

Eine phänomenologische Rechtstheorie¹

Von

Hans Kelsen, Berkeley, USA

(Eingegangen am 15. März 1965)

Dieses sehr umfangreiche Werk — es hat 464 Seiten — ist der Versuch, eine allgemeine Theorie des Rechts auf Grundlage der phänomenologischen Philosophie darzustellen, so wie sie von Edmund Husserl entwickelt wurde. Es ist nicht der erste solche Versuch. Ich erwähne nur Adolf Reinach, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, 1913; Felix Kaufmann, *Logik und Rechtswissenschaft*, 1922; derselbe, *Kriterien des Rechts*, 1924; Fritz Schreier, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, 1924; derselbe, *Reine Rechtslehre und Privatrecht*, 1931. Die beiden letztgenannten Autoren gehen von der *Reinen Rechtslehre* aus. Das tut auch Amselek. Er anerkennt mein Postulat der „Reinheit“ der Rechtslehre — wenn er es auch anders auffaßt als ich — und stimmt vielen Ergebnissen dieser Lehre zu; ja er bezeichnet sie sogar als „Vorläufer“ (*précurseur*) einer phänomenologischen Rechtstheorie (a. a. O., S. 45). Doch lehnt er manche von mir als wesentlich vertretenen Ansichten ab.

Im Rahmen dieser Abhandlung ist es nicht möglich, auf alle von dem Autor in seinem — überwiegend kritischen — Werke aufgestellten Thesen des näheren einzugehen. Ich beschränke mich darauf, nur die wesentlichsten Ergebnisse zu prüfen, die die von Amselek angewendete „phänomenologische“ Methode für die Theorie des Rechts hat; und da er sich mit der *Reinen Rechtslehre* sehr intensiv beschäftigt, nehme ich dabei auf seine Kritik dieser Lehre besondere Rücksicht.

I. Das Recht kennzeichnet Amselek auf S. 63 als Norm; und er formuliert die Ausgangsposition seiner Untersuchung auf S. 66 folgendermaßen: „que le droit est un ensemble de normes et que toute norme juridique est une proposition du langage, un instrument syntactique de jugement.“ Das Recht als „ensemble de normes“ ist eine Ordnung; und Amselek erklärt auf S. 63: „Il faut entendre ce mot ‘ordre’ dans le sens de ‘prescription’: les normes juridiques, ce sont toujours des ‘prescriptions’, des ‘leges’.“ Dabei identifiziert Amselek den Begriff der Rechts-Norm mit dem der Rechts-Regel. Er sagt (S. 66): „les mots ‘règle’, ‘norme’

¹ Paul Amselek, *Méthode Phénoménologique et Théorie Du Droit*. Préface de Charles Eisenmann. VI, 464 p. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias. 1964.

[. . .] sont couramment utilisés"; und S. 67: "la norme ou la règle répond toujours à la même finalité: elle sert à mesurer, à évaluer, à juger. En prescrivant ce qui 'doit être', la règle constitue un 'modèle' . . ." Aber mit dem Wort "règle" bezeichnet man für gewöhnlich nur generelle Normen, und Amselek leugnet nicht die Existenz individueller Rechtsnormen, wie seine Ausführungen auf S. 300 zeigen.

Daß Rechtsnormen "propositions syntactiques" sind, d. h. nur sprachlich zum Ausdruck kommen, trifft nicht zu. Schon darum nicht, weil die Normen des Gewohnheitsrechts vor ihrer Anwendung durch die rechtsanwendenden Organe, insbesondere die Gerichte, nicht sprachlich formuliert sind, und — wenn überhaupt — erst durch diese Organe formuliert werden. Amselek lehnt allerdings die traditionelle Theorie ab, daß Gewohnheitsrecht eine Rechtsquelle sei (S. 164 ff.). Sein Hauptargument ist (S. 168), daß die Gewohnheit als ein tatsächlich regelmäßiges Verhalten der Subjekte keinen normativen Charakter habe: "la coutume ne saurait être la création d'une règle par des comportements, par des pratiques répétées: ces pratiques ne sauraient être par elles-mêmes normatives, créer ou faire 'apparaître' des normes." Das ist insofern nicht richtig, als die sogenannte *opinio necessitatis* als wesentliches Element des Gewohnheitsrechtstatbestandes angesehen wird. Das heißt, daß die die Gewohnheit konstituierenden Akte in der Meinung erfolgen müssen, daß sie erfolgen sollen (vgl. dazu die Ausführungen meiner *Reinen Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 232). Das bedeutet nicht, daß die Gewohnheit als solche eine Norm ist, sondern daß eine Norm gelten muß, die vorschreibt, daß man sich so verhalten soll, wie sich die Rechtssubjekte gewohnheitsmäßig zu verhalten pflegen. Und diese Norm ist zunächst nicht sprachlich formuliert. Rechtsorgane können sogenanntes Gewohnheitsrecht nur anwenden, wenn sie hiezu rechtlich ermächtigt sind, d. h. wenn sie ermächtigt sind, die Norm anzuwenden, daß man sich so verhalten soll, wie sich die Rechtssubjekte gewohnheitsmäßig zu verhalten pflegen. Dazu können sie in der positiv-rechtlichen Verfassung ermächtigt sein. Dann haben sie die Existenz einer rechtserzeugenden Gewohnheit festzustellen, und mit dieser Feststellung ist verbunden, daß sie die Norm sprachlich formulieren. Mitunter wird sogar die Ansicht vertreten, daß das sogenannte Gewohnheitsrecht erst durch die Gerichte erzeugt werde (vgl. meine *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 234). Damit ist dem Einwand begegnet, den Amselek macht, wenn er behauptet, die traditionelle Theorie "méconnaît l'intermédiaire de l'organe juridique . . . qui va donner le sceau juridique à la norme coutumière" (S. 171). Aber wenn die Verfassung selbst im Wege der Gewohnheit entsteht, es also gar keine „geschriebene“, in sprachlich formulierten Rechtsnormen bestehende Verfassung gibt, was nicht selten der Fall ist? Ich verweise auf meine *Reine Rechtslehre* (S. 229), wo es heißt: „Die Verfassung muß die Gewohnheit . . . als rechtserzeugenden Tatbestand einsetzen. Wird die Anwendung von Gewohnheitsrecht durch Gerichte als rechtmäßig angesehen, obgleich die geschriebene Verfassung keine solche Ermächtigung enthält, kann die Ermächtigung . . . nicht in einer Norm der ungeschriebenen, durch Gewohnheit entstandenen Verfassung gegeben sein, sondern muß eben voraus-

gesetzt werden, wie vorausgesetzt werden muß, daß die geschriebene Verfassung den Charakter objektiv verbindlicher Norm hat.“ Das heißt, man muß eine *Grundnorm* voraussetzen, die nicht nur vorschreibt, daß man sich so verhalten soll, wie die historisch erste Verfassung statuiert, sondern auch so, wie sich die Rechtssubjekte gewohnheitsmäßig zu verhalten pflegen.

Daß die Rechtsnorm nicht sprachlich formuliert sein muß, zeigt sich auch darin, daß der Akt, dessen Sinu eine — generelle oder individuelle — Rechtsnorm ist, eine Geste sein kann: Mit einer bestimmten Bewegung seines Armes befiehlt ein Schutzmann, daß man stehenbleiben, mit einer anderen Bewegung, daß man weitergehen, widrigenfalls bestraft werden soll. Der Sinn dieser Gesten ist eine verbindliche Rechtsnorm, die, wenn die Geste an einen individuell bestimmten Menschen gerichtet ist, den Charakter einer individuellen Rechtsnorm hat. Verkehrslichter sind der Ausdruck genereller Rechtsnormen, durch die der Verkehr geregelt wird. Diesen Charakter haben die Gesten des Schutzmannes und die Verkehrslichter, weil ihnen dieser Charakter von einer in einem Gesetz in sprachlicher Form ausgedrückten generellen Norm verliehen wurde.

Amssek bringt gegen die Ansicht, die Geste eines Schutzmannes habe den Sinn einer Norm, auf S. 147 vor: *“l'acte prétendu ‘normateur’ ne constitue pas, ne ‘signifie’ pas une norme juridique, en réalité, mais renvoie à une norme juridique, est lui-même signifié par une norme juridique. Si le fait, pour un agent de police, de lever son bâteau blanc ou de siffler signifie à l’automobiliste: ‘il faut vous arrêter’, c’est parce que ce dernier l’interprète par référence à telle norme juridique (en l’occurrence, le Code de la Route) qui donne à ce fait cette signification, qui prescrit de s’arrêter en de telles hypothèses.”* Aber indem die Verkehrsordnung der Geste des Schutzmannes den Sinn verleiht: „Du sollst stehenbleiben, widrigenfalls du bestraft werden sollst!“, gibt sie ihr eben den Sinn einer verbindlichen Rechtsnorm. Denn „Norm“ ist der Sinn eines Aktes: daß man sich in bestimmter Weise verhalten soll. Und der Akt des Schutzmanns wird von dem Automobilisten, der ihn wahrnimmt, als verbindliche Rechtsnorm „stehen zu bleiben“ gedeutet, ohne daß er sich dabei des „Code de la Route“ überhaupt bewußt werden, ja ohne daß er dieses Gesetz überhaupt kennen muß. Wenn Amssek auf S. 148 bezweifelt, daß ein Verkehrslicht oder eine Geste des Schutzmannes eine Norm „erzeugt“ (*“crée . . . une norme”*), übersieht er wohl, daß die Formel „eine Norm erzeugen“ ein bildlicher Ausdruck ist, mit dem nur gesagt wird, daß der Sinn eines Faktums eine Norm ist. Und daß der Sinn der bezeichneten Fakten eine Norm ist, gibt Amssek selbst zu, wenn er in dem oben zitierten Satz sagt, die Geste des Schutzmanns *“signifie”* *“à l’automobiliste ‘il faut vous arrêter’*“ und von dieser Geste sagt, daß die Verkehrsordnung ihr diesen Sinn verleiht (*“donne à ce fait cette signification”*). Also haben doch die Geste des Schutzmanns und das Verkehrslicht einen Sinn, der eine Norm ist.

Was die sprachliche Form betrifft, in der eine Rechtsnorm auftritt, so kann dies nicht nur ein Urteil (*“jugement”*), es kann auch ein Imperativ, es kann auch ein einziges Wort sein, z. B. das Wort *„Zurück!“*, von

einem Schutzmann an eine sich vordrängende Menge gerichtet (vgl. meine *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 6 f.).

2. Amselek lehnt auf S. 145 die von mir vertretene Ansicht ab, daß vom Standpunkt einer Rechtswissenschaft, die das positive Recht zum Gegenstand der Erkenntnis hat, dieses positive Recht nur aus Normen bestehen kann, die durch Menschen erzeugt und angewendet werden. Amselek verteidigt die Möglichkeit eines „übermenschlichen“ positiven Rechts. Er sagt: „En réalité, ce droit ‘surhumain’ est parfaitement observable et connaissable à partir du moment où il est formulé, où il est ‘révélé’ (exemple: le droit mosaïque, le droit islamique, etc.). La théorie normative n’est pas fondée à mettre *a priori* en doute cette ‘révélation’.“ Glaubt Amselek ernstlich, daß eine Rechts-Wissenschaft Rechtsnormen als Sinn eines göttlichen Willensaktes begreifen und als solche beschreiben kann, daß der Wille Gottes — sobald er von irgendeinem Propheten „offenbart“ ist — beobachtbar und erkennbar ist? Gibt Amselek doch selbst zu: „ce n’est qu’après une investigation historique sur l’origine réelle des normes positives observées que la théorie normative justifiera valablement la remise en question du fait religieux proprement dit, en tant qu’il concerne le phénomène normatif“; und sagt auf S. 422: „que les hommes font des normes juridiques.“ Sollte eine Rechts-Wissenschaft nicht ausschließlich den *realen* Ursprung der Rechtsnorm in Betracht ziehen und religiöse Spekulationen betreffend den Ursprung des Rechts im Willen einer transzendenten Gottheit ignorieren, die selbst vom Standpunkt der Religion für Menschen nicht beobachtbar und erkennbar ist?

