

4. Die Kelsensche Lehre vom Zwangscharakter des Rechts

Die Struktur der Rechtsnorm

Das Recht ist nach Kelsen ein System von Normen. Die Einheit dieses Systems, seine Ordnung, die es ermöglicht, eine Summe von Rechtsnormen eine Rechtsordnung zu nennen, wird durch den Geltungszusammenhang der Normen begründet. Ausgangspunkt für die Analyse des Rechts muß deshalb die einzelne Rechtsnorm sein. Die Struktur der Rechtsnorm ist zunächst rein zu untersuchen, also unabhängig von ihrem Inhalt und ihrer je spezifischen Erscheinungsform, z. B. als generelles Gesetz, Verordnung, Verwaltungsakt oder Rechtsgeschäft.

Seit Kelsen in seiner Schrift von 1911 versuchte, die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre aus der Lehre vom Rechtssatz zu entwickeln,¹ hat er diesen Grundstein seiner Rechtslehre, die Rechtsnorm – oder wie er früher noch sagte, den Rechtssatz –, zum Objekt seiner Forschungen gemacht.

Die scharfe und unerbittliche Kritik, die Kelsen an so vielen herrschenden Lehren und meinungsbildenden Schulen geübt hat, machte vor seinem eigenen Werk nicht halt. Auch den Begriff der Rechtsnorm hat Kelsen im Vergleich mit seinen Frühschriften neu bestimmt. Eine wesentliche Modifikation seiner ursprünglichen Lehre vom Rechtssatz hat Kelsen vorgenommen, indem er in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* die Rechtsnorm, wie jede andere Norm auch, als Imperativ, als Gebot gegenüber dem Normadressaten bezeichnet.² Die ermächtigende und erlaubende Funktion der Rechtsnorm soll zunächst außer Betracht bleiben. Die frühere heftige Politik gegenüber der Imperativtheorie wird damit zumindest teilweise gegenstandslos. Die Aner-

1 H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Aufl., 1923; Neudruck 1960.

2 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 73.

kennung des imperativischen Charakters der Rechtsnorm hängt eng zusammen mit der nunmehr möglich und notwendig gewordenen Unterscheidung der Rechtsnorm, die vorschreibt, von dem Rechtssatz, der beschreibt.³ Die Rechtssätze sind hypothetische Urteile, mit denen die Rechtswissenschaft Rechtsnormen und ihre Funktion beschreibt. Die Rechtsnormen sind demgegenüber keine Urteile im Sinne von Aussagen über Gegenstände, die der Erkenntnis vorgegeben sind, sondern Befehle, Imperative.

Kelsen konnte die Modifikation an dem elementaren Baustein seiner Theorie, der Rechtsnorm, vornehmen, ohne zugleich sein gesamtes Theoriegebäude zum Einsturz zu bringen, weil er den wesentlichen Einwand gegen die Folgen, die von der sogenannten Imperativentheorie aus der Erkenntnis des Befehlscharakters der Rechtsnorm gezogen wurde, aufrechterhielt. Kelsen wandte gegen die Imperativentheorie vor allem ein: „Der nackte Imperativ als solcher, der nichts zum Inhalte hat als den auf das Verhalten der Untertanen gerichteten Willen des Staates, ist also durchaus ungeeignet, den Zweck der Rechtsordnung, die zum rechtmäßigen Verhalten der Rechtssubjekte führenden Motivation, zu erfüllen.“⁴ Er ist dazu ungeeignet, weil dem reinen Imperativ die Sanktion fehlt, die erst zum rechtsnormgemäßen Verhalten motiviert. Der Rechtssatz, wie ihn Kelsen definierte, nämlich als hypothetisches Urteil über den Willen des Staates, wurde gerade durch die „Aufnahme der Nachteilsordnung in den Wortlaut der Rechtsnorm“⁵ charakterisiert. Diese angedrohten Nachteile, die als Zwangsmittel bezeichnet werden können, sind ein wesentliches Element des Rechts, begründen seinen Zwangscharakter.

Es ist nun eben diese Betonung des Zwanges als eines spezifischen rechtstechnischen Mittels, die Kelsen beibehalten hat. In dem Punkt, auf den es entscheidend ankommt, nämlich als Besonderheit des Rechts herauszustellen, daß es eine normative Ordnung ist, die Zwangsakte als Sanktion statuiert, hat Kelsen seine Lehre nicht verändert.

3 H. Kelsen, a.a.O.

4 H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, S. 203; vgl. zum Wandel der Auffassungen H. Kelsens im Hinblick auf die Imperativentheorie auch: O. Weinberger, Hans Kelsen as Philosopher, Introduction to: H. Kelsen, *Essays in legal and moral philosophy*, selected and introduced by O. Weinberger, 1973, S. XVIII ff.

5 H. Kelsen, a.a.O., S. 212.

Die Verbindung von Imperativ und Sanktion

In welcher Weise wird in der weiterentwickelten Kelsenschen Lehre die Sanktion mit dem Imperativ verbunden, nachdem die frühere Ersetzung des Imperativs durch die Sanktion aufgegeben wurde? Ausgangspunkt der Überlegungen soll die Norm in ihrer einfachsten Form sein, die zugleich auch ihre typischste ist. Die Norm bestimmt – normiert –, daß etwas sein soll, insbesondere daß ein Mensch sich in einer bestimmten Weise verhalten soll. Was die Rechtsnorm nach Kelsen von anderen Normen, z. B. denen der Religion, der Moral, der gesellschaftlichen Konvention, unterscheidet, ist die Art und Weise, in der eine menschliche Handlung geboten oder verboten wird.⁶ Für die Rechtsnorm ist die eigentümliche Art und Weise, wie sie ein Verhalten gebietet, daß für das gegenteilige Verhalten eine Sanktion als gesollt statuiert wird.⁷ Unter einer Sanktion ist die Zufügung eines Übels, wie die Entziehung des Lebens, der Freiheit oder wirtschaftlicher Güter zu verstehen, die zwangsweise, gegebenenfalls unter Anwendung physischer Gewalt erfolgt.

Die Verknüpfung des gesollten Verhaltens mit der Statuierung einer Sanktion, die für den Fall der Nichtbefolgung des Gebots eintreten soll, legt die Annahme nahe, daß zwei verschiedene Normen miteinander in einer Zweck-Mittel-Relation verbunden werden. Der vom Normgeber verfolgte Zweck, z. B. das Gebot, im Straßenverkehr eine bestimmte Geschwindigkeit nicht zu überschreiten, wird durch den Einsatz bestimmter Mittel, nämlich von Sanktionen, z. B. strafrechtlicher Art, zu erreichen versucht. Nun gibt es in der Tat einige Stellen bei Kelsen, die den Schluß nahelegen, Kelsen gehe von zwei verschiedenen Normen aus.⁸ Ich meine, daß eine solche Interpretation der Kelsenschen Auffassung von der Rechtsnorm nicht gerecht wird.⁹ Die Rechtsnorm ist für Kelsen

⁶ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 25.

