollen sein, womit der zweite Einwand *Weinbergers* gegenstandslos wird.

[53]) Anders sieht der „institutionalistische Positivismus" im Sinne von *Weinberger* (vgl. z.B. Normentheorie 79) die Entstehung des Gewohnheitsrechts, da ihm das Recht als „institutionelles Faktum" erscheint, das nicht nur auf die durch Willensakte „erzeugten" Rechtsnormen beschränkt bleibt. In eine ähnliche Richtung scheinen auch *Alchourrón* und *Bulygin* zu gehen (Festgabe *Troller* 149), wenn sie meinen, dass die Existenz von Gewohnheitsnormen „von bestimmten Dispositionen, die durch bestimmte Handlungen offenbar werden", abhinge. Auf diese Auffassungen soll im Rahmen dieses Beitrages, der die Grundlagen der Reinen Rechtslehre nicht in Frage stellen will, nicht eingegangen werden. Der oben entwickelte Gedanke, den Willensakt durch den Sprechakt „Befehl" zu ersetzen, könnte hier nur weiterführen, wenn man die normerzeugenden Befolgungsakte (vgl. *Kelsen*, FS *Weyr* 100) als Sprechakte deuten könnte. Ob dies möglich ist, ohne zugleich objektive Deutungen vorzunehmen, ist zu bezweifeln.

D. Aspekte der Unableitbarkeit individueller aus generellen Normen

Wir haben einleitend darauf hingewiesen, dass die eine wesentliche Konsequenz der Imperatortheorie die Ansicht Kelsens ist, dass sich aus einer generellen Norm durch einen reinen Denkakt eine individuelle Norm nicht ableiten lässt und dass auch der sog. „juristische Syllogismus", der darauf beruht, dass eine generelle Norm und eine Aussage zur Erzeugung einer individuellen Norm in Verbindung gebracht werden, nicht zulässig ist.[54]) Zwischen beide Normen muss sich – im Sinne der Imperatortheorie – ein neuerlicher *Willensakt* schieben, dessen Sinn die individuelle Norm ist.

Im Rahmen dieses Beitrages soll auf diese Problematik, die eine Konsequenz der Imperatortheorie für die Normenlogik ist, nicht besonders eingegangen werden. Vielmehr soll – angeregt durch eine Überlegung von Walter[55]) – nur eine Bemerkung zu einem Aspekt dieser Problematik gemacht werden.

Der juristische Syllogismus ist ganz unzweifelhaft ein entscheidender Faktor für das Funktionieren einer Rechtsordnung und wurde von jeher als ein zentrales juristisches Werkzeug angesehen. Der Einwand Weinbergers erscheint daher berechtigt, dass es auf dem Boden der von Kelsen vertretenen Meinung „ganz unerklärlich [bleibt], wozu überhaupt generelle Normen gesetzt werden, wenn aus ihnen kein Sollen (oder Dürfen) für Einzelfälle folgt – denn in der Welt gibt es nur Einzelfälle".[56]) Auch ist die Haltung Kelsens zur Frage der Anwendung der Logik auf Normen nicht ganz eindeutig. Auch Kelsen spricht davon,[57]) dass man die Subsumtionsbeziehung, die zwischen einer generellen und einer individuellen Norm besteht, als eine „logische Beziehung" auffassen könne. Kelsen sagt hier wörtlich:

„Was subsumiert wird, ist nicht die niedere Norm unter die höhere Norm. Denn die höhere Norm ist kein Begriff, sondern ein konkreter Gegenstand ethischer oder juristischer Erkenntnis. Aber da die generelle Norm in einem Satz ausgedrückt wird, kann sie Begriffe enthalten, unter die in anderen Normen enthaltene Begriffe oder konkrete Vorstellungen von individuell bestimmten Tatbeständen und als gesollt statuierten individuell bestimmten Rechtsfolgen subsumiert werden können. Insofern solche Subsumtion ein logisches Denkverfahren ist, das in der Begründung der Geltung einer Norm durch die Geltung einer anderen Norm stattfindet, ist die Logik auf die Beziehung zwischen Normen anwendbar. Diese Beziehung ist keine Schlußfolgerung, aber doch eine logische Beziehung."

[54]) Vgl. Allgemeine Theorie 179 (188).

[55]) Das Problem des Verhältnisses von Recht und Logik in der Reinen Rechtslehre, Rechtstheorie 11, 1980, 299.