In meiner *Reinen Rechtslehre* (2. Aufl.) behaupte ich auf S. 33, daß die Rechtsordnung das Verhalten von Menschen regelt, insofern es sich auf andere Menschen bezieht; und ich unterscheide zwei Fälle: Diese Beziehung kann einen individuellen Charakter haben, so wenn z. B. eine Norm gebietet, daß ein Schuldner dem Gläubiger eine bestimmte Geldsumme zahlen soll; sie kann aber auch einen kollektiven Charakter haben, z. B. die Norm, die gebietet, Militärdienst zu leisten. In dieser Unterscheidung, sagt Amselek, liege eine „confusion“. Er behauptet von der Norm, die das Verhalten eines Menschen gegenüber einem bestimmten anderen Menschen vorschreibt (S. 200): „cette norme peut très bien, elle aussi, avoir été édictée dans un intérêt général.“ Das ist aber auch meine Meinung. Denn ich sage ausdrücklich (S. 34): „Die Rechtsautorität gebietet ein bestimmtes menschliches Verhalten“, also jedes bestimmte Verhalten, ob es sich um eine individuelle oder kollektive Beziehung handelt, „nur darum, weil sie es — mit Recht oder Unrecht — als für die Rechtsgemeinschaft der Menschen für wertvoll hält“. Die französische Übersetzung, auf die sich Amselek bezieht, lautet aber (S. 45): „Si l’autorité juridique prescrit telle conduite humaine, c’est seulement pour la raison qu’à tort ou à raison elle la tient pour précieuse pour la communauté juridique des hommes.“ In der französischen Übersetzung (*Théorie Pure du Droit*, 1962) „Si l’autorité juridique prescrit telle conduite . . .“ bezieht sich die Begründung: „weil die Rechtsordnung das gebotene Verhalten als für die Rechtsgemeinschaft wertvoll hält“ nur auf den an zweiter Stelle erwähnten Fall einer kollektiven Beziehung. Aber in dem deut-

schen Original heißt es nicht: ein „solches“ Verhalten, sondern: „ein bestimmtes menschliches Verhalten“, also auch ein solches, das gegenüber einem ganz bestimmten Menschen zu erfolgen hat.

3. Ein anderes Element, das nach Amselek die Rechtsnorm charakterisiert, ist, daß die Rechtsnorm, indem sie ein bestimmtes Verhalten vorschreibt, ein „Modell“ aufstellt. Er sagt (S. 67): „En prescrivant ce qui ‘doit être’, la règle [d. i. la norme] constitue un ‘modèle’, un ‘schème’, qui permet de juger l’être’ . . . d’évaluer cet être, de lui donner une *valeur*.“ Das trifft nicht zu. Die Rechtsnorm stellt kein „Modell“ auf, denn ein Modell ist ein *seiendes* Objekt. Man macht ein Kleid nach einem „Modell“, d. i. nach einem Muster, das man sehen, dessen Material- und Maßverhältnisse man sinnlich wahrnehmen kann. Wenn man sieht, wie ein Mensch bei eigener Lebensgefahr das Leben eines anderen rettet, kann diese Tat das „Modell“, d. h. das Vorbild sein, nach dem man sein eigenes Verhalten richtet. Wenn man beobachtet, daß ein Dieb bestraft wird, kann man diesen tatsächlichen Vorgang zum Modell, d. h. zum Vorbild nehmen, nach dem man in Zukunft Diebe behandeln will. Daß ein tatsächlicher Vorgang ein „Modell“ ist, bedeutet, daß er einer als geltend angesehenen Norm entspricht. Amselek spricht von „modèles obligatoires“ (S. 276), aber „obligatoire“ ist die Norm, nicht das Modell.

Was *in* einer Norm als gesollt gesetzt ist, ist kein „Modell“, kein Seinsvorgang, sondern ein *modal indifferentes Substrat*. Wenn eine Rechtsnorm vorschreibt: „Diebe sollen bestraft werden!“, stellt sie nicht den seienden Vorgang der Bestrafung eines Diebes als Modell auf, denn eine Norm kann überhaupt keinen seienden Vorgang aufstellen, sondern sie stellt „Diebe bestrafen!“ — ein an sich weder im Modus des Seins noch des Sollens auftretendes, d. h. ein modal indifferentes Substrat — im Modus des Sollens und nicht im Modus des Seins auf; so wie die Aussage: „Diebe werden bestraft“ das modal indifferente Substrat „Diebe bestrafen“ im Modus des Seins darstellt.

Durch die Behauptung, daß die Rechtsnorm ein Modell aufstellt, drängt Amselek die Theorie der Rechtsnorm in ein falsches Geleise. Er verschiebt sie aus dem Bereich des Sollens in den des Seins. Daher muß er den Dualismus von Sein und Sollen negieren. Indem die Norm ein Modell aufstellt, so sagt Amselek (S. 231 f.), „lenkt“ sie das menschliche Verhalten in eine bestimmte Richtung: „la norme ‘dirige’ la conduite de l’homme-artisan . . . en lui indiquant un modèle, un schéma, un exemple à ‘suivre’ . . . le modèle ‘dirige’ ma conduite en tant que mon jugement ‘éclaire’, comme on dit, mon action, en tant que celle-ci est guidée par celui-là.“ Wenn das Modell mein Verhalten „lenkt“, ist es ein „modèle de conduite“. Aber im Widerspruch dazu führt Amselek (S. 247) aus: „les normes juridiques ne représentent pas simplement, comme le dit Kelsen, des modèles de conduite, des modèles d’actes . . . elles constituent, en vérité des modèles de *situations* ce qui est assez différent“. Wenn Rechtsnormen, wie Amselek annimmt, Vorschriften, „prescriptions“ sind, kann die „Situation“, die die Rechtsnorm vorschreibt, in gar nichts anderem als in einem bestimmten Verhalten bestehen.

Amserek behauptet, menschliches Verhalten sei nicht das alleinige Objekt der Rechtsnormen. Er begründet dies in folgender Weise (S. 246): "La conduite humaine n'est pas le seul objet des normes juridiques: lorsqu'une norme juridique stipule, par exemple, que 'les immeubles d'habitation ne doivent pas dépasser telle hauteur', 'doivent comporter telle installation de protection contre l'incendie', etc., celui qui utilise cette norme se trouve, en vérité, en présence d'un modèle de maison, mais non pas en présence d'un modèle d'acte, de comportement." Hier tritt die Unhaltbarkeit der Amserekschen „Modell“-Theorie deutlich zutage. Die von Amserek angeführten Rechtsnormen schreiben ein bestimmtes menschliches Verhalten vor, haben ein bestimmtes menschliches Verhalten zum Gegenstand: sie schreiben vor, daß man keine Häuser bauen soll, die eine gewisse Höhe übersteigen, daß man Vorrichtungen zum Schutz gegen Feuer anbringen soll. Sie sind nicht an die Häuser oder an die Feuer-schutzeinrichtungen, sondern an Menschen gerichtet. Auf S. 245 f. stellt Amserek ausdrücklich fest: "la norme juridique, comme toutes les normes, comme tous les outils humains, d'ailleurs, s'adessent' à l'homme, à l'*homo faber*, à l'homme-artisan."

4. Obgleich Amserek von der Rechtsregel sagt (S. 67): "En prescrivant ce qui 'doit être'", d. h. daß sie *vorschreibt*, daß etwas sein *soll*, womit die Kategorie eines vom Sein verschiedenen Sollens für den Begriff des Rechts als wesentlich vorausgesetzt ist, behauptet er doch von der Diskussion betreffend den Unterschied zwischen Sein und Sollen, "être" und "devoir être" (S. 68), es handle sich oft nur um reinen „Verbalismus“: "Ces discussions s'enferment souvent dans un pur verbalisme." Er bezeichnet die Unterscheidung der beiden Begriffe als „verworrenes Geschwätz“ ("amphigourique") und spricht von den beiden Welten des Seins und des Sollens "comme deux mondes mystérieusement irréductibles" (S. 69), von einer "idée mystérieuse du devoir-être", von einem bloßen „Schein“ des Sollens ("le fait de penser un quelque chose comme modèle lui confère une apparence de 'Sollen'" (S. 81) und disqualifiziert die Ansicht, die die Normen in eine von der Welt des Seins verschiedene Welt des Sollens verlegt, als "dématérialisation" (S. 216). Damit gelangt er auch zur Leugnung des für die Einsicht in das Wesen der *Norm* unentbehrlichen, weil diese von der *Aussage* unterscheidenden Gegensatzes von „Beschreiben“ und „Vorschreiben“. Er sagt (S. 73) von der Unterscheidung zwischen diesen beiden Funktionen "cette distinction entre formules descriptives et formules prescriptives demeure elle-même une approche insuffisante et, somme toute; illusoire: en effet, la différence n'est pas entre l'idée de descriptif et celle de prescriptif, mais revient plus exactement à ce que les propositions dites 'prescriptives' *décrivent* ou *indiquent* un modèle, tandis que les propositions dites 'descriptives' *décrivent* ou *indiquent* autre chose. Autrement dit, les unes comme les autres sont indicatives, descriptives." Damit gerät Amserek in den Widerspruch, daß er die Rechtsnorm einerseits dadurch kennzeichnet, daß sie ein Verhalten als gesollt setzt, d. h. vorschreibt, daß etwas sein soll ("prescrivant ce qui *doit être*"), daß er aber andererseits auch behauptet, daß die Norm etwas beschreibt, d. h. ein Sein aussagt, indem sie ein

Modell aufstellt, und damit nur den „Schein“ eines Sollens konstituiert; daß er (S. 73) sagt, die Normen: „les propositions dites ‘prescriptives’ *décrivent* . . . un modèle”; und (S. 77) erklärt: “il nous fait rejeter toute idée de ‘*norme descriptive*’ (du moins au sens où elle est couramment entendue), qui apparaît comme une véritable antinomie.”

Der Unterschied zwischen einer etwas als gesollt *vorschreibenden* Norm und einer etwas als seiend *beschreibenden* Aussage ist ebenso evident wie der Selbst-Widerspruch, der in der Behauptung liegt, daß vorschreibende Sätze beschreiben. Amselek behauptet sogar, daß die Wissenschaft, also auch die Naturwissenschaft, Normen aufstellt, die die Erscheinungen beschreiben: “que la science consiste essentiellement à élaborer, à partir de l’observation du réel, des normes décrivant l’apparition au monde, l’événement historique, des phénomènes (normes du type: „tel phénomène se produit — peut ou doit se produire — dans telles et telles conditions déterminées”). (S. 131 f.) In einer Fußnote dazu sagt er (S. 132) mit Berufung auf André Lalande, *La Raison et les Normes* (Paris 1948): “C’est là le véritable sens de la ‘recherche des causes’.” Dann führt er aus: “La connaissance, la ‘recherche des causes’ [das ist doch die Funktion der Naturwissenschaft] consiste donc dans l’élaboration de lois, de normes décrivant l’apparition des phénomènes; . . . Autrement dit, les modèles scientifiques donnent une ‘valeur’ aux phénomènes dans la mesure où ils permettent d’expliquer, de justifier leur apparition . . .” Amselek betont nur die Selbstverständlichkeit, daß dieser „Wert“, den die Naturwissenschaft den Phänomenen gibt, kein *Rechts-Wert* ist: “une norme scientifique n’est pas en effet, une norme juridique . . . L’explication [der Naturwissenschaft] justifie logiquement un fait: elle ne le justifie pas juridiquement. L’impression qu’un fait s’explique, et par là se justifie, est sans interférence sur la valeur juridique de ce fait, notamment sur la valeur juridique négative.” Diese Deutung der Naturgesetze ist umso fragwürdiger, als Amselek selbst auf S. 313 die Ansicht entschieden ablehnt, die Naturgesetze seien wie die Rechtsgesetze „verbindlich“ (“obligatoires”) in dem Sinne “que la nature aurait une obligation en quelque sorte morale d’y obéir, de se conformer aux prescriptions du Législateur Suprême”. Aber wenn er die Naturgesetze als „Normen“ begreift, die den Sinn haben: “tel phénomène . . . peut ou *doit* se produire dans telles et telles conditions déterminées”, und wenn er auf S. 67 von “la norme” sagt: “En prescrivant ce qui doit être”, er somit das Wort “doit” im Sinn von „sollen“ gebraucht, ist es nur konsequent, anzunehmen, daß die Natur den Naturgesetzen als Vorschriften „gehörchen“ soll. Denn nur Soll-Vorschriften kann man gehorchen.

5. Amselek glaubt, daß von einem psychologischen Standpunkt aus das Recht in der Idee der *Notwendigkeit* besteht. Er sagt (S. 273): “La donnée psychologique fondamentale du juridique, la donnée immédiate du juridique à la conscience, paraît bien être *l’idée de nécessité*: mon sentiment du droit s’analyse essentiellement comme le sentiment vague que la réalité doit être, ou devrait être, nécessairement, obligatoirement, conforme au modèle ressenti comme ‘juridique’. Le schéma juridique, du

point de vue de sa structure essentielle, tend à apparaître dans mon esprit un peu comme étant, en un certain sens, la 'nature' même des choses, comme constituant le modèle auquel la réalité doit, ou devrait, normalement correspondre." Amselek ignoriert den wesentlichen Unterschied, der — auch im Bewußtsein des naiven Menschen — zwischen der dem Recht wesentlichen Notwendigkeit, d. i. der Notwendigkeit, daß man sich so verhalten *soll*, wie Rechtsnormen vorschreiben, und der Notwendigkeit besteht, nach der, gemäß den die Natur beschreibenden Naturgesetzen, in der Wirklichkeit der Natur ein bestimmtes Ding sich unter bestimmten Bedingungen in bestimmter Weise verhalten *muß*. Er sagt (S. 274 f.): "l'essence du juridique se révèle à moi sous deux approches: en elle-même, directement, tout d'abord, par cette vision ou ce sentiment de la 'nécessité', de l'obligatoire', lorsque je pense le droit, les normes juridiques proprement dites; mais aussi, plus indirectement, par l'intermédiaire d'un type de normes auquel je peux également penser, normes qui, à l'origine, ont emprunté aux normes juridiques leur signification, ont été assimilés à des normes juridiques: à savoir, les 'lois de la nature', les normes scientifiques."