⁷ H. Kelsen, a.a.O., S. 26.

⁸ H. Kelsen, a.a.O., S. 54, S. 55, S. 56, S. 73.

⁹ Vgl. dazu besonders klar die Ausführungen von H. Kelsen, Die Idee des Naturrechts, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von H. Kelsen, A. Merkl, A. Verdross*, hrsg. von H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, S. 245 ff., S. 273 ff., S. 273: „Diese ganze Scheidung zwischen einer primären Norm und einem sekundären Rechtssatz, der für den Fall der Verletzung der ersterwähnten Norm einen Zwangsakt statuiert, ist nicht nur überflüssig, sondern irreführend.“ Allerdings muß beachtet werden, daß Kelsen hier noch nicht klar zwischen Rechtsnorm und Rechtssatz unterschieden hat.

eine einzige Norm und nicht eine – wie auch immer zu bestimmende – Verbindung zweier selbständiger Normen. Die Formulierung der Rechtsnormen in den positiven Rechtsordnungen legt den Gedanken an zwei selbständige Normen allerdings nahe, weil der Gesetzgeber oft selbst zwei Normen formuliert und weil das gebotene Verhalten und die Sanktion für das gegenteilige Verhalten meist über die gesamte Rechtsordnung verstreut sind.¹⁰ Selbst für den Juristen ist es mitunter schwer, festzustellen, ob und gegebenenfalls welche Sanktionen statuiert worden sind. Diese Praxis des Gesetzgebers kann jedoch für die rechtstheoretische Analyse nicht von Bedeutung sein, denn dieser kommt es darauf an, die Rechtsnorm in ihrer einfachsten, reinen Kerngestalt zu erfassen.

Das gesollte Verhalten

Wenn aber durch die Rechtsnorm nicht zweierlei gesollt ist – das rechtlich gebotene Verhalten einerseits, die Ausübung von Zwang in Form einer Sanktion andererseits –, sondern nur eines gesollt ist, so stellt sich die Frage, was denn eigentlich gesollt ist. Nur wenn auf diese Frage bei Kelsen eine eindeutige Antwort zu finden sein sollte, läßt sich die Behauptung aufrechterhalten, Kelsen lehne jene Theorie ab, die annimmt, in der Rechtsnorm seien zwei selbständige Normen miteinander verbunden worden. Kelsen sagt dazu mit der ihm eigenen Furchtlosigkeit, Schlußfolgerungen, die ihm logisch zwingend erscheinen, auch dann zu ziehen und auszusprechen, wenn sie das bisherige juristische Weltbild zerstören: „Das Gesolltsein der Sanktion schließt das Verbotensein des Verhaltens, das ihre spezifische Bedingung ist, das Gebotensein seines Gegenteils in sich. Dabei ist zu beachten, daß mit ‚Geboten‘- oder ‚Verboten‘-Sein eines bestimmten Verhaltens nicht das Gesolltsein dieses

10 R. Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf der Grundlage der Reinen Rechtslehre*, 1964, S. 48, weist auf diese Eigenart der positiven Rechtsordnung besonders eindringlich hin. Seine Unterscheidung von Zwangsnorm, Zwangsnormerzeugungsregel und Zwangsnormvollzugsregel, die mit dem Verfassungsrecht, dem materiellen Recht und dem Prozeßrecht korrespondieren, ist nicht mit der hier behandelten Unterscheidung von primärer und sekundärer Norm zu verwechseln.

Verhaltens oder seines Gegenteils, sondern das Gesolltsein der Folge dieses Verhaltens, das ist: der Sanktion, gemeint ist. Das gebotene Verhalten ist nicht das gesollte Verhalten; gesollt ist die Sanktion.“¹¹

Das Verbotensein einer Handlung – oder das Gebotensein seines Gegenteils – ist nach Kelsen im Gesolltsein der Sanktion eingeschlossen. Es ist darin eingeschlossen in der Weise, daß das verbotene Verhalten Bedingung dafür ist, daß die Sanktion eintreten soll. Der von Kelsen verwandte bildhafte Ausdruck des „Eingeschlossenseins“ des verbotenen Verhaltens in dem Gesolltsein der Sanktion¹² verweist auf einen ganz anderen strukturellen Zusammenhang zwischen dem gebotenen Verhalten und der gebotenen Sanktion als den einer Zweck-Mittel-Relation zwischen zwei selbständigen, voneinander getrennten Elementen. Wenn die Sanktion gesollt ist, so ist es auch unzutreffend, mit der Gang-und-Gäbe-Terminologie die Rechtsnorm als sanktionsbewehrte Norm zu betrachten und somit das Gesolltsein der Sanktion attributiv der Rechtsnorm zuzuordnen.

Der eigenartigen Kelsenschen Konstruktion wird man ferner nicht gerecht, wenn aus dem Umstand, daß die Sanktion gesollt ist, geschlossen würde, Kelsen sähe in der Rechtsnorm keine sanktionsbewehrte Norm, sondern stattdessen lediglich eine normschützende Sanktion. Eine solche Interpretation verbietet sich schon deshalb, weil die Wirksamkeit der Rechtsnorm, die für Kelsen die Bedingung ihrer Geltung ist, nicht mit der Wirksamkeit der Sanktionsanordnung identifiziert wird. Wirksam ist eine Rechtsnorm oder eine Rechtsordnung, wenn das gebotene Verhalten im großen und ganzen befolgt wird.¹³ Kelsen ist keineswegs der Ansicht, daß sich das Recht in der Statuierung der Sanktion und ihrer Exekutierung durch den Rechtsstab allein manifestiere.

11 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 26. Gegen die Einwände von K. Leiminger hat Kelsen diese Formulierung ausdrücklich aufrechterhalten, s. H. Kelsen, Die Problematik der Reinen Rechtslehre, in: *ÖZöR*, Bd. XVIII 1968, S. 143 ff., S. 163, S. 164.

12 Vgl. auch H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 124 und S. 55, wo auf die „wesentliche“ Verbundenheit der beiden Rechtsnormen hingewiesen wird. Was ist aber Einheit anderes als wesentliche Verbundenheit?

13 H. Kelsen, a.a.O., S. 28, S. 10.

Der dialektische Charakter der Rechtsnorm

Kelsen hat vielmehr zutreffend und – soweit mir bekannt ist – als erster herausgearbeitet, daß der Normgeber, der in diesem Zusammenhang der Einfachheit halber mit dem Gesetzgeber gleichgesetzt werden soll, seinen Willen, z. B. ein bestimmtes Verhalten zu verbieten, nur in einer besonderen Form äußern kann, einer Form, die den wirklichen Sachverhalt gleichsam auf den Kopf stellt, ihn verdreht. Die Erscheinungsform, die der Wille des Gesetzgebers in der Rechtsnorm annimmt – und notwendigerweise annehmen muß –, ist verschieden vom eigentlichen Willen selbst. Die verhüllte Kerngestalt des wirklichen Willens tritt in der Rechtsnorm in einer mystifizierten, entfremdeten Form auf.