[56]) Rechtstheorie 17, 1985, 42.

[57]) Allgemeine Theorie 213.

Diese Überlegung gehört mit zu einer Reihe von Versuchen Kelsens, nach der prinzipiellen Verneinung der Anwendbarkeit der Logik auf die Beziehungen zwischen Normen am Ende anscheinend doch wieder normlogische Möglichkeiten zu eröffnen. Weinberger qualifiziert solche Überlegungen als „Ersatztheorien". Es sei nicht einsichtig, warum diese Operation, die Kelsen selbst als „logisches Denkverfahren" bezeichne, keine Schlussfolgerung sein sollte. Es gelinge Kelsen also nicht – so Weinberger – konsequent normenlogischer Skeptiker zu bleiben.[58])

Walter hat den folgenden Versuch unternommen, die aus der Imperatortheorie herrührende Ablehnung des juristischen Syllogismus durch Kelsen mit der herkömmlichen Rechtsdogmatik zu harmonisieren.[59]) Um aus dem Gesetz möglichst viel für seine Entscheidung zu gewinnen, könne der Richter aus der generellen eine individuelle Norm ableiten. Diese Norm sei aber freilich noch nicht das richterliche Urteil. Zur „Umsetzung" des logischen Urteils in das richterliche Urteil bedürfe es eines entsprechenden richterlichen Willensaktes. Zu dieser logischen Denkoperation sei der Richter verpflichtet, wenn man eine entsprechende implizite Norm annimmt.

Gegen diese Deutung spricht allerdings der Einwand, dass diesfalls die These „Kein Imperativ ohne Imperator" ihre besondere Ausschlusswirkung verlieren würde: Jede kritische Rechtslehre muss nämlich zum Ergebnis kommen, dass durch logische Operationen allein keine Normen erzeugt werden, sondern dass es eines Aktes der Normsetzung bedarf. Schon Bernatzik[60]) und Weyr[61]) haben gezeigt, dass das richterliche Urteil in jedem Fall, also auch das sogenannte „deklarative Urteil" im Sinne der Prozesslehre, konstitutiv ist. Kelsen dürfte mit dem Satz „Kein Imperativ ohne Imperator" doch auf mehr abzielen, nämlich auf die Unanwendbarkeit der Regeln der logischen Schlussfolgerung auch auf deskriptive Soll-Sätze („Rechtsätze").[62]) Es ist zuzugeben, dass aus der *Allgemeinen Theorie* diese Ansicht nicht deutlich wird: Einerseits sagt Kelsen, dass es nicht um die Frage der Anwendung logischer Prinzipien auf Rechtsätze ginge.[63]) Andererseits bezeichnet er es als höchst zweifelhaft, dass es ein

„bloß gedachtes Sollen gibt, das nicht der Sinn eines Willensaktes, sondern eines Denkaktes ist. Ob man die Korrelation von Sollen und Wollen negieren kann, ist höchst zweifelhaft".[64])

Die an zweiter Stelle genannte Auffassung erscheint jedenfalls als die konsequentere Verfolgung der Imperatortheorie und läuft darauf hinaus, dass der die Rechtsordnung beschreibende Wissenschaftler die von ihm gebildeten

[58]) Rechtstheorie 17, 1985, 40.

[59]) Rechtstheorie 11, 1980, 312.

[60]) *Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft (1886) 72.

[61]) *Weyr*, Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten, in: *Métall* (Hrsg.), 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre (1974) 471.

[62]) Vgl. die Diskussionsbeiträge von *Thaler* und *Weinberger*, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion (1982) 166, 169.

[63]) Allgemeine Theorie 152.

[64]) Allgemeine Theorie 203.

individuellen Rechtsätze als Sinn mitgedachter Willensakte (eines gedachten Richters) vorstellen muss. Das Dilemma liegt offensichtlich darin, dass der juristische Syllogismus für das Alltagsdenken der Menschen ebenso wie für das juristische Denken eine unbestreitbare Evidenz hat und der Gedankengang, dass die Rechtsordnung seinen Gebrauch anordnet, als adäquate Antwort erscheint. Man könnte daher den Überlegungen Walters auf einer anderen Ebene folgen: Der juristische Syllogismus ist „nur" ein praktisches Denkwerkzeug des Juristen und kann sich nicht auf die Logik stützen. Dass er von den rechtsanwendenden Organen anzuwenden ist, ergibt sich nicht – wie dies Walter annimmt – daraus, dass

„rechtliche Regelungen als von Menschen für Menschen erlassene Anordnungen die Regeln des menschlichen Denkens für ihr Verständnis vorausgesetzt und in sich aufgenommen zu haben scheinen",

sondern daraus, dass man eben aus den Vorschriften des positiven Rechts die – freilich bloß implizite – Anordnung des juristischen Syllogismus für eine konkrete Rechtsordnung entnehmen müsste.