In einem Kapitel, das den Titel führt: "*L'Essence du Juridique dans les 'Lois de la Nature'*" (S. 287 f.) behauptet Amselek, daß der Begriff des Naturgesetzes von dem des Rechtsgesetzes stamme, so daß man in jenem nur eine Metapher erblicken könne. Richtiger ist, daß nach religiöser Anschauung die sogenannten Naturgesetze Normen sind wie Rechtsgesetze, weil die Dinge in der Wirklichkeit der von Gott geschaffenen Natur sich so verhalten, wie sie sich dem Befehl Gottes nach verhalten sollen. Von einem religiösen Standpunkt aus kann es in der Tat keinen unüberbrückbaren Gegensatz von Sein und Sollen geben. Denn was *ist*, das *soll* auch sein, weil alles, was ist, dem Befehl Gottes entspricht. Die moderne Naturwissenschaft ist gerade dadurch entstanden, daß sich die Naturdeutung von dieser Vorstellung emanzipiert, daß man den wesentlichen Unterschied erkannt hat, der zwischen Rechtsgesetzen als Normen und Naturgesetzen besteht: daß jene der Sinn von Willensakten, d. h. Normen sind, die vorschreiben, daß sich Menschen unter bestimmten Bedingungen in bestimmter Weise verhalten sollen, obgleich sie sich tatsächlich auch anders verhalten können, während diese Zusammenhänge aussagen, die von jedem — menschlichen oder übermenschlichen — Willen unabhängig sind, indem sie feststellen, daß sich die Dinge der Naturwirklichkeit unter bestimmten Bedingungen in bestimmter Weise verhalten *müssen* und sich nicht anders verhalten können. Amselek sagt (S. 156): "Tout ce qui est, 'doit' être: telle est la loi de notre connaissance, son postulat; telle est la catégorie *a priori*, transcendente, telle est la forme même de notre entendement, de notre expérience scientifique." Später (S. 157) sagt er: "'ce qui est, doit être' signifie simplement cette tautologie que 'ce qui est, est.'" Aber "ce qui est, *doit* être" kann nicht bedeuten: "ce qui est, est", wenn das Wort "doit" in demselben Sinne gebraucht wird wie auf S. 67, wo als Wesen der Norm bezeichnet wird, sie schreibe vor: "ce qui *doit* être." Und daß das Wort "doit" in diesem Sinne gebraucht wird, muß man annehmen, da Amselek auf S. 292 sagt: "ces propositions

prennent une fonction normative en tant qu'elles sont utilisées comme modèles du réel prélevé . . ." Er spricht von "l'obligatorité des normes scientifiques." Er bemerkt allerdings auf S. 293: "l'obligatorité des normes scientifiques n'est donc rien d'autre, en définitive, que l'expression même du principe d'identité-catégorie transcendante de notre entendement — qui fait obligation au Même (en l'occurrence la réalité) de rester identique à lui-même." Das heißt: "Le Même doit nécessairement, obligatoirement, demeurer semblable à lui-même, ne pas devenir Autre, s'altérer au sens propre du terme" (S. 292). Wenn auch Rechtsnormen "obligatoires" sind, wird dieses Wort in zwei völlig verschiedenen Bedeutungen verwendet und so der wesentliche Unterschied zwischen Rechtsgesetzen und Naturgesetzen verdunkelt. Was wohl damit zusammenhängt, daß das Wort "devoir" sowohl „müssen“ als auch „sollen“ bedeutet.

6. Amselek lehnt meine Behauptung: die Wirksamkeit der Rechtsnormen sei eine Bedingung ihrer Geltung, ab. Er sagt auf S. 332 von den Rechtsnormen: "Les normes juridiques . . . peuvent et doivent être connues, par cela seul qu'elles 'apparaissent', qu'elles se donnent comme des normes formulées auxquelles la signification de 'juridiques' est historiquement attachée: elles ont leur existence autonome de normes juridiques, d'instruments de jugement, quelles que soient les conduites effectives qu'elles peuvent être appelées à juger." Hier vermengte Amselek zwei Kriterien, die sich gegenseitig ausschließen: daß man Normen als Rechtsnormen ansehen muß, wenn sie — offenbar als solche — erscheinen; und: wenn sie als Normen auftreten, denen der Charakter als Rechtsnormen historisch zuerkannt ist. Aber es ist doch möglich, daß Normen als Rechtsnormen erscheinen, sich als solche geben (se donnent), denen der Charakter als Rechtsnormen nicht historisch zuerkannt ist. Und wenn das zweite Kriterium entscheidend ist, entsteht eben die Frage: Welches sind die Bedingungen, unter denen Normen der Charakter von Rechts-Normen „historisch“ zuerkannt wird? In Beantwortung dieser Frage behaupte ich, daß eine der Bedingungen ist, daß sie, um als gültige Rechts-Normen angesehen zu werden, bis zu einem gewissen Grade wirksam sein müssen. Dabei spielt die Frage, auf welchem Wege die Norm erzeugt wurde: im Wege der Satzung oder der Gewohnheit, überhaupt keine Rolle. Es ist daher in keiner Weise gerechtfertigt, wenn Amselek auf S. 339 behauptet, daß, wenn ich einen gewissen Grad von Wirksamkeit als Bedingung der Geltung einer Rechtsordnung ansehe, ich unter "ordre juridique" "le Pouvoir gouvernemental" verstehe: ich denke dabei "à l'effectivité du gouvernement, à l'acceptation, à la reconnaissance des gouvernants par les gouvernés et non à l'effectivité de toutes les normes juridiques." Amselek zitiert dabei eine Stelle aus meiner Schrift *Théorie du Droit International Public* (Académie du Droit International. Extrait des Cours 1953), S. 77: "Le pouvoir social n'est que l'efficacité d'un ordre réglant la conduite réciproque des hommes . . ." Die zitierte Stelle und die Ausführungen, in deren Zusammenhang sie steht, zeigen deutlich, daß das, was ich meine, das gerade Gegenteil dessen ist, was Amselek darin zu sehen glaubt. Die Wirksamkeit einer Rechtsordnung ist nicht die Wirksamkeit der Regie-

rung, sondern umgekehrt: Das, was man die Macht der Regierung ("la puissance du gouvernement ou de l'État") nennt, ist nichts anderes als die Wirksamkeit der Rechtsordnung; was im wesentlichen Zusammenhang mit der — auch in dieser Schrift mit Nachdruck vertretenen — Lehre steht: "que l'État est bien un ordre social, qu'il est identique à l'ordre juridique national, qu'il le personifie et que sa puissance n'est pas autre chose que l'efficacité d'un tel ordre." (A. a. O., S. 77.)

Da Amselek die Naturgesetze als Normen bezeichnet, kommt er zu der Behauptung, daß die von mir vertretene Ansicht: die Wirksamkeit der Rechtsgesetze sei eine Bedingung ihrer Geltung, die Folge der Annahme sei, daß zwischen den Rechtsnormen und den als „Wissenschaftsnormen“ bezeichneten Naturgesetzen eine wesentliche Beziehung bestehe. Er sagt auf S. 295: "L'exigence d'effectivité des lois juridiques dans les théories positivistes contemporaines . . . paraît aussi pouvoir être rattaché à une association obscure des normes juridiques aux normes scientifiques: en effet, les lois scientifiques sont, doivent être, par hypothèse même, des lois 'effectives', c'est-à-dire des lois auxquelles les faits sont effectivement conformes . . ."; und auf S. 296: "Cette exigence d'effectivité tend, en vérité, à enlever aux normes juridiques toute leur spécificité objective, toute leur historicité propre, et à les assimiler purement et simplement à des normes scientifiques." Was die von mir vertretene Ansicht von dem Zusammenhang zwischen Geltung und Wirksamkeit der Rechtsordnung betrifft, kann ich nur feststellen, daß mich Amseleks Kritik nicht trifft. Ich betone mit dem größten Nachdruck, daß die Wirksamkeit der Rechtsordnung als Ganzes — so wie die Wirksamkeit jeder einzelnen Rechtsnorm dieser Ordnung — eine *Bedingung* ihrer Geltung, nicht — wie manche Autoren annehmen — ihre *Geltung* ist, da ich als „Geltung“ das Prinzip ansehe, daß sie befolgt und angewendet werden *sollen*; daß eine Rechtsnorm in Geltung treten kann, noch bevor sie wirksam geworden ist, und daß die These: Wirksamkeit sei eine Bedingung der Geltung, bedeutet, daß eine Rechtsordnung und die einzelnen Rechtsnormen ihre Geltung *verlieren*, wenn sie ihre Wirksamkeit verloren haben (vgl. meine *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 10 f.).

Von dieser Formel behauptet Amselek (S. 332), sie stelle eine „Tautologie“ dar, "puisque le droit 'valable' est le droit auquel les individus doivent, ne peuvent pas ne pas obéir, s'ils n'obéissent pas au droit, celui-ci est d'autant moins un droit 'valable' . . ." Aber die in Frage stehende Formel wäre nur dann eine Tautologie, wenn „Geltung“ und „Wirksamkeit“ identisch wären. Gerade die Annahme einer solchen Identität habe ich auf das entschiedenste abgelehnt. Daher meine These: Wirksamkeit ist eine Bedingung der Geltung, aber nicht die Geltung (vgl. meine *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 215 ff. und insbesondere S. 220).

Amselek begründet die Ablehnung meiner These mit der Behauptung (S. 333): "il apparaît manifestement que les normes édictées par tel organe juridique doivent être tenues par la science pour effectivement juridiques avant même qu'elles soient illustrées par un premier acte d'application: elles sont 'juridiques' et constituent l'objet de la science

du droit, *ab initio*, en elles-mêmes, indépendamment de la manière d'être de leur objet." Aber ich habe, um zu zeigen, daß die Geltung nicht identisch mit der Wirksamkeit ist, wie schon erwähnt, selbst darauf hingewiesen, daß eine Rechtsordnung in Geltung tritt, „schon bevor sie wirksam, d. h. befolgt und angewendet wird“ (*Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 11).

Im übrigen betone ich, daß unter „Wirksamkeit“ nicht zu verstehen ist, daß die Norm ausnahmslos, sondern daß sie nur im großen und ganzen, bis zu einem gewissen Grade, befolgt, bzw. angewendet wird. Das ist keineswegs, wie Amselek auf S. 334 behauptet, „obscure“. Es bedeutet, daß, wenn eine Norm in dem einen oder anderen Falle, also ausnahmsweise, nicht befolgt, bzw. angewendet wird, ihre *Geltung* nicht aufgehoben wird, was eine unleugbare Tatsache ist.

Daß, wie Amselek auf S. 336 feststellt, ich könne nicht angeben, in wie vielen Fällen eine Rechtsnorm befolgt werden müsse, um als wirksam angesehen zu werden: „on ne sait pas combien de comportements conformes il faut exiger pour parler de droit ‘positif’, ‘effectif’“, ist kein Argument gegen meine These. Daß es ein Gewohnheitsrecht gibt, wird von der Rechtswissenschaft ganz allgemein angenommen, ohne daß die Rechtswissenschaft angeben kann, in wie vielen Fällen Menschen ein bestimmtes Verhalten an den Tag legen müssen, damit ein Gewohnheitsrecht angenommen werden kann. Die Entscheidung dieser Frage ist dem Ermessen des rechtsanwendenden Organs überlassen. Das trifft auch auf die Frage zu, in wie vielen Fällen eine Rechtsnorm *nicht* befolgt, bzw. angewendet werden muß, um annehmen zu können, daß sie ihre Geltung *verloren* hat. Und das ist die entscheidende Frage, nicht: in wie vielen Fällen eine Norm angewendet werden muß, um als wirksam zu gelten. Daher kann davon, daß die Forderung der Wirksamkeit den Rechtsnormen ihren spezifischen Charakter — d. h. nach meiner Theorie ihren Charakter als Soll-Vorschriften — nimmt, keine Rede sein. Am allerwenigsten, daß die Forderung der Wirksamkeit eine Folge der Annahme einer Beziehung zwischen Rechtsnormen und Wissenschaftsnormen sei. Ich halte die Naturgesetze nicht für Normen; ich vergleiche nicht einmal die Rechts-Normen mit Naturgesetzen, sondern ich vergleiche die die generellen Rechtsnormen beschreibenden Rechts-Sätze der Rechtswissenschaft mit den die Natur beschreibenden, von der Naturwissenschaft formulierten Naturgesetzen, insofern als beide einen generellen Charakter haben. Aber ich hebe in unzweideutiger Weise den wesentlichen Unterschied hervor, der zwischen diesen Rechts-„Gesetzen“ und den Naturgesetzen besteht, die ein *Sein*, während jene Normen, d. h. ein *Sollen* beschreiben.