Es trifft deshalb den Kern der Sache nicht, wenn seine Kritiker Kelsen vorhalten, der Gesetzgeber wolle doch in Wirklichkeit überhaupt nicht den Vollzug der Sanktion, sondern die Befolgung des an die Rechtsnorm unterworfenen Gebots,¹⁴ das Recht habe primär eine verhaltensregelnde Funktion. Als ob Kelsen das nicht wüßte! Die Frage ist, wie kann der Gesetzgeber anders als dadurch, daß er das Gegenteil des gebotenen Verhaltens zur Bedingung der Sanktion macht, seinem Willen rechtlichen Ausdruck verleihen?

Wenn z. B. unter Zwangsandrohung verboten ist, als Autofahrer eine gewisse Geschwindigkeit zu überschreiten, so ist selbstverständlich, daß der Wille des staatlichen Gesetzgebers darauf gerichtet ist, daß alle Autofahrer die Geschwindigkeitsbegrenzung beachten, nicht etwa darauf, daß möglichst viele Sanktionen vollzogen werden, deren Voraussetzung die Überschreitung der Geschwindigkeitsbegrenzung ist. Ebenso wenig ist vom Gesetzgeber beabsichtigt, dem Autofahrer eine Wahlmöglichkeit einzuräumen, entweder die Geschwindigkeitsbegrenzungen zu beachten oder aber sie zu mißachten und dafür einen Zwangsakt, z. B. eine Geldstrafe, in Kauf zu nehmen. Und dennoch besteht diese Wahlmöglichkeit

14 So insbesondere: R. Hauser, *Norm, Recht und Staat. Überlegungen zu Hans Kelsens Theorie der Reinen Rechtslehre*, 1968, S. 8 ff.; O. Weinberger, *Hans Kelsen as Philosopher*, S. XXIII; E. A. Kramer, *Integrative und repressive Wirksamkeit des Rechts*, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. III, S. 247 ff.; H. Garn, *Rechtswirksamkeit und faktische Rechtsregelung*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1969, S. 161 ff., insbes. S. 169 ff., S. 178 ff. Vgl. zum Problem auch: H. L. A. Hart, *Der Begriff des Rechts*, 1973, S. 57 ff.

in der Wirklichkeit, wenn auch entgegen den Intentionen des Gesetzgebers. Auch wenn der Gesetzgeber versuchen wollte, diese faktisch existente Wahlalternative zu beseitigen, indem er z. B. bei mehrfachen Verstößen gegen die Geschwindigkeitsbegrenzung höhere Strafen oder Strafen anderer Art, beispielsweise Führerscheinentzug, statuiert, bleibt dennoch die Wahlmöglichkeit objektiv bestehen, nur der zu erleidende Zwangsakt trifft empfindlicher.

Die Rechtsnorm enthält also bereits in ihrer einfachsten, elementarsten Form einen Widerspruch in sich, den Kelsen in der Formel zusammengefaßt hat, das gebotene Verhalten sei nicht das gesollte. Kelsen würde sich allerdings gegen die Bezeichnung Widerspruch wenden. Es soll auch keineswegs behauptet werden, er habe der Rechtsnorm einen widersprüchlichen – und das will sagen einen dialektischen – Charakter zuerkannt. Es ist nicht meine Absicht, wie es gelegentlich – z. B. von naturrechtlicher Seite aus – versucht wurde, Kelsen für eine Methode oder eine Theorie zu vereinnahmen, mit der er erklärtermaßen nichts zu tun haben wollte.¹⁵ Aber dies wird man feststellen können: daß Kelsen die einzelnen Elemente, die einzelnen Seiten des Widerspruchs herausgearbeitet hat, ohne sich durch die Kritik irritieren zu lassen, deren Bestreben dahinging, die Rechtstheorie wieder mit dem gesunden Menschenverstand zu versöhnen. Der gesunde Menschenverstand bleibt auch in diesem Fall an Oberflächenerscheinungen hängen. Für die Rechtstheorie gilt, wie für alle Theorien, daß alle Wissenschaft überflüssig wäre, wenn das Wesen und die Erscheinung der Dinge zusammenfielen.

Es liegt nämlich keine Lösung des Widerspruchs vor, wenn entgegen Kelsen auf das gebotene Verhalten abgestellt und dabei vernachlässigt wird, daß dies gebotene Verhalten nur in einer bestimmten Form als rechtlich gebotenes Verhalten erscheinen kann. Die Schwierigkeit für den Gesetzgeber besteht darin, daß er seinen Willen nur in einer Form Ausdruck geben kann, die diesen Willen selbst verfälscht. Dasjenige, von dem er sagt, daß es sein solle, die Sanktion, will er nicht, und dasjenige, was er will, ein bestimmtes Verhalten der Rechtsunterworfenen, kann er nur dadurch gebieten, daß er für das gegenteilige Verhalten den

15 Zur Forderung, Elemente der Reinen Rechtslehre in einer marxistischen Rechtslehre dialektisch „aufzuheben“, vgl. P. Römer, *Rechtliche Grundlagen der Politik*, in: *DuR* 3/1973, S. 232 ff., S. 236; ders., *Hans Kelsen gestorben*, in: *DRiZ* 1973, S. 207, S. 208.

Vollzug einer Sanktion statuiert. Wendet er sich direkt an die eigentlichen Adressaten der Rechtsnorm, so bleibt es bei der feierlichen Erklärung, dem Appell an die Einsicht, an das Gemeinschaftsgefühl; eine Rechtsnorm wird so nicht geschaffen, allenfalls politische Lyrik.

Vergißt z. B. der Gesetzgeber die Sanktionsandrohung, wie es bei der Aufblähung der Gesetzgebung gelegentlich vorkommen mag, weil er etwa irrtümlich der Ansicht ist, für das gebotene Verfahren seien in anderen Gesetzen die entsprechenden Sanktionen vorgesehen, so sind seine Worte – rechtlich gesehen – nicht gesagt, entbehren des rechtlichen Charakters.

Der Gesetzgeber kann auch bewußt ein Verhalten als gesollt bezeichnen, ohne für das gegenteilige Verhalten eine Sanktion zu statuieren. Die herrschende Lehre kennt dafür die Form des Gesetzes im formellen Sinne. So wird z. B. in der BRD in einem großangelegten Experiment mit sogenannten Richtgeschwindigkeiten auf den Bundesautobahnen gearbeitet. Die Richtgeschwindigkeiten, die staatlicherseits für einzelne Streckenabschnitte festgelegt und durch Verkehrsschilder bekannt gemacht werden, sind zwar Hinweise der zuständigen staatlichen Organe, wie schnell höchstens gefahren werden soll, haben aber keine rechtliche Qualität, weil Sanktionen für Zuwiderhandlungen nicht vorgesehen sind.