Hält man sich nämlich vor Augen, dass die Erzeugung der Rechtsordnung arbeitsteilig organisiert ist, d.h. dass es einen Organkomplex gibt, der regelmäßig generelle Normen erzeugt und Organe, die regelmäßig individuelle Normen erzeugen, so ist doch die Annahme naheliegend, dass es von der Rechtsordnung gesollt ist, dass beide Arten der Normerzeugung nicht beziehungslos nebeneinanderstehen, sondern die Erzeuger der individuellen Normen gehalten sind, genau jene Normen zu produzieren, die nach landläufiger Auffassung – wir erinnern uns an das „Jörgensensche Dilemma" – den generellen Normen „entsprechen".[65]) Mit anderen Worten es wird angeordnet, so zu tun, als ob die Regeln der Logik auf die Beziehungen zwischen Normen anwendbar wären und es den „juristischen Syllogismus" als Ausdruck einer logischen Gesetzmäßigkeit tatsächlich gäbe.[66])

[65]) Wir hätten es mit einer ähnlichen Überlegung zu tun, wie sie *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (1923) 228, für die Regel der „lex posterior" aufgestellt hat. Auch die „lex-posterior-Regel" entspricht keinem a-priori geltenden normlogischen Prinzip, sondern muss als *Norm* aus dem *positiven Recht* abgeleitet werden.

[66]) Die Differenz zwischen der Auffassung von *Walter* und den hier angestellten Überlegungen besteht in folgendem:

Walter versucht zu beschreiben, welche Operationen ein Richter vornimmt und meint, dass der Richter im Zuge der Rechtserkenntnis zum einen Rechtsätze über geltende Rechtsnormen aufstellt, in dem er die für ihn relevanten generellen Rechtsnormen beschreibt und dann aber – durch eine logische Operation – auch einen weiteren Rechtsatz gewinnt, der die individuelle Norm beschreibt. Auf dem Boden der Imperatortheorie hätte man aber eher zu sagen, dass der Richter nur solange als Rechtswissenschaftler tätig ist, solange er den generellen Rechtsatz aufstellt. Sobald er den „individuellen Rechtsatz" aufstellt, handelt er bereits wie ein Legist. Das heißt, er entwirft, also denkt eine individuelle Rechtsnorm als Sinn eines „fiktiven" Willensaktes, entweder seiner selbst oder – wenn eine Rollenteilung zwischen Richter und Rechtswissenschaftler besteht – einer anderen Person. Vielleicht ist dieses Modell eine sozusagen realistischere Beschreibung dessen, was der Richter tatsächlich macht. Es ist doch so, dass der Richter seine Überlegung von vorneherein in die Gestalt von Urteilsentwürfen kleidet, auf diese Weise seinen späteren Normsetzungsakt gleichsam vorausdenkt. Insoferne ist

E. Imperative ohne Imperator?

Zum Abschluss dieses Beitrages soll noch eine Problematik beleuchtet werden, die vor allem durch den Einsatz der EDV bei oder zur Rechtserzeugung deutlich wird und die durch eine rezente Judikatur des Verfassungsgerichtshofes auch aktuell geworden ist: Welche Konsequenzen ergeben sich für die Imperatortheorie, wenn Rechtsnormen produziert werden, die nicht der Sinn von Willensakten oder jedenfalls nicht der Sinn von menschlichen Willensakten sind?