Ebenso unbegründet ist Amseleks Behauptung (S. 226, Note 21), meine These: Wirksamkeit sei eine Bedingung der Geltung, laufe auf die Annahme hinaus, daß eine rechtliche Verpflichtung nur vorliege, wenn eine Sanktion wirklich vollstreckt wird. Daher liege ein „Müssen“, kein „Sollen“ vor. „Quand il y a violation d'une obligation juridique, il y a effectivement (au moins 'dans une certaine mesure') un acte de contrainte qui réagit, sinon cette obligation n'est pas vraiment juridique selon

Kelsen. Ainsi . . . l'éminent juriste autrichien tend à faire du 'Sollen' juridique un 'Müssen'." Es trifft einfach nicht zu — und ich bin weit davon entfernt, dies zu behaupten —, daß, wenn eine Pflicht — richtiger eine Norm — verletzt, d. h. wenn ein Unrechtstatbestand gesetzt wird, ein Zwangsakt tatsächlich ("effectivement") eintritt. Die Pflicht besteht auch, wenn auf ihrer Verletzung in dem einen oder anderen Falle nicht mit einem Zwangsakt reagiert wird. Die Pflicht zu einem bestimmten Verhalten wird nicht dadurch konstituiert, daß auf das gegenteilige Verhalten mit einem Zwangsakt reagiert *wird*, sondern dadurch, daß darauf reagiert werden *soll*; d. h. eine Norm gilt, die ein bestimmtes Verhalten als gesollt vorschreibt. Auch wenn man sich nicht norm- oder pflichtgemäß verhält, soll man sich norm- oder pflichtgemäß verhalten. Darum ist es ja gerade unzulässig, den Sinn der Norm oder Pflicht in dem Satz auszudrücken, daß man sich der Norm oder Pflicht gemäß verhalten *muß*. Auf S. 255 der französischen Übersetzung der 2. Auflage meiner *Reinen Rechtslehre* (*Théorie Pure du Droit*, Paris 1962) kann Amselek lesen: "Dire qu'une norme se rapportant à la conduite d'êtres humains 'est valable [gilt]', c'est affirmer . . . que ces individus doivent [im deutschen Original „soll“] se conduire de la façon qu'elle prévoit." Die Geltung der Norm ist nicht, was Amselek eben immer ignoriert, ihre Wirksamkeit.

Daß in meiner Theorie das „Sollen“ zu einem „Müssen“ wird, behauptet Amselek auch in einem anderen Zusammenhang. Auf S. 263 führt er aus: "Sous l'influence de Kant, Kelsen a tendance à présenter une théorie des obligations juridiques, et non une théorie des normes juridiques elles-mêmes. On peut résumer ainsi sa pensée: une obligation n'est juridique que si elle est la condition d'une sanction. Cette thèse, qui méconnaît systématiquement l'existence des normes juridiques permissives, tend donc à faire du 'Sollen' juridique une sorte de 'Müssen': un individu n'est vraiment obligé juridiquement, que s'il est contraint, si son obligation est assortie d'une sanction: alors cette obligation sera vraiment *obligatoire*, la menace de la sanction déterminant l'individu à remplir son obligation: c'est en cela que le droit est un 'ordre de contrainte'. Cet aspect du 'système' kelsénien est en contradiction évidente avec le schéma normatif que Kelsen a su si bien décrire en d'autres passages." Wenn mich ein Vorwurf treffen kann, ist es gewiß nicht der, daß ich keine Theorie der Rechtsnormen, sondern eine Theorie der Rechtspflichten ("obligations") entwickelt habe, sondern der, daß ich eine Theorie der Rechtsnormen und nicht der Rechtspflichten darstelle. Ich sage auf S. 120 f. meiner *Reinen Rechtslehre*, 2. Aufl., „daß ein Verhalten geboten ist und daß ein Individuum zu einem Verhalten verpflichtet ist, sind synonyme Ausdrücke . . . Man pflegt zwar Rechtsnorm und Rechtspflicht zu differenzieren und zu sagen, daß eine Rechtsnorm eine Rechtspflicht statuiert. Aber die Rechtspflicht zu einem bestimmten Verhalten ist nicht ein von der dieses Verhalten gebietenden Rechtsnorm verschiedener Sachverhalt; sie ist die Rechtsnorm selbst.“ Das ist nicht, wie Amselek (S. 264) sagt, eine "confusion" von Norm und Obligation. Denn eine „Konfusion“ ist die unzulässige Vermengung

von zwei Begriffen, die Verschiedenes bedeuten. Ich zeige ja gerade, daß beide Begriffe dasselbe bedeuten. Amselek stellt im übrigen meinen Gedanken falsch dar. Ich behaupte nicht: eine Pflicht sei eine Rechtspflicht, wenn sie — die Pflicht — die Bedingung einer Sanktion ist; auch nicht, daß eine Sanktion an eine Rechtspflicht geknüpft ("assorti") ist, sondern: Ein bestimmtes Verhalten ist Inhalt einer Rechtspflicht, wenn das *gegenteilige Verhalten* die Bedingung eines in einer Rechtsnorm als gesollt statuierten Zwangsaktes ist. Nicht die Pflicht, sondern ein Verhalten ist die Bedingung einer Sanktion, und wird gerade dadurch, daß es zur Bedingung einer Sanktion gemacht wird, ein sogenanntes „rechtswidriges“ Verhalten. Auf S. 26 sage ich: „Das gebotene Verhalten ist nicht das gesollte Verhalten; gesollt ist die Sanktion.“ Und auf S. 124: „Sagt man: wer rechtlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist, ‚soll‘ sich von Rechts wegen so verhalten, so ist es das Gesollt-sein — und das heißt das positiv Erlaubt-, Ermächtigt- oder Geboten-Sein — des als Folge des gegenteiligen Verhaltens statuierten, als Sanktion fungierenden Zwangsaktes, das damit zum Ausdruck kommt.“ Daß ich in meiner Darstellung der Beziehung zwischen Rechtspflicht und Rechtsnorm aus dem „Sollen“ ein „Müssen“ mache, ist einfach aus der Luft gegriffen. Davon, daß ich die erlaubenden Rechtsnormen systematisch verkenne, kann somit keine Rede sein. Übrigens muß Amselek selbst auf S. 264 zugeben: „Kelsen lui-même a reconnu, en d'autres pages, que les normes juridiques n'étaient pas seulement impératives, mais aussi habilitatrices . . .“ Amselek hat offenbar eine Stelle in *Théorie Pure du Droit* (1962, S. 161) im Auge, die lautet: „Les normes ne font pas que prescrire ou défendre une certaine conduite; elles peuvent également habiliter une certaine conduite.“ Amselek behauptet (S. 264) von diesen „normes habilitatrices“, daß das Prinzip der Zurechnung auf sie nicht anwendbar sei: „normes habilitatrices dont son schéma d'imputation ne saurait rendre sérieusement compte.“ Amselek ignoriert, daß ich zwischen „ermächtigen“ und „erlauben“ unterscheide, und sagt auch: „il est évident que les actes juridiquement licites, eux ne sont pas généralement 'récompensés'.“ Er schließt daraus: „on ne peut, notamment, dire qu'il n'y a véritablement un droit que lorsqu'il y a une récompense.“ Amselek zieht offenbar den dem oben zitierten nachfolgenden Satz der *Théorie Pure du Droit* nicht in Betracht, in dem ausdrücklich gesagt wird: „'habilitier' signifie conférer un pouvoir juridique, c'est à dire la faculté de créer du droit . . .“; das heißt, daß „habilitieren“, „ermächtigen“, sich auf die in der Rechtsnorm statuierte Sanktion bezieht, daß das rechtserzeugende Organ zur Statuierung der Sanktion nicht verpflichtet sein muß, sondern auch nur ermächtigt sein kann; daß daher die durch die Rechtsnorm konstituierte Zurechnung der Sanktion zum Unrechtstatbestand vorliegt, ob das Organ zur Statuierung der Sanktion verpflichtet oder nur ermächtigt ist.

Was die „erlaubenden“ Akte betrifft, so ist es richtig, daß sie nicht sanktioniert sind. Aber „erlaubende“ Rechtsnormen sind, wie ich in meiner *Reinen Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 56 (französische Übersetzung 1962, S. 75) ausführe, unselbständige Normen. Sie schränken nur den Gel-

tungsbereich einer Rechtsnorm ein, die ein Verhalten dadurch verbietet, daß sie an das Gegenteil eine Sanktion knüpfen. Die Funktion des „Erlaubens“ schließt somit keineswegs die Zurechnung aus. Wieso das „Verkennen“ erlaubender Rechtsnormen dazu führt, aus dem „Sollen“ ein „Müssen“ zu machen, ist schlechterdings unerfindlich.

In seiner Ablehnung meiner These, daß die Wirksamkeit der Rechtsordnung eine Bedingung ihrer Geltung sei, wendet Amserek auf S. 340 ein, daß ich die Wirksamkeit der Rechtsnormen mit der Wirksamkeit vermenge, die in einer Norm des Völkerrechts statuiert ist. Er heruft sich dabei auf einen Satz meiner *Théorie Pure du Droit* (1953, S. 120): „En posant le principe que pour être valable un ordre juridique naturel [im Original heißt es: „ordre juridique national“] doit avoir un certain degré d'efficacité, on se borne à formuler une norme du droit positif, qui appartient non à l'ordre juridique en question, mais au Droit International.“ Aus der Darstellung, die in der zitierten Schrift von dem Problem der Wirksamkeit als Bedingung der Geltung gegeben wird, geht unzweideutig hervor, daß Wirksamkeit als eine Bedingung der Geltung angesehen werden müßte, auch wenn es keine Norm des Völkerrechts gäbe, die diese Bedingung stipuliert. In der 2. Auflage der *Reinen Rechtslehre*, S. 221 f. und S. 336 (französische Übersetzung 1962, S. 290, 440) ist ausdrücklich hervorgehoben, daß eine Norm des Völkerrechts, die Wirksamkeit der nationalen Rechtsordnung fordert, überhaupt nur unter der Voraussetzung des *Primates des Völkerrechts*, d. h. nur in Betracht kommt, wenn das Völkerrecht als eine über den Staaten stehende Rechtsordnung angesehen wird; was jedoch keineswegs die einzige Möglichkeit ist, das Verhältnis zwischen internationalem und nationalem Recht zu betrachten. Nur unter der Voraussetzung des *Primates des Völkerrechts*, nicht aber unter der Voraussetzung des *Primates des nationalen Rechts*, legitimiert das Völkerrecht die nationale Zwangsordnung „für den territorialen Bereich ihrer tatsächlichen Wirksamkeit (‘pour la domaine territoriale de son efficacité effective’) als gültige Rechtsordnung“. Davon, daß ich das Prinzip der Wirksamkeit der Rechtsordnung als Bedingung ihrer Geltung mit der in einer Norm des Völkerrechts statuierten Wirksamkeit der nationalen Rechtsordnung vermenge, kann also keine Rede sein. Amsereks Irrtum rührt daher, daß er — leider nicht nur in diesem Falle — die Ausführungen der zweiten, von Eisenmann ins Französische übersetzten Auflage meiner *Reinen Rechtslehre* ignoriert.

7. Amserek mißversteht meine Ansicht von dem Verhältnis zwischen Geltung und Wirksamkeit schon darum, weil er annimmt, daß ich im Begriff der „Geltung des Rechts“ zwei voneinander völlig verschiedene Bedeutungen vermenge. Er sagt (S. 350): „Kelsen tend à confondre cette acception de la ‘validité du droit’ [‘qu'on doit obéir au droit’] avec le sens originel, et d'ailleurs seul authentique, du mot ‘valable’ (c'est-à-dire ‘conforme à une norme’).“ Und auf S. 351: „Une chose est de dire: telle norme juridique est ‘valable’, c'est-à-dire posée conformément à telle autre norme ‘supérieure’, une autre chose de dire: ‘je suis obligé de m'y conformer’.“ Unter „Geltung“ einer Norm verstehe ich aber ausschließlich und allein: daß die Norm befolgt bzw. ange-

wendet werden *soll*; nicht, daß sie einer höheren Norm gemäß gesetzt wurde. Das letztere ist nicht ihre Geltung, sondern der *Grund* ihrer Geltung. Das ist der Sinn des Satzes, den Amselek (S. 351) aus meiner *Théorie Pure du Droit* (1953), S. 114, zitiert: “Une norme juridique est valable si elle a été créée d’une manière particulière, à savoir selon des règles déterminées et une méthode spécifique.” Auf S. 13 der französischen Übersetzung der 2. Auflage meiner *Reinen Rechtslehre* (*Théorie Pure du Droit*, 1962) heißt es unter der Überschrift: *Validité et domaine de validité des normes*: “nous pouvons exprimer l’idée de la validité d’une norme en disant: quelque chose doit être ou être fait, ou: quelque chose ne doit pas être fait.” Und auf S. 255 in § 34 unter der Überschrift: *Le Fondement de la Validité des Ordres Normatifs* (im deutschen Original: *Der Geltungsgrund einer normativen Ordnung*) ist die Frage nach dem Geltungsgrund in den Worten formuliert: “pourquoi une certaine norme est-elle valable, quel est le fondement de sa validité (Geltungsgrund)?” Und auf S. 256: “La validité d’une norme ne peut avoir d’autre fondement que la validité d’une autre norme.” Nicht ich, sondern Amselek vermengt Geltung und Geltungsgrund, wenn er als alleinige und authentische Bedeutung des Wortes “valable” bezeichnet: “conforme à une norme.”