Dies Beispiel zeigt deutlich, wie eine Rechtsnorm entstehen kann. Ergibt das Experiment, daß der Appell an die Einsicht, das Eigeninteresse und die Rücksichtnahme der Autofahrer nicht ausreicht, so wird sich der Gesetzgeber gezwungen sehen, das Verbot auszusprechen, eine bestimmte Geschwindigkeit nicht zu überschreiten. Die zuvor schon existierende Norm wird zur Rechtsnorm, indem nunmehr die Sanktion gesollt wird. Der Staat bedient sich dann eines Mittels, über das er – und im wesentlichen nur er – verfügt: des Monopols der physischen Gewaltanwendung, das letztlich die Wirksamkeit jeder Sanktionsandrohung begründet. Auch wenn die Geschwindigkeitsüberschreitung rechtlich verboten ist, wird es, ebenso wie vor Erlaß der Rechtsnorm, Menschen geben – und möglicherweise bilden sie sogar die überwiegende Mehrheit der Autobahnbenutzer –, die aus anderen Gründen nicht schneller fahren als erlaubt. Aber wenn sie dies tun, befolgen sie keine Rechtsnorm, die Rechtsnorm entfaltet ihnen gegenüber keine Wirksamkeit. Wirksamkeit einer Rechtsnorm im enge-

ren Sinne¹⁶ heißt, ursächlich für ein menschliches Verhalten geworden zu sein. In diesem Sinne läßt sich mit Thomas von Aquin sagen, das Recht sei nur für die Bösen.

Gibt es sanktionslose Rechtsnormen?

Die Erkenntnis von der Bedeutung des Zwangselements für die Definition des Rechts veranlaßte Kelsen, sich eingehend mit den sogenannten sanktionslosen Normen zu befassen und die Besonderheiten ihrer rechtologischen Struktur zu untersuchen. Auch im Hinblick auf diesen Problemkreis hat Kelsen seine Lehre weiter verbessert. Ich begnüge mich in diesem Zusammenhang lediglich mit einigen Hinweisen, aus denen sich m. E. ergibt, daß es Kelsen gelungen ist, mit seiner Zwangstheorie alle Erscheinungsformen des Rechts zu erfassen.

Es sind zwei eng zusammenhängende Überlegungen, die es Kelsen ermöglichen, alle Rechtsnormen als Teil einer Zwangsordnung zu betrachten. Es ist dies einmal die Erweiterung des Sollensbegriffs im Recht über das Ge- und Verboten hinaus auf das Können, Dürfen und Ermächtigen sowie die Überlegung, daß alle Normen, die nicht selbst einen Zwangsakt statuieren, unselbständige Normen sind, die Geltung nur dann erlangen können, wenn sie in Verbindung mit einer Zwangsnorm auftreten.¹⁷ Zu den unselbständigen Normen gehören insbesondere Normen, die im Stufenbau der Rechtsordnung den Zwangsnormen übergeordnet sind, die Zwangsnormenerzeugungsregeln im Sinne Robert Walters,¹⁸ also insbesondere die verfassungsrechtlichen Normen.

Hinsichtlich des Hauptfalles der sogenannten sanktionslosen Normen im Zivilrecht, den Naturalobligationen, nimmt Kelsen lediglich die Einschränkung der Geltung einer Sanktionen statuierenden Norm an. Un-

16 Zu diesem Begriff der Wirksamkeit im engeren Sinne vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 28, wonach wirksam im eigentlichen Sinne eine Lohn oder Strafe statuierende Ordnung nur sei, „sofern das die Sanktion (im weiteren Sinne von Lohn oder Strafe) bedingende Verhalten durch den Wunsch nach Lohn oder sein Gegenteil durch die Furcht vor Strafe kausal herbeigeführt wird“.

17 H. Kelsen, a.a.O., S. 59.

18 Vgl. R. Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung*, S. 25 ff.

selbständige Normen sind ferner die begriffskreativen Normen,¹⁹ die einen in anderen Normen gebrauchten Begriff definieren.

Das Zwangsmonopol der Rechtsgemeinschaft

Der Zwang, dessen Ausübung durch die Zwangsnorm statuiert wird, ist durch die Möglichkeit der Anwendung physischer Gewalt mit dem höchsten Maß von Effektivität ausgestattet. Wer den Zwang ausüben soll, ist in den jeweiligen Rechtsordnungen unterschiedlich geregelt. In der rechtsgeschichtlichen Entwicklung läßt sich die wachsende Tendenz feststellen, die Befugnis zur Ausübung von Zwang, insbesondere die Befugnis zur Anwendung von physischer Gewalt bei einem Apparat zu konzentrieren. Das Monopol des Staates auf Anwendung physischer Gewalt bildet sich heraus. Von der Tendenz zur Monopolisierung des Vollzugs der angeordneten Sanktion in der Hand des staatlichen Apparates ist die Tendenz zu unterscheiden, Art und Intensität des Zwangsaktes zu mildern. Wichtiger noch als die Humanisierung der Art und des Ausmaßes der Zwangsakte ist die Herausbildung eines rechtsstaatlichen Instrumentariums, das die Voraussetzungen, unter denen staatliche Zwangsgewalt angewandt werden darf, bestimmt und die Organe benennt, die Zwangsakte anordnen und vollziehen dürfen. Gewaltenteilung, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Grundrechte, Tatbestandsklarheit, Generalität des Gesetzes sind die wichtigsten Mittel, mit deren Hilfe die Gefahren, die in der Übertragung des Gewaltmonopols an den Staat enthalten sind, verringert werden sollen. Ganz beseitigt können sie nicht werden. Das Widerstandsrecht gegen verfassungswidrig ausgeübte öffentliche Gewalt bleibt deshalb stets eine notwendige Ergänzung des Gewaltmonopols des Staates.

Die klare Hervorhebung des Zwangscharakters des Rechts durch Kelsen macht einerseits deutlich, wie notwendig es ist, die rechtsstaatliche Humanisierung von Zwangsandrohung und Zwangsvollzug rechtstechnisch und rechtspolitisch stets neu zu durchdenken und zeigt andererseits die Grenze, die jedem Rechtsstaat aufgrund seiner Natur als

¹⁹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 58.

Zwangsordnung gesetzt ist.²⁰ Die Theorie von der Herrschaft der Gesetze anstelle der Herrschaft durch Menschen, in der sich die Behauptung verbirgt, es gebe eine zwangsfreie Herrschaft des Rechts, wird von Kelsen als Ideologie enthüllt.