In der *Allgemeinen Theorie* der Normen setzt sich Kelsen im Einzelnen noch einmal mit der Frage des Willensmomentes bei zusammengesetzter Normerzeugung auseinander. Man wende – so Kelsen – ein, dass etwa der einen Gesetzesbeschluss unterschreibende Monarch den Inhalt dieses Dokumentes gar nicht kenne und daher auch keinen Willen habe, dessen Sinn diese Normen sein könnten. Kelsen meint nun, dass es zwar zutrifft, dass der Monarch den Inhalt der Normen, die er durch Unterzeichnung des Dokumentes setzt, nicht kennen müsse, wohl aber hätte er zu wissen, dass das Dokument, das er unterzeichnet, ein Gesetzentwurf ist, dass er mit seiner Unterschrift Nomen setzt, dass der Sinn seines Aktes Normen sind. Wir wiederholen noch einmal diese Schlüsselstelle der *Allgemeinen Theorie:*

„Wer . . . in einem Parlament für eine Gesetzesvorlage stimmt, muß zwar nicht den Inhalt der Vorlage kennen, damit die Vorlage zu einem Gesetz werde. Aber er muß wissen, daß er für eine Gesetzesvorlage stimmt. Wenn nach geltender Verfassung eine Gesetzesvorlage auch dann zum Gesetz wird, wenn eine Mehrheit für die Vorlage gestimmt hat, ohne daß die Abstimmenden oder ohne das alle von ihnen gewußt haben, daß es sich um eine Gesetzesvorlage handelt, ist – nach geltender Verfassung – das Gesetz der Sinn des Willensaktes jener, die die Gesetzesvorlage zur Abstimmung gebracht, . . . oder dem Parlament unterschoben haben. Liegt eine geltende Norm vor, muß irgendjemand den Willen gehabt haben, dessen Sinn die Norm ist."[67])

Diese Erwägung Kelsens bringt unseres Erachtens einen besonderen positivistischen Aspekt zum Ausdruck: Die juristische Zurechnung des Gesetzes zu jenen Organen, die verfassungsmäßig zur Willensbildung bestimmt sind, kann sich als bloße Fiktion erweisen. Letztlich ist auf jene Menschen zurückzugreifen, die die Willensakte de facto gesetzt haben. Dies entspricht dem rechtssoziologischen Befund, dass besonders bei komplizierten und entlegenen Gesetzesmaterien der eigentliche Willen von den das Gesetzesvorhaben vorbereitenden Beamten gebildet wird.

seine Tätigkeit eine – im weitesten Sinn – rechtspolitische, die keinen prinzipiellen Unterschied zum Entwerfen von generellen Vorschriften aufweist. Auch beim Entwerfen von generellen Vorschriften, wie etwa von Gesetzen, wird es darauf ankommen, dass diese Entwürfe nicht mit Verfassungsnormen in Widerspruch stehen. Deshalb wird man das Entwerfen der generellen Rechtsvorschrift aber nicht als „logisches Urteil des Legisten" beschreiben.

Nun könnte man Kelsen aber folgendes entgegenhalten: Vom Standpunkt der Legistik her betrachtet, erscheint ein Gesetzentwurf als eine Sammlung „gedachter Normen". Diese bloß gedachten Normen werden im System von Kelsens Imperatorthese als der Sinn mitgedachter Willensakte verstanden.[68]) Der „gute" Legist, der sich über die Rollenteilung zwischen Bürokratie und Parlament Gedanken macht, sollte seinen Willen nicht an die Stelle des Willens des Gesetzgebers setzen. Nicht die Entwurfersteller sollten mit den potentiellen Regelungen etwas „wollen", sondern es ist das Parlament, dessen Willensakt „vorausgedacht" werden soll. Diese Funktion, nämlich den vorausgedachten Willen des Parlamentes deutlich zu machen, erfüllen die dem Entwurf allenfalls beigegebenen Erläuterungen. Der Gesetzentwurf stellt – so gesehen – ein Angebot des Entwurferstellers an die verfassungsmäßig zur Willensbildung ermächtigten Organe dar. Wenn nun die zuständigen Organe ihre Aufgabe der Willensbildung nicht wahrnehmen und der vom Entwurfersteller bloß fingierte Willensakt nach der gegebenen Verfassung zu jenem des Parlamentes wird, dann entsteht ein Problem, das mit der Imperatorthese kaum zu lösen ist. Wie sollte aus dem ursprünglich fingierten Willensakt durch Untätigkeit der zuständigen Organe retrospektiv ein realer Willensakt werden?