Die Konsequenz dieser Bestimmung des Begriffs der Geltung der Rechtsnorm ist, daß Amselek leugnet, der Sinn der Rechtsnorm sei, daß man sich in bestimmter Weise — nämlich den Rechtsnormen gemäß — verhalten soll. Er sagt auf S. 351: “L’obéissance au droit n’est liée à la validité proprement dite du droit que dans une perspective éthique, et notamment religieuse du droit (quand le droit est conforme à la volonté de Dieu, je ne peux que me plier à cette volonté).” Aber schon vorher, auf S. 318, sagt Amselek von dem “positivisme juridique”; “il apparaît avoir hérité de la métaphysique idéaliste un invraisemblable modèle synthétique du droit (‘ou doit obéir au droit’): modèle qui n’avait de sens que dans la perspective foncièrement moraliste de l’idéalisme . . .”; das heißt, daß vom Standpunkt einer positivistischen Rechtslehre, die es ablehnt, die Geltung des positiven Rechts mit einem Postulat der Moral oder einem Befehl Gottes zu begründen, es überhaupt keine *Rechts-Normen* geben kann, da der wesentliche Sinn einer sich auf menschliches Verhalten beziehenden Norm ist: daß man sich so verhalten *soll*, wie die Norm bestimmt.

Mit Bezug auf den Satz meiner *Théorie Pure du Droit* (1953), S. 34: “une norme cesse d’être valable quand les individus dont elle règle la conduite ne l’observent pas dans une mesure suffisante” sagt Amselek auf S. 352, Note 206: “Si Kelsen confond ainsi la ‘valeur’ des normes avec leur caractère obligatoire, positif, à l’inverse il semble croire parfois . . . que la ‘norme fondamentale’, c’est-à-dire la supposition de ce caractère obligatoire, donne à la Constitution sa ‘valeur’ et non pas son caractère obligatoire.” Aus dem von Amselek zitierten Satz folgt in keiner Weise, daß ich den „Wert“ (“valeur”) der Normen mit ihrer Verbindlichkeit vermeuge. Ich behaupte (*Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 17), daß gültige Normen Werte konstituieren, insofern ein der Norm entsprechen-

des Verhalten als „gut“, ein ihr nicht entsprechendes Verhalten als „schlecht“ bewertet wird. Was einen positiven oder negativen Wert hat, ist nicht die Norm, sondern das der Norm entsprechende Verhalten. Die *Grundnorm* ist, meiner Lehre nach, die transzendental-logische Voraussetzung, unter der man die historisch erste Verfassung als *objektiv* gültig betrachten kann: sie verleiht dieser Verfassung keinen „Wert“. Das täte sie nur, wenn sie die Funktion hätte, die Setzung dieser Verfassung sittlich zu rechtfertigen. Gerade das aber negiere ich auf das entschiedenste (vgl. *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 223, *französische Übersetzung* 1962, S. 295), wo von der „norme fondamentale“ gesagt wird: „elle ne remplit donc pas du tout une fonction éthico-politique, mais uniquement une fonction de théorie de la connaissance.“ Es ist daher völlig unbegründet und steht in direktem Widerspruch zu meiner Lehre, wenn Amselek auf S. 354 behauptet, die Grundnorm sei „une sorte de norme éthique“. „Kelsen rejoint en définitive, assez paradoxalement, la théorie idéaliste du droit.“ Ebenso unbegründet, weil in direktem Widerspruch zu meiner Lehre, steht Amseleks Behauptung auf S. 355: „Kelsen devra, en effet, fonder la ‘validité’ de la norme fondamentale elle-même sur son contenu (ce qui est significatif du caractère moral, idéologique de cette norme).“ In meiner *Reinen Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 198, *französische Übersetzung* S. 258, sage ich ausdrücklich, daß nur die Grundnorm eines *statischen* Normensystems, gewisser Moralordnungen, einen unmittelbar einleuchtenden Inhalt hat; daß die Grundnorm eines *dynamischen* Systems nicht kraft ihres Inhalts gilt (S. 199, *französische Übersetzung* S. 260), daß die Grundnorm einer Rechtsordnung, die im wesentlichen einen dynamischen Charakter hat, nicht einen unmittelbar einleuchtenden Inhalt hat (S. 200 f., *französische Übersetzung* S. 261 f.). Amselek beruft sich auf S. 355, Note 211, auf einen Satz der *Théorie Pure du Droit* (1953, S. 114), der sich ausdrücklich auf Normen des Naturrechts und der Moral bezieht.

8. Obgleich Amselek mir darin zustimmt, daß ich auch die individuellen Normen als zur Rechtsordnung gehörig ansehe, bringt er dennoch auf S. 301 gegen mich vor: „En vérité, il convient de bien prendre conscience de ce que le prétendu caractère ‘général’ des normes juridiques n’est qu’un mauvais emprunt fait à la théorie de la science.“ Und vorher sagt er — nicht ganz im Einklang mit der mir vorgeworfenen Ansicht von dem „generellen“ Charakter der Rechtsnormen —: „Le chef de l’Ecole de Vienne cherche à rendre, sinon la norme juridique elle-même, du moins la proposition juridique (élaborée par la science du droit) qui la décrit, équivalente à la loi scientifique conçue comme ‘générale’.“ Aber ich sage keineswegs, daß der Rechtssatz, der die „Rechtsnorm beschreibt“ („qui la décrit“), generellen Charakter hat, sondern ich sage auf S. 84 der *Reinen Rechtslehre*, 2. Aufl., daß die Rechtsnorm, „wenn sie generellen Charakter hat, zwar als ‚Gesetz‘ bezeichnet wird, aber kein Gesetz ist, d. h. nicht etwas, das in irgendeiner Analogie zum Naturgesetz als ‚Gesetz‘ bezeichnet werden kann.“ Als „Rechtsgesetz“ bezeichne ich nur den die *generellen* Rechtsnormen *beschreibenden*, von der Rechtswissenschaft formulierten *Rechtssatz*. Ich spreche auf S. 85 von dem „als Rechts-

gesetz sich darstellenden Rechtssatz“, der „einen generellen Charakter hat, d. h. die generellen Normen der Rechtsordnung und die durch sie konstituierten Beziehungen beschreibt. (In der französischen Übersetzung 1962, S. 112, heißt es: „La proposition juridique qui se présente comme une loi juridique . . . a un caractère général; en d’autres termes, qu’elle décrit les normes générales de l’ordre juridique, et les relations créées par elle.“) Und diesen als Rechtsgesetz sich darstellenden Rechtssatz vergleiche ich mit dem Naturgesetz, insofern beide generellen Charakter haben, und nicht etwa darum, weil die Natur den Naturgesetzen ebenso gehorchen muß, wie das Verhalten der Menschen den Rechtsnormen gehorchen soll. Aber Amselék behauptet auf S. 298 von den Naturgesetzen: „le réel ne doit, en aucun cas, apparaître autre qu’on ne le présente. La généralité de la loi scientifique c’est la *généralité de son applicabilité*, autre façon de formuler l’exigence d’effectivité des normes scientifiques.“ Kein Gedanke liegt mir ferner, als die absurde Idee, Naturgesetze seien in demselben Sinne „wirksam“ wie Rechtsnormen. Naturgesetze sind überhaupt nicht „effectiv“, d. h. wirksam, da Natur nicht ihnen „gehört“. Denn Naturgesetze sind eben nicht Normen; und nur Normen können „effektiv“ in dem Sinne sein, daß ihnen das menschliche Verhalten entspricht, d. h. daß Menschen sie befolgen. Daher ist — zumindest was meine Rechtstheorie betrifft — nichts unbegründeter als Amseléks Behauptung (S. 296), daß der Rechtspositivismus mit seiner Forderung der Wirksamkeit der Rechtsordnung mit dem Soziologismus zusammenfällt: „que sous cet angle [exigence d’effectivité], le ‘positivisme’ rejoint le sociologisme.“

9. Amselék lehnt, wie schon bemerkt, meine Unterscheidung zwischen der vorschreibenden, von dem Rechtsorgan gesetzten Rechts-Norm und dem beschreibenden, von der Rechtswissenschaft formulierten Rechts-Satz ab. Dabei unterläuft ihm der Irrtum, daß er als meine Meinung angibt, die Rechts-Sätze seien „Seins-Sätze“. Er spricht von meiner „fameuse distinction entre les ‘règles de droit’ (Rechtssätze, Seinssätze), et les ‘normes juridiques’ (Rechtsnormen, Soll-Sätze)“ (S. 77). Aus meiner von ihm zitierten Schrift *Théorie Pure du Droit* (1953) geht aber unzweideutig hervor, daß die Rechtssätze Soll- und nicht Seinssätze sind; und in meiner *Reinen Rechtslehre* (2. Aufl., S. 77) führe ich aus, warum sie Sollsätze sein müssen, und verweise dabei mit Berufung auf Sigwarts *Logik auf die Doppelbedeutung des Wortes „Sollen“*, d. h. seine vorschreibende und seine beschreibende Bedeutung. Amselék gibt auf S. 77 zwar zu, daß die Wissenschaft zu beschreiben hat: „La science a peut-être, et même sans doute, pour fonction générale de décrire les phénomènes.“ Aber er wendet gegen meinen Begriff des die Rechts-Norm beschreibenden, von der Rechtswissenschaft formulierten Rechts-Satzes ein: „toute règle est par hypothèse règle, donc normative.“ Sein Einwand stammt daher, daß das Wort „Rechts-Satz“ in der von ihm zitierten Schrift: *Théorie Pure du Droit* (1953) mit „règle de droit“, während es in der französischen Übersetzung der 2. Auflage der *Reinen Rechtslehre* (1962) richtiger mit „propositions juridiques“ übersetzt ist. Vgl. S. 76 und insbesondere S. 78, wo der Satz der 2. Auflage der *Reinen Rechtslehre* (S. 59), daß der von

der Rechtswissenschaft formulierte Rechtssatz von der durch die Rechtsautorität gesetzten Rechtsnorm zu unterscheiden ist, übersetzt ist: "la proposition de droit formulée par la science du droit —, cette proposition de droit qu'il faut distinguer nettement de la norme juridique posée par l'autorité juridique."

Allerdings lehnt Amselek auch die Unterscheidung zwischen Erkenntnis- und Willensfunktion als Grundlage der Unterscheidung zwischen Rechtsnorm und Rechtssatz ab. Er sagt auf S. 78: "Quant à la distinction entre 'fonction de connaissance' et 'fonction de volonté', elle est inefficace au plan des propositions elles-mêmes . . . une proposition n'est pas normative en tant qu'elle manifeste une volonté, mais en tant qu'elle constitue un modèle." Diese Modell-Theorie habe ich schon im Vorhergehenden zurückgewiesen. Amselek zitiert gegen mich eine Stelle der *Reinen Rechtslehre* (2. Aufl., S. 21; französische Übersetzung S. 28), wo von dem Verhalten eines Individuums gesagt wird, es habe einen positiven oder negativen Wert „nicht weil es — oder sein Gegenteil — gewünscht oder gewollt wird, sondern weil es einer Norm entspricht oder widerspricht. Der Willensakt, dessen objektiver Sinn die Norm ist, kommt dabei nicht in Betracht.“ Aus dem Zusammenhang geht unzweideutig hervor, daß sich dies auf den objektiven, zum Unterschied von dem subjektiven, Wert bezieht, „der in der Beziehung eines Objektes zu dem darauf gerichteten Wunsch oder Willen eines oder auch vieler Menschen besteht“ (S. 20). Dies ist nur die Konsequenz des Unterschiedes zwischen dem Willensakt und dem Sinn des Willensaktes. Der objektive, positive oder negative Wert eines Verhaltens liegt in der Beziehung zu der Norm als dem *Sinn* des Willensaktes, nicht in der Beziehung zu dem Willensakt, dessen Sinn die Norm ist. Dies ist in keiner Weise ein Widerspruch zu meiner Unterscheidung zwischen Rechts-Norm und Rechts-Satz.