Recht als Friedensordnung

Ideologiekritische Relevanz²¹ gewinnt die Lehre vom Zwangscharakter des Rechts auch noch in anderer Hinsicht. Das Verbot der privaten Gewaltanwendung, das für alle modernen Rechtsordnungen kennzeichnend ist, hat sicherlich eine friedensstiftende Funktion. Die Erhaltung des Friedens wird deshalb gelegentlich, so z. B. von Ebenstein,²² als ein Wert angesehen, der auch von der Reinen Rechtslehre, im Widerspruch zu ihrer behaupteten Wertfreiheit, anerkannt werde. Kelsen wehrt sich gegen diese Deutung; er verweist nicht nur auf die innerstaatlichen Durchbrechungen des Monopols der privaten Gewaltanwendung, z. B. durch das Rechtsinstitut der Selbsthilfe, sondern erinnert auch daran, daß der Konflikt, ja der Krieg selbst, immer wieder weltanschaulich bejaht wurde.

20 Die bei Kelsen vorhandene Skepsis gegen Zwang und Gewalt, auch wenn sie rechtlich organisiert sind, geht bei der unkritischen Verherrlichung des staatlichen Gewaltmonopols durch Autoren aus der Carl-Schmitt-Schule gänzlich verloren; vgl. dazu neuerdings die Polemik von D. Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, in: *Recht und Staat*, H. 442/443, 1975, vor allem S. 38 ff.

21 Zur ideologiekritischen Bedeutung der Kelsenschen Lehre vgl. P. Römer, Die Reine Rechtslehre Hans Kelsens als Ideologie und Ideologiekritik, in diesem Band S. 11 ff. mit weiteren Hinweisen; ferner N. Achterberg, Hans Kelsens Bedeutung in der gegenwärtigen deutschen Staatslehre, in: *DöV* 13/14/1974, S. 445 ff., S. 446, sowie R. A. Métall, Die politische Befangenheit der Reinen Rechtslehre, in: *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 1936, S. 163 ff.

22 W. Ebenstein, *Die Rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre*, 1938, Neudruck: 1969, S. 89 ff. mit weiteren Nachweisen; R. Walter, Wirksamkeit und Geltung, in: *ÖZöR*, Bd. XI 1961, S. 530 ff., insbes. S. 539, Anm. 35; vgl. ferner die sehr differenzierte Behandlung dieses Problems bei: N. Leser, Wertrelativismus, Grundnorm und Demokratie, Abgrenzungs- und Anwendungsprobleme der Reinen Rechtslehre, in: ders., *Sozialismus zwischen Relativismus und Dogmatismus, Aufsätze im Spannungsfeld von Marx und Kelsen*, 1974, S. 136 ff., insbes. S. 153 ff.

Deshalb dürften Ansichten, wie sie kürzlich wieder Mayer-Maly geäußert hat, kaum vor dem Forum Kelsenscher Ideologiekritik bestehen können. Mayer-Maly sagt: „Versucht man eine humanistischen Realismus verpflichtete Aussage über das Recht als Mittel zum Zweck zu machen und stützt man sich dabei auf aktuelle Beobachtungen und historische Erfahrungen, so erscheint es vor allem als Strategie des Friedens, als Alternative zur Gewalt.“²³ Auch wenn man mit Kelsen und entgegen neueren soziologischen und politikwissenschaftlichen Theorienansätzen, die vor allem in der Friedensforschung Kontur gewonnen haben, den Gewaltbegriff nicht auf sogenannte strukturelle Gewalt ausdehnt,²⁴ sondern darunter nur den unmittelbaren physischen Zwang versteht, bleibt es doch, wie gerade Kelsen herausgearbeitet hat, eine unzulässige Vereinfachung, das Recht lediglich als Strategie des Friedens, als Alternative zur Gewalt zu bezeichnen. Es soll keineswegs geleugnet werden, daß mit dieser Aussage eine ungemein wichtige Funktion des Rechts erfaßt worden ist. Aber die Gleichsetzung von legaler Gewalt mit Gewaltlosigkeit, das Nichtbeachten des Umstandes, daß das Recht nur mit Hilfe der Gewalt als Alternative zur Gewalt sich verwirklichen kann, führt bereits auf der Ebene der Rechtstheorie zu einseitigen Schlußfolgerungen wie dieser: „Die Behauptung einer Dominanz der Friedensfunktion des Rechts hat mit einer unverbindlichen Lobrede auf den Frieden, in die jedermann einstimmen könnte, nichts gemein. Sie bedeutet nämlich, daß der Wahrung des Friedens unabhängig vom Resultat einer Bewertung bestehender Verhältnisse der Vorzug gegeben wird.“²⁵

Öffentliches und privates Recht

Die Charakterisierung des Rechts als Zwangsordnung vermag schließlich auch unrichtige Vorstellungen über das Verhältnis von öffentlichem und privatem Recht zu korrigieren. Die überkommene Lehre tendiert

23 Th. Mayer-Maly, *Rechtswissenschaft*, o. J., S. 248.

24 Vgl. z. B.: V. Rittberger, *Sozialwissenschaftliche Theorien der Revolution – Kritik und Versuch eines Neuansatzes*, in: PVS 4/1971, S. 492 ff.; D. Senghaas (Hrsg.), *Kritische Friedensforschung*, 1971.

25 Th. Mayer-Maly, *Rechtswissenschaft*, o. J., S. 248.

dazu, die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse als Gewaltverhältnisse, als Verhältnisse der Über- und Unterordnung zu den eigentlichen Rechtsverhältnissen, den privatrechtlichen Verhältnissen in einen Gegensatz zu stellen. Damit verschleiert sie einerseits, daß auch das Privatrecht seinen Schutz durch die Sanktionsgewalt des Staates erhält, und andererseits, daß die öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisse im Gegensatz zur Theorie von den besonderen Gewaltverhältnissen und vom Binnenbereich der Verwaltung Rechtsverhältnisse sind.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß es Kelsen mit der Feststellung, die Rechtsordnung sei eine Zwangsordnung, gelungen ist, das Recht klar und eindeutig von anderen normativen Ordnungen abzugrenzen und damit die wichtigste Aufgabe einer auf die Erkenntnis des positiven Rechts gerichteten Theorie zu erfüllen.

Auch hinsichtlich zahlreicher rechtstheoretischer Einzelfragen bewährt sich die konsequente Durcharbeitung der Theorie vom Zwangscharakter des Rechts und ist in der Lage, Rechtsideologien zu entlarven, die den Zwangscharakter des Rechts leugnen, um den Zwang desto wirksamer ausüben zu können. Denn diejenigen, die über die Normsetzungsmöglichkeit und über den Sanktionsapparat verfügen, sind begreiflicherweise an Versöhnungsideologien, an der Verschleierung des Zwanges, der mit dem Recht ausgeübt werden soll, interessiert. Ihnen läßt sich von dem Boden der Kelsenschen Lehre her kühl entgegenhalten, die Rechtsnorm doch aufzuheben und durch staatsbürgerliche Belehrungen und Hinweise zu ersetzen, wenn denn die Sanktion keine wesentliche Rolle für das normgemäße Verhalten spiele. Die gesellschaftliche Praxis bildet auch in diesem Fall den Beweis der Wahrheit.