Ein anderes Beispiel ist das Zustandekommen von Normtexten in einem arbeitsteiligen Gesetzgebungsverfahren durch Weglassen von Textteilen. Nach Art. 97 Abs. 2 B-VG hat die Bundesregierung Gesetzesbeschlüssen der Landtage die Zustimmung zu erteilen, soweit diese Gesetzesbeschlüsse bestimmte Inhalte enthalten. Verweigert die Bundesregierung die Zustimmung, so entspricht es einer – verfassungswidrigen – Praxis, dass der zur Kundmachung des Landesgesetzes zuständige Landeshauptmann den Gesetzesbeschluss unter Weglassung jener Textteile kundmacht, zu denen die Bundesregierung ihre Zustimmung nicht erteilt hat. Auf diese Weise kann ein neuer normativer Inhalt entstehen, z.B. eine Behörde zuständig werden, die ursprünglich nicht zuständig war. Ob der Landeshauptmann (oder ein anderes Organ) einen Willensakt gesetzt hat, dessen Sinn die am Ende publizierte Norm ist, erscheint höchst zweifelhaft. Man mag nun diese Beispiele als konstruiert bezeichnen. In diesen Fällen wird man – vielleicht mit Schwierigkeiten – einen Imperator finden. Selbst wenn dies nicht der Fall ist, lassen sich – wie dies ja auch Kelsen andeutet – auf der Basis einer gegebenen Verfassung die in Frage stehenden Enuntiationen als – allenfalls – fehlerhafte Rechtsnormen deuten. Um zu diesem Ergebnis zu kommen, müsste man einer positiven Rechtsordnung den Vorrang der objektiven Interpretation entnehmen.[69]) Zudem hätte man die Grundnorm so vorauszusetzen, dass die zu beschreibende Ordnung nicht nur bloß regelmäßig wirksam sein muss, sondern auch bloß im Großen und Ganzen von Menschen gesetzt ist. Es ist aber zweifelhaft, ob dies noch im Sinn der Imperatortheorie wäre, da der besondere Positivismus des späten Kelsen die

[68]) Allgemeine Theorie 5, 225.
[69]) Vgl. dazu *Walter*, FS *Klug* 194.

tatsächliche Setzung durch Willensakt anscheinend von jeder einzelnen Rechtsnorm verlangt.[70])

Wesentlich realistischer ist die Problemstellung aber im Bereich der Vollziehung: Das österreichische Verwaltungsverfahrensrecht, das für Bescheidausfertigungen grundsätzlich auch das Erfordernis der Unterschrift des Approbanten oder eine Beglaubigung verlangt, dass die Ausfertigung mit der Erledigung übereinstimmt, ermächtigt für Ausfertigungen, die mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung erstellt werden, dazu, dass diese weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung bedürfen (§ 18 Abs. 4 AVG). Der VfGH hatte sich in seinem Erkenntnis[71]) insbesondere mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Bescheidbegriff der Bundesverfassung die erkennbare Verbindung des Verwaltungsaktes mit einem Organwalter der bescheiderlassenden Behörde voraussetzt. Im Gesetzesprüfungsverfahren gelang es der Bundesregierung darzutun, dass diese Erledigungen auf Willensakten von Menschen beruhen. Der VfGH vertrat dann den Standpunkt, dass diese Zurechnung – des Bescheides zum willensbildenden Organ – nicht zwingend erkennbar gemacht werden müsste.

Diese Auseinandersetzung liegt noch gleichsam eine Stufe vor der uns hier interessierenden Problematik. Immerhin geht der VfGH aber so weit, sich auch zur Frage zu äußern, ob es einen solchen – dahinterstehenden – Willensakt eines Organwalters überhaupt geben muss. Er scheint diese Frage zu verneinen, wenn er meint:

„Weder die Unterschrift noch die sonstige Erkennbarkeit eines den Bescheid genehmigenden Organwalters, ja nicht einmal die tatsächliche Rückführbarkeit des als individuelle Norm zu betrachtenden Bescheides auf die faktisch im psychischen Bereiche sich abspielende Willensbildung einer bestimmten Person (die zu Recht für das Vorliegen und den Inhalt eines Bescheides als irrelevante „antropomorphe Vorstellung" von der Lehre kritisiert wurde (vgl. Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 198f, 290; Winkler, Der Bescheid, 1956, S. 45f, 60f) sind verfassungsrechtlich notwendig Voraussetzungen oder Bestandteile eines Bescheides."[72])

Das Zitat von Merkl zeigt, dass der Verfassungsgerichtshof meint, hier letztlich auf die frühe Theorie von Kelsen abstellen zu können, wie sie am deutlichsten in den *Hauptproblemen* zum Ausdruck kommt und die die Normsetzung ausschließlich über die juristische, d.h. formale „Zurechnung" und eben nicht durch reale „Willensakte" von Menschen erklären will.