10. Ich habe den Begriff des Kantschen kategorischen Imperativs, d. h. Normen, die bedingslos gelten, in dem Sinne abgelehnt, daß jede Norm, selbst eine solche, deren Wortlaut einen kategorischen Charakter hat, nur unter bestimmten Bedingungen befolgt und angewendet werden kann; auch Normen, die ein Unterlassen vorschreiben, wie z. B.: „Du sollst nicht lügen!“; und habe die Bedingung, unter der die Unterlassung einer bestimmten Handlung normiert ist, formuliert: „Der Inbegriff der Umstände, unter denen die Handlung möglich ist“ (vgl. *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 106; französische Übersetzung S. 140). Unabhängig davon habe ich die *generellen* Rechtsnormen als hypothetische Rechtsnormen gekennzeichnet, da sie an bestimmte Bedingungen: das Delikt, eine bestimmte Folge: die Sanktion, knüpfen; und habe behauptet, daß der die generelle Rechtsnorm beschreibende Satz der Rechtswissenschaft, als das „Rechtsgesetz“, den Charakter eines hypothetischen Urteils hat (vergleiche *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 85; französische Übersetzung S. 112). Die in diesem Rechtssatz, dem „Rechtsgesetz“ ausgesagte Verknüpfung von Bedingung und Folge habe ich, zum Unterschied von der in dem Naturgesetz ausgesagten *Kausalität*, als *Zurechnung* bezeichnet. Da ich in meiner *Reinen Rechtslehre*, 2. Aufl., im Gegensatz zu der von mir früher vertretenen Ansicht, auch die Normen der Moral als Sanktionen, nämlich

die Billigung des moralischen, die Mißbilligung des unmoralischen Verhaltens, statuierende Vorschriften erkannt habe, habe ich die generelle Moralnormen beschreibenden Sätze der Ethik in Parallele zu den Rechtssätzen gestellt, und auch in diesen Sätzen der Ethik die Verknüpfung der Bedingung mit der Folge als Zurechnung erkannt (*Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 28 f., 94; französische Übersetzung S. 68 f., 124). Daß ich als Zurechnung die Verknüpfung der *in* der Rechtsnorm bestimmten Tatbestände bezeichne, geht unzweideutig aus der Darstellung des Problems in der *Reinen Rechtslehre*, 2. Aufl., hervor; aber auch schon aus den Ausführungen meiner *Allgemeinen Staatslehre* (1925), S. 49, und der ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre* (1934), S. 22 f.

Amselek hält mir S. 260 entgegen: Une "confusion de la condition-contenu de la norme, avec le conditionnement historique de l'objet lui-même auquel elle est appliquée . . ." Das trifft nicht zu. Ich vermenge durchaus nicht den hypothetischen Charakter der generellen Norm, der darin besteht, daß *in* der Norm eine bestimmte Folge an eine bestimmte Bedingung geknüpft wird, mit der Tatsache, daß alle Normen in dem Sinne bedingt gelten, daß sie nur unter bestimmten Bedingungen befolgt, bzw. angewendet oder verletzt werden können. Amselek sagt auf S. 260 f.: "dans le cas d'une norme juridique du type 'on doit appliquer telle sanction à un individu quand cet individu a tué', il y a bien imputation d'une sanction à un acte illicite-condition: et pourtant, il est clair, d'après Kelsen lui-même, qu'une telle norme serait plutôt 'catégorique' puisqu'elle prévoit qu'une sanction interviendra dans tous les cas de meurtres, sans qu'il y ait à distinguer certaines conditions déterminées de meurtre dans lesquelles seules cette norme pourrait s'appliquer." Das trifft nicht zu. Die in Frage stehende Norm ist — meiner Ansicht nach — nicht kategorisch, sondern hypothetisch, weil die Sanktion, die sie vorschreibt, an die Bedingung geknüpft ist, daß ein Mord erfolgt ist. Das ist die *in der Norm* statuierte Bedingung. In der Rechtsnorm ist nicht der Mord, sondern die Sanktion bedingt. Der Mord ist die Bedingung. Aber selbst wenn Mord verboten würde, ohne daß Mord zur Bedingung einer Sanktion gemacht wäre, wäre Mord nur unter der Bedingung verboten, unter der ein Mord überhaupt erfolgen kann. Ein auf einer einsamen Insel allein lebender Mensch kann keinen Mord verüben. Ein Verhalten, das nicht stattfinden kann, kann sinnvoll nicht verboten sein. Die Norm, einen anderen Menschen nicht zu töten, gilt nur unter der Voraussetzung, daß ein Mensch mit anderen Menschen zusammenlebt. Was Amselek übersieht, ist: daß es zwei verschiedene Arten von Bedingtheit sind, die in Betracht kommen.

Aber in einer Beziehung muß ich Amseleks Kritik — bis zu einem gewissen Grade — als berechtigt anerkennen. Er sagt auf S. 260: "En vérité, ce schéma de l'imputation d'une conséquence à une condition ne correspond absolument pas à l'idée, dont on prétend la déduire, selon laquelle une norme n'est observable que dans certaines conditions." In meiner Schrift *Théorie Pure du Droit* (1953) finden sich auf S. 33 die folgenden Sätze: "Nous pouvons donc affirmer que toute norme sociale, qu'elle prescrive une action ou une omission, est applicable seulement

dans des conditions déterminées. Elle établit toujours une relation entre une condition et une conséquence et elle prescrit que la conséquence *doit* suivre la condition. Tel est l'énoncé du principe d'imputation, qui est dans le domaine social le pendant du principe de causalité applicable au domaine de la nature." Diese Stelle kann in der Tat dahin aufgefaßt werden, daß die Bedingtheit der Sanktion *in* der generellen Rechtsnorm mit der Tatsache vermengt wird, daß jede Norm, die ein bestimmtes Verhalten vorschreibt, nur unter der in dem Wortlaut der Norm nicht enthaltenen Bedingung gilt, daß die Umstände gegeben sind, unter denen diese Vorschrift befolgt oder verletzt werden kann. Aber aus *derselben Schrift* geht unzweideutig hervor, daß es sich dabei um eine fehlerhafte, von mir leider übersehene Formulierung handelt, da andere Sätze dieser Schrift unzweideutig zum Ausdruck bringen, daß ich unter „Zurechnung“ („imputation“) ausschließlich und allein die Beziehung zwischen Bedingung und Folge, zwischen Delikt und Sanktion *in* dem die generelle Rechtsnorm beschreibenden Rechtssatz und die Beziehung zwischen Bedingung und Folge in dem die generelle Moralnorm beschreibenden Satz der Ethik verstehe. So heißt es auf S. 21: „L'imputation relie donc deux comportements humains, l'acte illicite et la sanction“; und auf S. 22 in bezug auf den Begriff der „imputation“: „On peut le formuler ainsi: 'si un individu agit bien, il doit être récompensé et s'il agit mal, il doit être puni'. Entre la condition et la conséquence, entre l'action bonne ou mauvaise et le récompense ou la punition, il n'y a pas une relation de cause à effet, mais une imputation, la récompense ou la punition étant imputée à l'action qu'elle doit 'rétribuer'." Und in der ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre*, die der französischen Übersetzung zugrunde lag, heißt es auf S. 22: „Die Beziehung der Strafe auf das Delikt, der Exekution auf den zivilen Unrechtsbestand hat keine kausale, hat eine normative Bedeutung. Der Ausdruck dieser als ‚Zurechnung‘ bezeichneten Beziehung . . .“ Und auf S. 23 heißt es von der Zurechnung: mit ihr soll jetzt „die spezifische Art ausgedrückt werden, in der das positive Recht Tatbestände miteinander verknüpft“. Wenn Amselek sich die Mühe genommen hätte und in der zweiten (erweiterten und revidierten) Auflage meiner *Reinen Rechtslehre* nachzulesen, was ich von dem Begriff der Zurechnung sage, hätte er unter vielen anderen, denselben Gedanken ausdrückenden Sätzen auch den gefunden, daß mit „Zurechnung“ eine Verknüpfung bezeichnet wird, „die in einem Moral- oder Rechtsgesetz“ dargestellt und „durch eine von Menschen gesetzte Norm hergestellt wird“ (S. 94). In der französischen Übersetzung (1962), S. 124, wird „imputation“ gekennzeichnet als „relation entre condition et conséquence qui est exposée dans une loi morale ou dans une loi juridique est établie par une norme posée par l'homme“. Im übrigen sagt Amselek selbst auf S. 261, daß ich an die *in* der Norm hergestellte Verknüpfung von Tatbeständen als Bedingung und Folge denke, wenn ich von Zurechnung (imputation) spreche.

Die *Reine Rechtslehre* lehnt die Ansicht entschieden ab, daß die Zurechnung eines bestimmten Verhaltens durch die sogenannte Freiheit des Willens als Nicht-kausale-Gebundenheit des menschlichen Willens

bedingt ist. Sie zeigt, daß was in der traditionellen Jurisprudenz als „Freiheit des Willens“ bezeichnet wird, nichts anderes ist als der Endpunkt der durch eine Rechtsnorm konstituierten *Zurechnung*, also mit dem psychischen Akt des Wollens und seiner nicht vorhandenen „Freiheit“ nichts zu tun hat. Amselek mißverstehet daher die *Reine Rechtslehre*, wenn er auf S. 88 gegen mich vorbringt: „il apparaît contraire au bon sens de soutenir . . . comme le fait par exemple Kelsen (*Théorie Pure du Droit*, S. 28) que le fait pour un individu d'être objet des normes juridiques entraîne comme conséquence sa liberté.“ Amselek übersieht, daß ich als die „Freiheit“, von der in Rechtsbeziehungen die Rede ist, nichts anderes aufzeige als einen Endpunkt der *Zurechnung*; und daß dem Menschen ein bestimmtes rechtswidriges Verhalten nicht darum zugerechnet werden kann, weil er „frei“, d. h. nicht kausal bestimmt ist, sondern daß er „frei“ ist, weil ihm zugerechnet wird, d. h. weil er der Endpunkt einer *Zurechnung* ist (vgl. meine *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 97 und 102).

Amselek lehnt allerdings meine Unterscheidung zwischen Kausalität und *Zurechnung* ab. Seine Ablehnung beruht auf einem groben Mißverständnis. Er nimmt an, daß, meiner Lehre nach, die beiden Prinzipien auf die Realität in gleicher Weise anwendbar sind. Auf S. 398 stellt Amselek meine Theorie folgendermaßen dar. „La 'société', qui fait l'objet des sciences sociales normatives, c'est 'un ordre réglant la conduite des hommes' (S. 18, *Théorie Pure du Droit*, 1953) et organisé par le principe d'imputation; mais, bien sûr, la même réalité sociale peut faire l'objet d'une étude causale — psychologique, ethnologique, historique, sociologique.“ Dabei verweist Amselek auf S. 25 des zitierten Werkes. Es ist keineswegs dieselbe soziale Realität, auf die das Prinzip der Kausalität und das Prinzip der *Zurechnung* anwendbar ist. Auf S. 25 sage ich ausdrücklich von Sozialwissenschaften, in denen das Prinzip der *Zurechnung* zur Anwendung kommt: „Elles étudient les comportements humains non pas tels qu'ils se déroulent effectivement dans l'ordre causal de la nature, mais en relation avec des normes prescrivant comment ils doivent se dérouler. Ce sont donc des sciences normatives, parmi lesquelles nous trouvons l'éthique et la science du droit.“ Der Gegenstand ist nicht das tatsächliche Verhalten der Menschen, sondern die Normen, die vorschreiben, wie sich die Menschen verhalten *sollen*. Auf S. 399 sagt Amselek von dem „prétendu dualisme des principes de la connaissance“ „le réel peut ainsi faire l'objet de deux interprétations également possibles.“ Ich bin weit davon entfernt zu behaupten, daß Kausalität und *Zurechnung* gleichermaßen auf die „Realität“ anwendbar sind. Ich sage auf S. 79 der *Reinen Rechtslehre* (2. Aufl.) ausdrücklich, daß das Prinzip der *Zurechnung* nur „in der Beschreibung einer normativen Ordnung des gegenseitigen Verhaltens von Menschen“ als ein „von der Kausalität verschiedenes Ordnungsprinzip“ zur Anwendung kommt. In der französischen Übersetzung heißt es auf S. 105: „Dans la description d'un ordre normatif de la conduite réciproque d'êtres humains vient à application cet autre principe d'ordre, différent du principe de causalité, que l'on peut dénommer *imputation* (*Zurechnung*).“ Amselek schließt aus seiner

irrigen Annahme "les primitifs n'avaient pas moins raison (ou plus exactement: n'auraient pas eu moins raison) d'interpréter la nature suivant un principe animiste, que l'historien ou le psychologue lorsqu'ils interprètent la 'société' suivant un schéma causal!" (S. 399.) Hätte Amselek gelesen, was ich in dem Kapitel „Das Prinzip der Zurechnung im Denken der Primitiven“ (*Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 86; französische Übersetzung S. 114) sage, hätte er die Antwort darauf gefunden, warum das Prinzip der Naturdeutung des Primitiven *nicht* ebenso berechtigt ist wie das Prinzip der Kausalität, das ein Historiker oder Psychologe in der Interpretation der Gesellschaft anwendet. Dort heißt es: „Der Frühmensch deutet die Tatsachen, die er mit seinen Sinnen wahrnimmt, nach denselben Prinzipien, die die Beziehungen zu seinen Nebenmenschen bestimmen, nämlich nach gesellschaftlichen Normen.“ Das heißt, er deutet die Natur als eine normative Ordnung, was vom Standpunkt der Naturwissenschaft eine Mißdeutung ist. Amselek sagt mit Beziehung auf eine Stelle in meiner *Théorie Pure du Droit* (1953), S. 23: "On ne comprend pas pourquoi 'l'interprétation normative est maintenant réservée aux relations sociales des hommes entre eux, tandis que les relations entre les choses font l'objet d'une explication causale'." Die Antwort, die unzweideutig aus dem hervorgeht, was ich über das Prinzip der Zurechnung sage, ist: daß unter "relations sociales des hommes entre eux" die durch eine *normative* Ordnung, Recht oder Moral, konstituierten Verhältnisse der Menschen zu verstehen sind.