Die marxistische Theorie und der Zwangscharakter des Rechts

Es liegt auf der Hand, daß mit der Hervorhebung des Zwangscharakters des Rechts durch Kelsen sich gewisse Kongruenzen mit der marxistischen Rechtstheorie ergeben. Denn das Recht, als Mittel der Klassenherrschaft ist, wie Lenin, in Übereinstimmung mit den Klassikern for-

mulierte, „nichts ohne einen Apparat, der imstande wäre, die Einhaltung der Rechtsnormen zu erzwingen“.²⁶

Diese partielle Kongruenz der Kelsenschen mit der marxistischen Rechtstheorie²⁷ vorschnell als Identität zu deuten, verbietet sich indes ebenso wie die Vernachlässigung der verschiedenen Theorieansätze in der marxistischen Rechtstheorie selbst, die gerade für die Frage nach dem Zwangscharakter des Rechts ihre Bedeutung haben.

Das möge im folgenden an einigen Beispielen aus der marxistischen Rechtstheorie gezeigt werden.

Paschukanis

Die größten Schwierigkeiten für eine exakte Herausarbeitung des Zwangscharakters stellen sich für Paschukanis, weil er versucht, die Rechtsform aus der Warenform abzuleiten. In Verhältnissen, in denen, wie im Feudalismus, die Warenproduktion noch nicht allgemein geworden ist, kann, nach Paschukanis, auch das Recht noch nicht voll ausgebildet sein, existiert es nur in embryonaler Form. Der Ausgangspunkt Warentausch als Äquivalententausch, der Ausgangspunkt Vertrag zwischen freien Rechtssubjekten also, verweist aber von vornherein nicht auf eine zwangsweise Regelung, sondern auf eine freiwillige, zumindest auf eine der Form nach freiwillige. Die Warenzirkulation ist nach Marx das wahre Eden der Menschenrechte, von Freiheit und Gleichheit.²⁸ Folgerichtig von seinem Theorieansatz aus kritisiert Paschukanis deshalb, daß „die wenigen Marxisten, die sich mit Rechtsfragen beschäftigen, das Moment der sozialen (staatlichen) Zwangsregelung zweifellos als das zentrale, grundlegende und einzig charakteristische Kennzeichen der

26 Zitiert nach: Autorenkollektiv, *Marxistisch-leninistische Staats- und Rechtstheorie. Lehrbuch*, 1975, S. 84.

27 Vgl. zur marxistischen Rechtstheorie auch den Reader v. N. Reich (Hrsg.), *Marxistische und sozialistische Rechtstheorie, Historische und aktuelle Diskussion und Tendenzen*, in: *Recht und Staat*, H. 420/421, 1973.

28 K. Marx, *Das Kapital*, MEW 23, S. 189.

Rechtsphänomene betrachten“.²⁹ Und insoweit zutreffend stellt er fest: „Der Zwang als der auf Gewalt gestützte Befehl eines Menschen an einen anderen widerspricht der Grundvoraussetzung des Verkehrs zwischen Warenbesitzern.“³⁰ Die Versicherung, daß die Idee des äußeren Zwangs und seiner Organisation ein wesentlicher Aspekt der Rechtsform sei, bleibt demgegenüber unabgeleitet und wird zudem durch die Hinweise auf das Prinzip der Gegenseitigkeit, der Selbsthilfe usw. relativiert.³¹ Paschukanis verkennt nicht, daß der Austausch von Lohnarbeit und Kapital kein Austauschverhältnis ist, in welchem sich ökonomisch unabhängige und gleiche Warenbesitzer einander gegenüber treten, sondern sieht, daß die Klassengesellschaft das „Schlachtfeld eines erbitterten Klassenkrieges ist, in dem der Staatsapparat eine sehr mächtige Waffe darstellt.“³² Aber weil es Paschukanis mehr auf eine materialistische Ableitung der spezifischen Form des Rechts kapitalistischer Gesellschaften ankommt, er zudem die Aussagen der bürgerlichen Rechtstheorie über die Form des Rechts und des Staates mit den konkreten Erscheinungsformen des Rechts gleichsetzt, versperrt er sich den direkten Zugang zum Rechtsbegriff selbst. Erst wenn dieser Begriff gebildet worden ist, kann zur Erklärung der jeweiligen Erscheinungsformen des Rechts einzelner Gesellschaftsformationen aufgestiegen werden; kann z. B. erklärt werden, warum die Organisation des staatlichen Zwanges in der feudalen Gesellschaft eine andere sein muß als in der kapitalistischen. Setzt man aber, wie Paschukanis, das Recht des Konkurrenzkapitalismus mit dem Recht überhaupt gleich, so wird von einem historischen Recht ausgegangen, in dem das Privatrecht vorherrscht, in dem die zwangsweise Regelung der Beziehungen der Rechtsunterworfenen zurückgedrängt und der vorhandene Zwang durch die Rechtsform selbst und durch die diese Rechtsform erklärende Rechtsideologie zusätzlich verschleiert wird.

29 E. Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1929, Neudruck mit einer Rezension von Karl Korsch, 1966, S. 11.

30 E. Paschukanis, a.a.O., S. 123.

31 E. Paschukanis, a.a.O., S. 143, S. 144.

32 E. Paschukanis, a.a.O., S. 131.

Kelsen erhebt deshalb³³ zu Recht gegen Paschukanis den Vorwurf, er habe, im Gegensatz zu den marxistischen Klassikern, die Bedeutung des Zwangs für das Recht unterschätzt.

Stutschka

Stutschka kritisiert an Paschukanis, daß das Herrschaftsverhältnis, das im Institut des Privateigentums zum Ausdruck gebracht wird, für ihn keine Rechtsquelle sei. Stutschka setzt demgegenüber nicht bei den Austauschverhältnissen an, sondern bei dem grundlegenden konkreten gesellschaftlichen Verhältnis, dem Aneignungs- oder Eigentumsverhältnis. Damit gewinnt aber das Zwangselement von vornherein eine viel zentralere Bedeutung für den Rechtsbegriff als bei Paschukanis. Der Aneignungsprozeß, der sich im Prozeß der unmittelbaren Produktion vollzieht, ist von den idyllischen Verhältnissen der milden Warenzirkulation weit entfernt. Nicht die „Republik des Marktes“, sondern die „Despotie der Fabrik“ herrscht hier.