Wir sehen nun von den verfassungsrechtlichen Implikationen einmal ab und auch davon, dass es hier offensichtlich noch gelang, „hinter" den Computerstrafverfügungen menschliche Imperatoren zu erkennen. Es bereitet nämlich keine Schwierigkeiten, sich das Scenario einer rein maschinell vor sich gehenden individuellen Normerzeugung vorzustellen. Es ist ja technisch sehr leicht

[70]) Die Wiener Rechtstheoretische Schule 941.

[71]) Erk. des VfGH vom 16. 12. 1987, G 110, 111/87-26 u.a.

[72]) Vgl. das in Anm. 71 zit. Erk., 40. Vgl. dazu kritisch *Walter*, Die Verwaltungs- [illegible] 1987, ÖJZ 1988, 363.

möglich, dass etwa der Weg von einem Radargerät, das zu schnell fahrende Automobile fotografiert, bis zur Zustellung entsprechender Strafbescheide an die verantwortlichen Autofahrer vollkommen automatisiert wird.

Welche Konsequenzen hätten wir vom Standpunkt der Imperatortheorie zu ziehen?

Man könnte zunächst den Satz „Kein Imperativ ohne Imperator" als empirische Aussage verstehen, als „falsifiziert" ansehen und aufgeben. Es ist aber fraglich, ob Kelsen die These so verstanden wissen will. Wie insbesondere seine Auseinandersetzung mit Wittgensteins Beispiel des nach den Hühnern krähenden Hahnes zeigt (vgl. oben), will Kelsen mit seiner These zum Ausdruck bringen, dass man den Begriff „Befehl" nur dann sinnvoll bilden kann, wenn man annimmt, dass der Sprechende befehlen will und der Handelnde verstanden hat und befolgen will. Die These „Kein Imperativ ohne Imperator" geht daher eher in die Richtung einer zweckmäßigen Normenkonzeption und ist wohl nicht als empirische Aussage zu verstehen.

Man könnte auch versuchen, die Imperatortheorie zu halten, indem den hier in Frage stehenden Akten der Normcharakter abgesprochen wird. Man könnte zunächst den eher trivialen Einwand machen, dass zwischen dem hier vorgestellten Automaten und einer schlichten Verkehrsampel kein prinzipieller Unterschied bestünde. Dem hätte man aber entgegenzuhalten, dass die Signale der Verkehrsampel ganz eindeutig von einer generellen Norm als Tatbestand eingesetzt werden,[73]) der hier in Frage stehende Automat, indem er offensichtlich Rechtsfolgen verhängt, aber weit darüber hinausgeht. Subtiler ist ein Versuch, den Walter[74]) schon seinerzeit im Zusammenhang mit der Einführung sog. „Schülerlotsen" unternommen hat: Zwar bereitet es selbstverständlich keine rechtstheoretischen Probleme, Schülerlotsen mit der Zuständigkeit zur Normsetzung auszustatten, doch ergeben sich auf verfassungsrechtlicher Ebene Probleme mit dem Organbegriff des Art. 20 Abs. 1 B-VG. Um nun den verfassungsrechtlichen Konsequenzen auszuweichen, die es mit sich brächten, wenn ein Schülerlotse Anordnungen gegenüber den Verkehrsteilnehmern treffen könnte und dergestalt Staatsorgan im funktionellen Sinn würde, sollte – nach Walter – die Regelung so konzipiert sein, dass nicht an einen auf das Verhalten anderer gerichteten Willensakt des Lotsen Rechtspflichten angeknüpft würden, sondern dass der Gesetzgeber an die Tätigkeit der Schülerlotsen gewisse Pflichten anknüpft. Bei dieser Konstruktion erschienen die Lotsen noch nicht als Staatsorgan, „ebensowenig, wie etwa Personen, auf die wegen ihres jugendlichen oder hohen Alters oder ihrer Gebrechlichkeit, von Straßenbenützern besondere Rücksicht genommen werden muß".

Eine solche Umdeutung bleibt zwar prinzipiell immer möglich, vom Standpunkt der Imperatortheorie erscheint sie aber als fragwürdig: Unter dem positivistischen Aspekt der Imperatortheorie geht es gerade darum, die in der

[73]) Vgl. § 38 StVO; vgl. auch *Walter/Mayer*, Grundriß des Besonderen Verwaltungsrechts[2] (1987) 506 und *Öhlinger*, Die rechtlichen Handlungsformen der Straßenpolizei, ZVR 1974, 289 (298).