Amselek behauptet auf S. 398, meine Unterscheidung zwischen Kausalität und Zurechnung "ne repose sur aucune base empirique, sur aucun fondement scientifique sérieux". Meine Unterscheidung beruht auf der unleugbaren Tatsache, daß die Verknüpfung der Bedingung und Folge in einem Rechtssatz, d. i. in einem das Recht beschreibenden Satz wie: „Wenn ein Mensch gestohlen hat, soll er ins Gefängnis gesetzt werden“ (den ich als das Rechts-Gesetz mit dem Natur-Gesetz vergleiche), keinen kausalen Charakter hat wie in dem ein Naturgesetz darstellenden Satze: „Wenn ein metallischer Körper erwärmt wird, dehnt er sich aus“, sondern einen von dem kausalen verschiedenen Charakter. Von dieser eine unleugbare Tatsache feststellenden Unterscheidung kann man nicht sagen, daß sie keine ernstliche wissenschaftliche Grundlage hat. Sie sei "absurde", behauptet Amselek auf S. 398 f., weil, wenn ich als Gegenstand der Rechts-Wissenschaft Rechtsnormen anerkenne, ich auch eine kausale Wissenschaft der Rechtsnormen anerkennen müsse: "dans la logique de son système, devrait le conduire à distinguer une science normative des normes juridiques et une science causale des normes juridiques." Eine „kausale“ Wissenschaft von Rechtsnormen ist aber unmöglich, weil Rechtsnormen keine dem Kausalgesetz unterworfenen Naturtatsachen, sondern der *Sinn* von Tatsachen, nämlich von Willensakten, sind. Nur diese Akte, nicht der Sinn dieser Akte, der das Recht ist, können Ursachen und Wirkungen haben. Die phänomenologische Rechtswissenschaft Amseleks hat allerdings diese Akte und somit nicht eigentlich das Recht zu ihrem Gegenstand.

Das radikale Mißverständnis, das der Amselkschen Kritik des Prinzips der Zurechnung zugrunde liegt, zeigt sich am deutlichsten in dem, was er auf S. 400 von diesem Prinzip zu sagen hat: "que ce fameux 'principe d'imputation' qui caractériserait la science du droit est, en réalité, le principe de la démarche de la casuistique juridique, laquelle, en présence d'un cas, formule la solution impliquée par la réglementation juridique, se livre à une opération jurisdictionelle, 'dit le droit' applicable à tel cas: le principe d'imputation correspond, en d'autres termes, à la subsumption des objets aux normes juridiques." Rechts-Kasuistik ist die Rechtssprechung in Einzelfällen, die im wesentlichen darin besteht, einen konkreten Tatbestand unter eine Rechtsnorm zu subsumieren. Es ist eine Funktion der rechtsanwendenden Organe, insbesondere der Gerichte. Was ich als „Zurechnung“ bezeichne, hat damit nicht das geringste zu tun. Nicht die Funktion rechtsanwendender Organe, sondern eine Funktion der Rechtswissenschaft kommt dabei in Frage: die von der die generellen Rechtsnormen beschreibenden Rechtswissenschaft formulierten Rechts-Sätze. Als „Zurechnung“ bezeichne ich — wie schon betont — die Beziehung zwischen Bedingung und Folge *in diesen Rechts-sätzen*, die, da sie generelle Rechtsnormen beschreiben, einen generellen Charakter haben. Das ist ausdrücklich in meiner *Reinen Rechtslehre* (2. Aufl., S. 85; in der französischen Übersetzung S. 112) betont. Dort heißt es: „Dabei ist zu beobachten, daß der als Rechtsgesetz sich darstellende Rechtssatz, so wie das Natrugesetz, einen generellen Charakter hat; das heißt: die generellen Rechtsnormen und die durch sie konstituierten Beziehungen beschreibt.“ ("Il faut ici observer que la proposition juridique [d. i. die Übersetzung des Wortes „Rechtssatz“] qui se présente comme une loi juridique a — de même que la loi naturelle — un caractère général; en d'autres termes, qu'elle décrit les normes générales de l'ordre juridique, et les relations créées par elle.") Beispiel eines Rechtssatzes ist der in einem Lehrbuch des Strafrechts die auf Diebstahl sich beziehende generelle Rechtsnorm beschreibende generelle Satz: „Wenn jemand einen Diebstahl begangen hat, soll er ins Gefängnis gesetzt werden.“ Von einer „Kasuistik“ und sohin von einer Subsumption eines konkreten Tatbestandes unter einer Rechtsnorm kann somit keine Rede sein. Diese Subsumption ist die Funktion des Richters, der die den Diebstahl betreffende generelle Strafrechtsnorm in einem konkreten Falle anwendet. Als „Zurechnung“ bezeichne ich die Beziehung, die in dem von der Rechtswissenschaft formulierten Satz zwischen der Bedingung: „Wenn jemand einen Diebstahl begangen hat“ und der Folge: „soll er ins Gefängnis gesetzt werden“, besteht. Es ist die im Rechtssatz beschriebene generelle Rechtsnorm, die der Richter in einem konkreten Fall anwendet, indem er einen konkreten Tatbestand als „Diebstahl“ qualifiziert und unter die generelle Strafrechtsnorm subsumiert. Wenn von einer "confusion de la science du droit et la casuistique juridique" — die Amselk mir auf S. 401 vorwirft — die Rede sein kann, ist es diese Interpretation Amselks, auf die "confusion" zutrifft.

11. Amselk geht so weit, zu behaupten, die wesentliche Funktion der Rechtsnorm sei: zu *werten*, ein Instrument der Bewertung zu sein.

Er sagt auf S. 67: "la norme ou la règle répond toujours à la même finalité: elle sert à mesurer, à évaluer, à juger." Und auf S. 231 führt er aus: "Toutes les règles, quelles qu'elles soient, ont la même nature . . . sont des instruments d'évaluation, et, bien sûr, des instruments d'évaluation au service de l'homme au même titre que tous ses autres outils." In bezug auf die Funktion der Norm, ein bestimmtes menschliches Verhalten vorzuschreiben, menschlichem Verhalten eine bestimmte Richtung zu geben, sagt er: "Ce rôle de 'direction de la conduite', le rôle d'exemplarité que la norme peut être ainsi appelée à jouer à l'endroit de celui qui s'en sert, n'affecte en rien, il faut bien en prendre conscience, la nature d'instrument d'évaluation de la règle: au contraire, c'est bien en tant qu'instrument de jugement que la règle joue ce rôle de direction de la conduite humaine . . ." Das ist eine Darstellung, in der das Verhältnis zwischen dem Vorschreiben eines bestimmten Verhaltens durch die Norm und dem Bewerten eines Verhaltens, in dessen — positiver oder negativer — Beziehung zu der es vorschreibenden Norm geradezu umgekehrt wird. Die Funktion des Bewertens vollzieht sich in einem Urteil, dem sogenannten Wert-Urteil. Die Rechtsnorm hat aber nicht den Charakter eines logischen Urteils, sondern einer Vorschrift, Ermächtigung, Erlaubnis, die von der Rechts-Autorität: dem Gesetzgeber, Richter, Regierungs-Verwaltungsorgan, ausgeht und der Sinn eines Willensaktes ist. Das Werturteil, das die positive oder negative Beziehung eines Verhaltens zu einer dieser Verhalten als gesollt statuierten Norm feststellt, ist der Sinn eines Denkaktes; und dieses Werturteil setzt die Geltung der sich auf dieses Verhalten beziehenden Norm voraus. Es geht von dem der Rechtsordnung unterworfenen Subjekten aus; und auch wenn es von einem Rechtsorgan — etwa einem Richter — ausgeht, setzt es die Geltung der Rechtsnorm voraus. Denn das Verhalten wird als rechtmäßig bewertet, weil es der Rechtsnorm entspricht, und als rechtswidrig bewertet, weil es der Rechtsnorm nicht entspricht. Nur eine Norm, die ein bestimmtes Verhalten vorschreibt, kann „befolgt“ oder nicht befolgt und so „verletzt“ werden. Nur einer Norm kann entsprochen oder nicht entsprochen werden. Aber ein Urteil, auch ein Werturteil, kann nicht befolgt oder verletzt werden, da es als Urteil eine Aussage über etwas und keine Vorschrift ist. Das Urteil: „Es ist gut, seinen Nächsten zu lieben“ befiehlt nicht, seinen Nächsten zu lieben. Es setzt diesen Befehl voraus. Nur dieser Befehl kann befolgt oder verletzt werden, nicht das Urteil. Im übrigen sagt Amselk gelegentlich (S. 133): "la norme juridique ["tu ne dois pas tuer"], . . . évaluait l'acte de tuer, l'acte meurtrier"; aber er setzt fort: "mon jugement condamnant l'acte de X s'est opéré sur cette base." Die „Verdammung“ des Mordes ist die Bewertung dieses Verhaltens; und diese besteht in der Feststellung, daß dieses Verhalten der Norm nicht entspricht. Sie erfolgt — nach dieser Darstellung — nicht durch das Rechtsorgan, von dem die Norm ausgeht: „Du sollst nicht töten!“, sondern durch das Rechtssubjekt. Die Grundlage dieses Werturteils ist der Befehl, die Verbotsnorm des Rechtsorgans; diese Norm ist kein Werturteil.

Mit der Ansicht, daß die primäre Funktion der Rechtsnorm ein Werturteil sei, ist Amselks Behauptung kaum vereinbar: "dire que le droit

‘dirige’ les conduites est une tautologie . . . toute règle est une ‘directive’ par définition” (S. 242); und: “lorsque, voulant définir le droit, décrire la spécificité du juridique, on dit: ‘le droit est obligatoire’, ‘on doit obéir au droit’, etc., on énonce là des propositions tautologiques, puisque le droit se définit . . . comme une norme . . . lorsque l’on pose que ‘l’on doit obéir au droit’, cette ‘obligation’ n’est pas, en réalité, quelque chose d’extérieur au droit . . . elle est un élément constitutif du droit, un élément de sa vocation instrumentale, . . .” (S. 303 f.). Wenn die Rechtsnorm ihrer Definition nach eine Vorschrift ist, wenn „Vorschreiben“ der spezielle Charakter, die besondere Eigentümlichkeit der Rechtsnorm ist, dann kann man nicht behaupten, daß die Rechtsnorm nur in ihrer Eigenschaft als Werturteil — also nur indirekt — die Funktion des Vorschreibens hat; und wenn diese Eigentümlichkeit des Rechts darin besteht, daß man dem Recht gehorchen soll, dann kann die Rechtsnorm kein Werturteil sein, da man einem Urteil, und auch einem Werturteil, nicht „gehorsamen“ kann. Ein „jugement obligatoire“ (S. 275) gibt es nicht.

Unhaltbar ist auch die Behauptung, daß die Verbindlichkeit der Rechtsnorm eine Funktion der Logik ist: “L’obligatorité est, en vérité, une forme logique . . . il est dans la logique . . . de constituer un modèle auquel l’objet doit obligatoirement correspondre” (S. 275 f.). Nur die Prinzipien der Logik, nicht die Normen des Rechts oder der Moral, sind — der Logik gemäß — verbindlich. Im übrigen sagt Amselek — im Widerspruch zu dem eben Zitierten — kurz nachher: “L’obligatorité, en d’autres termes, fait partie intégrante du contenu même du concept de droit, de norme juridique” (S. 276).

12. Amselek widerspricht (S. 69) meiner Behauptung, daß Werturteile sich auf die Wirklichkeit beziehen, daß eine natürliche Tatsache mit einer Norm konfrontiert und sohin bewertet werden kann. Er wendet dagegen ein: daß auch Vorhaben, Absichten des Menschen, noch bevor sie verwirklicht sind, moralisch beurteilt werden: “que l’homme ne peut se conformer aux normes éthiques qu’en jugeant ses ‘projets’, avant même qu’ils ne soient réalisés dans l’espace et dans le temps” (S. 70). Was in diesem Falle moralisch beurteilt wird, ist aber der in der Wirklichkeit vor sich gehende seelische Vorgang des Vorhabens, Beabsichtigens, Wollens, der — wie Kant sagt — gute oder böse *Wille*; und seelische Vorgänge gehören ganz ebenso zur natürlichen Wirklichkeit wie körperliche, sinnlich wahrnehmbare Vorgänge. Unbegründet ist auch Amseleks Einwand gegen meine Behauptung, daß eine Norm, die einen Wert konstituiert, nicht bewertet werden kann, daß es sinnlos ist, einen Wert zu bewerten. Amselek gibt zwar zu (S. 81): “évaluer une norme valable apparaît une entreprise absurde.” Aber er fügt hinzu: “Mais il n’est pas du tout absurde, par contre, d’évaluer une norme, de juger une proposition en tant qu’elle constitue un modèle, un instrument de jugement.” Aber was bewertet werden kann, ist der in der Sinnenwirklichkeit stattfindende *Akt*, dessen Sinn die geltende Norm ist. In dem Urteil: „Es ist gut oder schlecht, daß Ehebrecher bestraft werden sollen“, bewertet man den Akt, dessen Sinn die Norm ist: „Ehebrecher sollen bestraft werden.“ Wenn — wie Amselek behauptet — von einer „Dichotomie“ die Rede

sein kann, ist es die zwischen dem Akt und der Norm als dem Sinn des Aktes. Aber Amselk führt auf S. 208 aus: "L'idée que les propositions normatives [das sind die Sätze, in denen Normen zum Ausdruck kommen] sont 'porteuses' de sens, est à cet égard une image commode parce que suggestive . . . mais trompeuse si on la prend à la lettre . . . La proposition, prise en tant que telle, ne participe d'aucune dichotomie: la proposition en face de moi n'offre pas deux 'réalités', sa 'forme' et son 'sens' qui se cacheraient derrière la forme, de telle sorte que je puisse prétendre négliger la forme au profit du sens. La forme de la proposition est la seule réalité qui apparaisse . . ." Das ist eine Selbstverständlichkeit und nicht das Problem, das als „Dichotomie“ in Betracht kommt. Die für die Rechtserkenntnis in Betracht kommende Zwei-Spaltung besteht nicht zwischen der „Form“, d. i. die „proposition“, dem sprachlichen Ausdruck der Norm, und der Norm; das ist keine Dichotomie. Das Problem ist die wesentliche Unterscheidung zwischen dem Willensakt, dessen Sinn die Norm ist, und der Norm, die der Sinn des Aktes ist und in sprachlicher Form zum Ausdruck kommt; und die als Sinn eine von dem Akt wesensverschiedene Existenz hat.