Das Recht ist nach Stutschka: „Ein System (oder eine Ordnung) gesellschaftlicher Verhältnisse, das den Interessen der herrschenden Klasse entspricht und von ihrer organisierten Gewalt aufrechterhalten wird.“³⁴ Der Grundbegriff des Rechts ist, wie Stutschka immer wieder mit Entschiedenheit betont,³⁵ das System konkreter gesellschaftlicher Verhältnisse als der Ausdruck der Produktionsverhältnisse. Aber das System der Verhältnisse, das seinen Schutz durch die staatlich organisierte Gewalt findet, umfaßt neben diesen konkreten Verhältnissen auch abstrakte Verhältnisse, die in zwei Formen auftreten: In der Form des Gesetzes

33 H. Kelsen, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, in: H. Kelsen, *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*, hrsg. und eingeleitet von N. Leser, 1967, S. 69 ff., S. 84.

34 P. Stutschka, *Die revolutionäre Rolle von Recht und Staat*, Übersetzung und Einleitung von N. Reich, 1969, S. 65.

35 P. Stutschka, a.a.O., S. 113.

und in der Rechtsideologie. Es handelt sich hier um drei reale Formaspekte des Rechts.³⁶

Aus dieser Auffassung des Rechts ergibt sich folgerichtig, daß der Zwang in erster Linie auf der zweiten Stufe, der Stufe der abstrakten Form, des Gesetzes also, Bedeutung gewinnt und damit nicht auf der Stufe, von der aus der Grundbegriff des Rechts bei Stutschka entwickelt wurde.

Das System konkreter gesellschaftlicher Verhältnisse, das der Basis der Produktionsweise des materiellen Lebens zugeordnet ist, ist nach marxistischer Auffassung ein System, in dem die ökonomische Gewalt vorherrscht, nicht aber die staatlich-rechtlich vermittelte, die außerökonomische Gewalt. Dieses System ist allerdings nicht loszulösen von den abstrakten Formen des Rechts, es wird also ebenfalls durch die organisierte Gewalt einer Klasse geschützt. Stutschka hat stärker als Paschukanis den Klassen- und Zwangscharakter des Rechts herausgearbeitet, weil die Wendung weg von dem Eden der Menschenrechte, die in der Warenzirkulation herrschen, hin zur „Gerberei“ der Produktionssphäre deutlich werden läßt, daß die Aneignungs- und Ausbeutungsverhältnisse des staatlichen Zwanges zu ihrer Absicherung bedürfen. Indes wird von Stutschka der Zwangscharakter nicht unmittelbar und stringent, wie bei Kelsen, aus seinem grundlegenden Bauelement der Rechtstheorie abgeleitet, also aus den konkreten Verhältnissen, die die Menschen in der unmittelbaren Produktion eingehen. Stutschka bringt dies deutlich zum Ausdruck, wenn er im Hinblick auf den spezifischen Klassencharakter der drei Formaspekte des Rechts sagt: „Im Bereich der konkreten Verhältnisse ergibt er sich bereits aus der Verteilung der Produktionsmittel als solcher und der dementsprechenden Rollenverteilung der Menschen in ihren Beziehungen untereinander. Das zweite System (Gesetz) erhält durch die Staatsgewalt der (herrschenden) Klasse den entsprechenden Klassencharakter. Das dritte System, die Ideologie, umschließt das Klassenbewußtsein.“³⁷ Stutschka erkennt also den Zwang als notwendiges Element des Gesetzes oder der Normen; indem er aber

36 P. Stutschka, a.a.O., S. 113; zum Verhältnis des Begriffs des Rechtssystems bei Stutschka und der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung bei Kelsen vgl. auch den Hinweis bei P. Römer, Das Recht als Basis und Überbau, in: NPL 3/1970, S. 300 ff., S. 312 ff.

37 P. Stutschka, *Die revolutionäre Rolle von Staat und Recht*, S. 118.

die Bedeutung der Normen bei der Bildung der Rechtsordnung verkennt, muß auch das Zwangselement für die begriffliche Erfassung des Rechts insgesamt zurücktreten, denn: „Eine mögliche Formulierung des Rechts als ‚System oder Ordnung von Normen zur Fixierung oder Aufrechterhaltung des Systems der Gesellschaftsverhältnisse‘ lehnen wir allerdings ab.“³⁸

Die neuere sowjetische Rechtslehre

Die neuere sowjetische Rechtstheorie hat den formalen Rechtspositivismus Wyschinskis, der letztlich zum Voluntarismus und zur Willkür führte, weil er das Willensmoment überbetonte und die materielle Bedingtheit des Rechts als Überbauphänomen vernachlässigte, überwunden. Sie legt aber gleichviel weit stärker als Paschukanis und Stutschka Wert auf die normative Seite und auf das Zwangselement.

Ungeachtet der Kontroversen, die z. B. im Hinblick auf das Verhältnis von Rechtsnorm und Rechtsverhältnis bestehen, hat sich wohl doch eine einheitliche Auffassung herausgebildet, die ihre Zusammenfassung in dem Lehrbuch *Marxistisch-leninistische Theorie des Staates und des Rechts*³⁹ gefunden hat. Das Recht wird als ein System von Normen (Verhaltensregeln) bezeichnet; insoweit in Abkehr von Stutschka und in Übereinstimmung mit der Reinen Rechtslehre.

Die Notwendigkeit des Zwanges für das Recht wird scharf herausgearbeitet. Auch dies zunächst in Übereinstimmung mit der Reinen Rechtslehre. Und zwar wird die Bedeutung des Zwanges nicht nur für das bürgerliche Recht, sondern auch für das Recht im Sozialismus betont.⁴⁰ Zwar will natürlich auch der sozialistische Staat, daß seine Normen möglichst freiwillig erfüllt werden, und das Autorenkollektiv geht davon aus, daß diese Freiwilligkeit auch in der Regel gegeben ist. Wesentlich sei aber, so heißt es, „daß selbst die freiwillige Erfüllung der Forderungen

38 P. Stutschka, a.a.O., S. 66.

39 Autorenkollektiv, *Marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts*, Bd. 1, *Grundlegende Institute und Begriffe*, 1974.

40 Autorenkollektiv, a.a.O., S. 257.

der Rechtsnorm den Zwangscharakter nicht aufhebt, denn die Verpflichtung der in der Norm enthaltenen Forderung bleibt bestehen“.⁴¹ Die Reduzierung der Rechtsnorm auf das Verhaltensgebot – in der Terminologie des Lehrbuchs auf die Disposition – wird ausdrücklich abgelehnt und es wird geklärt, eine Rechtsnorm existiere nicht, wenn keine Sanktion vorgesehen sei. Unter Bezugnahme auf Nedbailo wird festgestellt, die freiwillige Erfüllung der in der Rechtsnorm enthaltenen Vorschrift sei nicht die Eigenschaft der Rechtsnorm, sondern die Methode, die Art und Weise ihrer Verwirklichung in der sozialistischen Gesellschaft.⁴²

Die Übereinstimmung der heute herrschenden sowjetischen Rechtslehre mit der Reinen Rechtslehre scheint außerordentlich groß zu sein. Kelsen hebt ja auch in der Auseinandersetzung mit Paschukanis hervor, gerade einer Rechtstheorie, die vom Standpunkt der materialistischen Geschichtsauffassung ausgehe, müsse das Moment der Zwangsregelung als das grundlegende, einzig charakteristische des Rechtsphänomens auffassen.⁴³

Beruhet also die heftige Ablehnung der Kelsenschen Lehre durch die Vertreter der marxistischen nur auf Voreingenommenheit und Fehlinterpretation der Reinen Rechtslehre? Sicherlich auch darauf; dies zeigt z. B. die neueste Polemik Klenners⁴⁴ gegen Kelsen.