[74]) Verfassungsrechtliche Probleme um den Schülerlotsen, ZVR 1972, 257 (258).

Wirklichkeit gesetzten Befehlsakte unter der dazu tretenden Bedingung der regelmäßigen Wirksamkeit und unter der Annahme der Grundnorm als „objektiv gesollt" zu beschreiben. Eine Theorie, die nicht mehr bloß in einzelnen, vielleicht zu vernachlässigenden Randfällen, sondern „im großen Stil" Befehlsakte in „Tatbestände" umdeutet, würde dem gravierenden Einwand begegnen, dass es sich dabei dann nicht mehr um eine positivistische Beschreibung der Rechtsordnung handelte.

Im Lichte der Imperatortheorie geht es hier also letztlich um die Frage, ob die Akte, durch die die Befehle gesetzt werden, Akte von Menschen sein müssen. Es liegt auf der Hand, dass eine Maschine keinen Willensakt im Sinne eines realpsychischen Aktes setzen kann, doch sind wir von diesem strengen Verständnis des Willensaktes bereits abgerückt. Der Befehlsakt einer Maschine ist vorstellbar, allerdings hätte man diesfalls auch auf das Element der „Anerkennung der Intention" durch den Urheber der Norm zu verzichten und müsste sich noch weiter vom Konzept Kelsens entfernen. Andererseits wird man als Positivist insoferne in ein Dilemma kommen, als man schwerlich darum herumkommen wird, zu akzeptieren, dass wirksame Anordnungen auch von Automaten gesetzt werden.

F. Schlussbemerkung

Es stellt sich nun die Frage, ob man im Lichte der obenstehenden Überlegungen die Imperatortheorie aufrechterhalten kann. Eine Antwort auf diese Frage, in dem Sinn, dass diese These richtig oder unrichtig wäre, ist sicherlich sinnlos. Es ist sogar die Frage, ob diese These zweckmäßig ist und eine zu begrüßende Ergänzung der Reinen Rechtslehre bedeutet, äußerst schwer zu beantworten. Vielleicht können wir aus unseren Überlegungen das folgende Fazit ziehen: Die Einführung der Imperatortheorie bedeutet eine Verschärfung des positivistischen Elans der Reinen Rechtslehre. Dies bedeutet, dass ein konsequentes Weiterdenken der Position Folgerungen von jener Art haben könnte, wie wir sie aufgezeigt haben: Man kann z.B. überkommene juristische Konstruktionen, wie etwa die des „Gewohnheitsrechtes", kritisch beleuchten, man kann die Arbeit des Rechtswissenschaftlers in ein kritisches Licht stellen und man kann die Imperatortheorie betonen, um – wie im Beispiel der Normsetzung durch Automaten – der Gefahr eines Verkennens der wirklichen Gegebenheiten zu entgehen.

Die Problematik der Imperatortheorie liegt unmittelbar in ihrem Ansatz. Der Willensakt, von dem Kelsen offenbar die Vorstellung eines „realpsychischen" Phänomens hat, ist jedenfalls nicht so evident, dass man ihn unkritisch zum Ausgangspunkt für weitere Überlegungen nehmen könnte. Sobald man aber Überlegungen von der Art anstellt, wie wir dies getan haben, zeigt sich die Tendenz, wieder zu jenem „objektiven" Konzept der *Zurechnung* zurückzukehren, wie es von Kelsen ansonsten vertreten wurde.

Verzeichnis der Originalpublikationen

Kein Imperativ ohne Imperator. Anmerkungen zu einer These Kelsens, in: Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 12, Wien: Manz, 1988) S. 75–95.

Bundesminister und mittelbare Bundesverwaltung, in: Heinz Mayer/Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/René Laurer/Kurt Ringhofer/Rudolf Thienel (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS für Robert Walter zum 60. Geburtstag (Wien: Manz, 1991) S. 293–315.

Das „Denksporterkenntnis" des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in: Bernd-Christian Funk/Hans R. Klecatsky/Edwin Loebenstein/Wolfgang Mantl/Kurt Ringhofer (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. FS für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag (Wien/New York: Springer, 1992) S. 189–201.

Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in: Johannes Hengstschläger/Heribert Franz Köck/Karl Korinek/Klaus Stern/Antonio Truyol y Serra (Hrsg.), Für Staat und Recht. FS für Herbert Schambeck (Berlin: Duncker&Humblot, 1994) S. 441–457.

Wie zeitgemäß ist die Reine Rechtslehre?, Rechtstheorie 29, 1998, Heft 1, S. 1–21.

Verrechtlichung und Rechtsdynamik, Zeitschrift für öffentliches Recht 54, 1999, Heft 2, S. 261–278.

Rechtskultur und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Juristische Blätter, 123. Jg., 2001, Heft 3, S. 137–144.

Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, Journal für Rechtspolitik 9, 2001, Heft 1, S. 34–46.

Beiträge zu einer Sozialgeschichte der Denkformen: Kelsen und die Einheitswissenschaft, 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/New York: Springer, 2001) S. 19–43.

Vergangenes Recht, in: Carl Baudenbacher/Heinz Mayer/Hellwig Torggler (Hrsg.), Ein Leben in Praxis und Wissenschaft, FS für Walter Barfuß zum 65. Geburtstag (Wien: Manz, 2002) S. 113–126.

„Die Form ist die Zwillingsschwester der Freiheit", Österreichische Notariatszeitung, 135. Jg., 2003, Heft 2, S. 35–40.

Ist das Weisungsprinzip überholt?, in: Stefan Hammer/Alexander Somek/Manfred Stelzer/Barbara Weichselbaum (Hrsg.), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, FS für Theo Öhlinger (Wien: WUV, 2004) S. 699–717.

Stufung und „Entstufung" des Rechts, Zeitschrift für öffentliches Recht 60, 2005, Heft 2, S. 163–185.

Am Beispiel der Historikerkommission: Zeitgeschichtliche Forschung in juristischer Perspektive, Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften, 16. Jg., 2005, Heft 1, S. 111–136.

Abschied eines Senatspräsidenten, in: Metin Akyürek/Gerhard Baumgartner/Dietmar Jahnel/Georg Lienbacher/Harald Stolzlechner (Hrsg.), Staat und Recht in europäischer Perspektive, FS für Heinz Schäffer (Wien/München: Manz/C.H. Beck, 2006) S. 295–311.

Das Gesetz als Problem, Juristische Blätter, 128. Jg., 2006, Heft 7, S. 409–414.

Am Rande des Rechtsstaates, Zeitschrift für Verwaltung, 31. Jg., 2006, Heft 4, S. 426–432.

„Rechtskraft" – Funktion und theoretische Begründung eines Rechtsinstituts, in: Michael Holoubek/Michael Lang (Hrsg.), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren (Wien: Linde, 2007) S. 15–25.

Georg Fleischer, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 30, Wien: Manz, 2008) S. 99–113.

Der idealistische Mörder, in: Margarethe Lasinger (Red.), Programmheft der Salzburger Festspiele 2008 zu Fjodor M. Dostojewskij, Verbrechen und Strafe (Salzburg: Salzburger Festspielfonds, 2008) S. 26–29.

Objektive Normativität. Zu einem Bezugspunkt von Reiner Rechtslehre und Wiener Kreis, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 32, Wien: Manz, 2009) S. 169–182.

Person, Amt und Institutionen, in: Klaus Poier (Hrsg.), Persönlichkeiten und Demokratie: Wie wählen wir die besten Köpfe? (Schriftenreihe für öffentliches Recht und Politikwissenschaft, Bd. 2, Wien/Graz: NWV, 2011) S. 17–25.

Richter im Zwiespalt, in: Brigitte Schenk/Elisabeth Lovrek/Gottfried Musger/Matthias Neumayr (Hrsg.), FS für Irmgard Griss (ohne Ort [Wien]: Jan Sramek, 2011) S. 315–333.

Kann der Bundespräsident auf sein Amt verzichten?, in: Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Gerhard Muzak/Bettina Perthold-Stoitzner/Karl Stöger (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode, FS für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag (Wien: Manz, 2011) S. 155–168.

Im Dienste der Bundesverfassung: Georg Froehlich, in: Generaldirektion des Österreichischen Staatsarchivs (Hrsg.), Beruf(ung): Archivar, FS für Lorenz Mikoletzky (Mitteilungen des Österreichischen Staatsarchivs 55, Innsbruck/Wien/Bozen: Studienverlag, 2011) Teil II, S. 1105–1127.