Andererseits gibt es, auch was die in diesem Zusammenhang allein interessierende Spezialfrage des Zwangscharakters des Rechts betrifft, eine wesentliche Differenz zwischen der Reinen und der marxistischen Rechtslehre.

Die marxistische Rechtslehre bestimmt den Zwang inhaltlich, kennzeichnet ihn als Mittel der Klassenherrschaft. Die Normen, die durch staatlichen Zwang geschützt werden sollen, drücken den Willen der herrschenden Klasse aus; der Apparat, der den Zwang exekutiert, ist der

41 Autorenkollektiv, a.a.O., S. 258.

42 Autorenkollektiv, a.a.O., S. 259.

43 H. Kelsen, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, S. 84; in dem Lehrbuch der DDR-Autoren wird stärker als in dem der sowjetischen Autoren die Einheit von Zwang und Überzeugung bei der Rechtsverwirklichung betont, vgl. Autorenkollektiv, *Staats- und Rechtstheorie, Lehrbuch*, S. 473: „In der Einheit von Zwang und Überzeugung realisiert sich das sozialistische Wesen rechtlicher Sanktionen.“

44 H. Klenner, *Rechtsleere – Verurteilung der Reinen Rechtslehre*, 1972.

Apparat der herrschenden Klasse. Dies ist der übereinstimmende Standpunkt aller marxistischen Rechtstheoretiker und auch von Marx und Engels. Mit dieser Auffassung des Rechts hängt eng die Lehre vom Absterben von Staat und Recht in der klassenlosen Gesellschaft des Kommunismus zusammen. Diese Lehre ist eigentlich nur die notwendige Konsequenz aus der These vom Klassencharakter des Rechts. Während aber die Problematik des Absterbens von Staat und Recht unmittelbarer Gegenstand der marxistischen Theorie des Staates und des Rechts ist, fällt sie aus dem Untersuchungsbereich der Reinen Rechtslehre heraus, die das Recht so, wie es ist, beschreiben will. Kelsen hat sich zwar wiederholt dahingehend geäußert, die These vom Absterben von Staat und Recht sei eine Utopie, da auch in der klassenlosen Gesellschaft widersprüchliche Interessen zwischen den Menschen bestehen blieben und auf eine zwangsweise Regelung deshalb nicht verzichtet werden könne. Aber Kelsen betrachtet diese Überlegungen nicht als solche rechtstheoretischen Inhalts. Die Frage, ob eine staats- und rechtslose Gesellschaft denkbar ist, muß von anderen Wissenschaften beantwortet werden: der Anthropologie, der Soziologie, der politischen Wissenschaft. Und eben diese Wissenschaften hätten auch zu untersuchen, in wessen Interesse der Zwang ausgeübt wird.

Es wäre unrichtig, Kelsen vorzuwerfen, wie dies unter dem Stichwort Formalismus oder Rechtsleere immer wieder getan wird, daß er keine Antwort auf Fragen gibt, die er nicht stellt und auf die eine Antwort zu geben er auch nicht behauptet.⁴⁵ Jedoch läßt sich unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit fragen, ob eine solche Trennung der Wissenschaften sinnvoll ist, wozu es überhaupt eine positivistische Reine Rechtslehre geben soll und welche konkrete politische Funktion diese Trennung in einer gegebenen politischen Situation hat.

Aber die Reine Rechtslehre hat gezeigt – im Hinblick auf den Zwangscharakter des Rechts –, daß sie zu Ergebnissen kommt, die für die Erkenntnis des positiven Rechts sehr wesentlich sind und von der herrschenden bürgerlichen Lehre nicht unbeträchtlich abweichen. Die wesentliche Differenz zum Marxismus liegt woanders.

45 Vgl. dazu neuerdings: R. Dreier, Sein und Sollen, Bemerkungen zur Reinen Rechtslehre Kelsens, in: JZ 11/12/1972, S. 329 ff., insbes. S. 335 mit weiteren Hinweisen, insbes. auf G. Lukács.

Die marxistische Theorie geht m. E. richtigerweise und im Gegensatz zum Positivismus davon aus, ein Gegenstand der sozialwissenschaftlichen Erkenntnis könne nur dann richtig erfaßt werden, wenn er im Prozeß seiner Veränderung, wenn er historisch betrachtet wird, wenn die Bedingungen seines Entstehens und seines Untergangs mitreflektiert werden. Ein Gegenstand sozialwissenschaftlicher Erkenntnis muß ferner in der Spezifik seines Zusammenhangs mit der Gesellschaft überhaupt, mit der ökonomischen Gesellschaftsformation erfaßt werden. Alle isolierende, den Gegenstand aus seinem Zusammenhang herausreißende Betrachtungsweise verändert, so die marxistische Theorie, den Gegenstand, spiegelt ihn nicht richtig wider.

Läßt sich die Richtigkeit dieser Hypothesen am Beispiel der Kelsenschen Lehre vom Rechtszwang aufweisen? Sind seine Aussagen über die Bedeutung des Zwanges falsch, weil er die Bedingungen nicht benennt, aus denen sich seine Notwendigkeit oder sein Überflüssigwerden ergibt, weil er nicht fragt, in wessen Interesse der Zwang ausgeübt wird?

So sehr man die Reine Rechtslehre vor jenen Kritikern in Schutz nehmen sollte, die meinen, weil die Reine Rechtslehre beschreibe, was ist, bejahe sie das Bestehende auch, so möchte ich doch die folgende These aufstellen: Wer – wie Kelsen – die Frage nach den Entscheidungsbedingungen, nach dem sozialen Inhalt und der sozialen Funktion des Rechtszwanges gar nicht erst stellt, nimmt einen Standpunkt ein, von dem aus der Rechtszwang – und das Recht überhaupt – als ewige Kategorie erscheint und kommt notwendigerweise zu einem affirmativen Verhältnis, nicht zu einer bestimmten positiven Rechtsordnung, wohl aber zur Positivität des Rechts überhaupt. Damit aber wird zugleich ein affirmatives Verhältnis zu denjenigen Gesellschaften hergestellt, die den Staat und seine Zwangsgewalt für ihre eigene Fortexistenz benötigen und die als utopisch deklariert wissen wollen, was Ziel des Kommunismus ist: die klassenlose und rechtszwangsfreie Gesellschaft.