13. Da Amselk die Ansicht vertritt, die Hauptfunktion der positiven Rechtsnormen sei, menschliches Verhalten zu bewerten, Rechtsnormen seien Werturteile, muß er die Definition des Rechts als einer *Zwangsordnung* im Sinne eines Systems von Normen, die statuieren, daß unter bestimmten Bedingungen bestimmte Zwangsakte gesetzt werden sollen, ablehnen. Er sagt auf S. 229: "Les normes juridiques, qui sont des instruments de jugement, de mesure, d'évaluation, ne sauraient être décrites comme des instruments de pression: le droit n'est pas une 'technique de contrainte': que certaines normes juridiques instituent des procédures de contrainte, n'autorise nullement à dénaturer la réalité normative du droit, des règles juridiques"; und auf S. 230: "Le droit . . . est une technique d'évaluation et non une technique de contrainte." Sein Argument gegen die von mir vertretene Definition des Rechts als Zwangsordnung ist: daß damit das Mittel zum Zweck gemacht werde. Er sagt auf S. 228, diese Definition impliziere den Fehler "à faire du moyen en même temps une fin". Das ist eine Mißdeutung, die im Widerspruch zu dem steht, was ich lehre. Der Zweck des Rechts ist — wie wohl niemand leugnen kann, der sein Wesen vorurteilslos erkennen will —, ein bestimmtes menschliches Verhalten herbeizuführen. Das spezifische Mittel, durch das das Recht diesen Zweck zu verwirklichen sucht, besteht darin, daß es an das gegenteilige Verhalten einen Zwangsakt als sogenannte Sanktion als gesollt setzt. Davon, daß das Mittel zugleich der Zweck ist, kann also gar keine Rede sein. Dadurch, daß dieses Mittel die Statuierung eines spezifischen Zwangsaktes ist, unterscheidet sich das Recht von der Moral, die auch — in erster Linie — ein bestimmtes menschliches Verhalten herbeizuführen sucht, diesen Zweck aber nicht durch Statuierung von Zwangsakten zu verwirklichen sucht. Da auch die Normen der Moral — so wie die Normen des Rechts — die Grundlage von Werturteilen sind, liegt in dieser Beziehung kein Unterschied zwischen Recht und Moral vor; und dies kann daher nicht als Kriterium des Rechts angesehen werden.

Gegen meine Definition des Rechts als Zwangsordnung führt Amselek auf S. 230 an, daß ich zugebe, die Rechtsnormen werden auch aus anderen Motiven befolgt als aus dem Wunsche, die von der Rechtsordnung statuierten Zwangsakte zu vermeiden. Amselek sagt: "Qu'est-ce donc que cette fantômatique 'contrainte' par laquelle on veut caractériser le droit, tout en reconnaissant son ineffectivité ou son inefficacité? N'est-ce pas donner du phénomène juridique une vision absurde?" Ich habe niemals behauptet, daß das Recht „unwirksam“ ist, sondern nur, daß es tatsächlich *auch* aus anderen Motiven als aus dem Wunsch, die Rechts-Sanktionen zu vermeiden, befolgt wird. Aber selbst wenn das Recht — was ich nicht behauptet habe und was man nicht behaupten kann — niemals aus dem Wunsch befolgt würde, die Rechtssanktionen zu vermeiden, könnte man nicht leugnen, daß das Recht den Zweck hat, ein bestimmtes menschliches Verhalten durch Statuierung von Zwangsakten herbeizuführen. Das ergibt, wie ich betont habe, ein Vergleich all der sozialen Ordnungen, die als „Recht“ bezeichnet werden. Aus der — nicht vorhandenen — Tatsache, daß das Recht überhaupt nicht aus dem Wunsche befolgt wird, die Rechtssanktionen zu vermeiden, würde nur folgen, daß es nicht notwendig ist, eine Zwangsordnung, wie es das Recht ist, aufzustellen; was ja die theoretischen Anarchisten tatsächlich behaupten und das Recht gerade darum verwerfen, weil es eine Zwangsordnung ist.

Daß nicht alle Normen einer Rechtsordnung Zwangsakte als gesollt statuieren — worauf Amselek auf S. 222 hinweist —, die Rechtsordnung aber dennoch als Zwangsordnung gekennzeichnet werden kann, habe ich in meiner *Reinen Rechtslehre* (2. Aufl., S. 52—59) ausführlich begründet.

Völlig unhaltbar ist Amseleks Behauptung (S. 297): "la vision du 'droit contraint' n'est, pour une large part, que le reflet dans la théorie du droit, de la vision des lois-contrainte de la nature en matière scientifique." Hier vermengt Amselek die *Notwendigkeit*, die die Naturgesetze in der Beziehung zwischen Ursache und Wirkung aussagen, mit dem Zwangscharakter des Rechts, der darin besteht, daß Rechtsnormen an bestimmte Bedingungen Zwangsakte: Strafe oder Zivilexécution, als Folge knüpfen. Das eine hat mit dem anderen nicht das geringste zu tun. In dem Sinn, in dem die Rechtsnormen Zwangscharakter haben, kann bei Naturgesetzen nicht die Rede sein. Wenn die *Reine Rechtslehre* die die generellen Rechtsnormen beschreibenden, von der Rechtswissenschaft formulierten Rechtssätze mit den von der Naturwissenschaft formulierten Naturgesetzen vergleicht, so nicht darum, weil beide „Zwangs-“Charakter haben, sondern darum, weil beide hypothetische Urteile sind; wobei die *Reine Rechtslehre* mit dem größten Nachdruck den wesentlichen Unterschied betont, der in der Beziehung zwischen Bedingung und Folge in den beiden Fällen besteht.

Auf S. 64 f. meiner *Théorie Pure du Droit* (1953) führe ich aus, daß die Rechtsordnung ein "monopole de force" statuiere, d. h. daß sie die Setzung von Zwangsakten allen Individuen mit Ausnahme bestimmter und zwar von ihr bestimmter Individuen verbietet und so nur diese ermächtigt, Zwangsakte zu setzen. Amselek behauptet auf S. 195, ich setze

dabei das Prinzip voraus: "tout ce qui n'est pas permi, est interdit." Das trifft nicht zu. Denn wenn man von einer bestimmten Organen erteilten Ermächtigung spricht, ist diese „Erlaubnis“ eine Einschränkung der generellen Norm, die die Setzung von Zwangsakten verbietet, also der Fall einer Erlaubnis im *positiven* Sinne. Ich sage auf S. 64: "La force ne devant être employée que par certains individus spécialement autorisés à cet effet, tout autre acte de contrainte, a, dans n'importe quel ordre juridique positif, le caractère d'un acte illicite." Das heißt, daß jeder *Zwangsakt*, mit Ausnahme der von bestimmten Individuen gesetzten Zwangsakte, rechtlich verboten ist; nicht daß jeder beliebige Akt rechtlich verboten ist, der nicht positiv erlaubt ist. Amselek ignoriert hier meine Unterscheidung zwischen Erlauben im positiven und im negativen Sinne (*Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 15 f.; französische Übersetzung S. 21 f.). Darüber Näheres unten, § 16.

Amselek meint auf S. 194, ein Rechtssystem könne die Regel enthalten "ce qui n'est ni interdit ni permis reste interdit". Das ist wörtlich genommen ein Widerspruch in sich selbst; denn was nicht verboten ist, kann nicht verboten bleiben. Was Amselek meint, ist wohl, eine Rechtsordnung könne das Prinzip enthalten, daß erlaubt nur ist, was ausdrücklich durch eine positive Rechtsnorm erlaubt ist. Das ist aber schon aus rein technischen Gründen ausgeschlossen. Eine positive Rechtsordnung kann nicht alle möglichen menschlichen Funktionen, z. B. Atmen, Essen, Trinken, Schlafen usw., in positiven Rechtsnormen erlauben, damit sie nicht als rechtswidrig beurteilt werden. Tatsächlich gibt es eine solche Rechtsordnung nicht und kann es nicht geben.

Wenn man die Rechtsordnung nicht als Zwangsordnung in dem angegebenen Sinne begreift, sondern die Normen des Rechts, wie Amselek, als Werturteile definiert, die ein „verbindliches Modell“ aufstellen (vgl. S. 274, 357), dann ist es nicht möglich, Recht von der Moral zu unterscheiden. Und dies ist auch Amseleks phänomenologischer Rechtstheorie nicht gelungen.

14. Mit der Definition des Rechts als eine Zwangsakte als Sanktionen statuierende Ordnung, d. h. als eine Zwangsordnung, hängt wesentlich der Begriff des Unrechts als der sogenannten Rechtswidrigkeit zusammen. Amselek definiert diesen Begriff der Rechtswidrigkeit "la faute", "l'illicite" als "non-conformité d'un fait à une norme" (S. 119) und lehnt meine Definition dieses Begriffes als eine Bedingung der Sanktion ab. Dies sei, meint Amselek, eine "de certaines idées assez singulières". Er zitiert auf S. 120 meine *Théorie Pure du Droit* (1953), S. 76: "Pour la théorie traditionnelle, le fait illicite est une violation ou une négation du droit, un fait contraire au droit qui se trouve donc en dehors du droit." Diese Ansicht der traditionellen Jurisprudenz lehne ich ab, da die Rechtswissenschaft nur das Recht — nicht *außerhalb des Rechts* Stehendes — zum Gegenstand haben kann, und daher das Unrecht, sofern es Gegenstand der Rechtserkenntnis ist, nur als Inhalt von Rechtsnormen und sohin als eine *in* einer Rechtsnorm bestimmte Bedingung der *in* dieser Rechtsnorm statuierten Unrechtsfolge (Sanktion) begriffen werden muß. Die *Reine Rechtslehre* formuliert daher die Rechtsnorm: Wenn jemand

ein bestimmtes Verhalten an den Tag legt, soll eine Sanktion gegen ihn (oder einen zu ihm in einer bestimmten Beziehung Stehenden) gerichtet werden. Die Rechtsnorm, die Töten verbietet, lautet: „Wenn jemand tötet, soll er mit dem Tode bestraft werden.“ Amselek behauptet (S. 120, Note 86): „Cette étrange schéma de l'illicite situé en dehors du domaine du droit méconnaît ce fait que l'illicite n'est rien d'autre que la non-conformité d'une conduite à la norme juridique qui lui est appliqué.“ Aber gerade als „non-conformité à la norme juridique“ steht das Unrecht außerhalb des Rechts. Amselek selbst betont auf S. 63: „La science juridique a pour objet 'le droit', et le droit, c'est un ensemble de normes, les 'normes juridiques'“; und „les normes juridiques, ce sont toujours des '*praescriptiones*'“, d. h. Vorschriften. Auch Verbots-Normen sind Vorschriften. Was sie vorschreiben, ist ein Unterlassen; in dem gegebenen Beispiel: das Unterlassen des Tötens. Aber es ist das Wesen des Rechts, daß es ein bestimmtes Verhalten eben dadurch *vorschreibt*, daß es an das gegenteilige Verhalten eine Sanktion knüpft. Wenn an ein bestimmtes Verhalten keine Sanktion geknüpft ist, wenn es nicht in der Rechtsordnung zur Bedingung einer Sanktion gemacht ist, kann es nicht als rechts-„widrig“, als „Un“recht, als Rechts„verletzung“, als „il“licite qualifiziert werden. Dabei ist zu beachten, daß diese Ausdrücke irreführend sind. Die so bezeichneten Tatbestände stehen nicht *gegen* das Recht, sondern *im* Recht, sie „verletzen“ nicht, sie beeinträchtigen nicht das Recht; denn es ist ja gerade auf sie, daß sich das Recht bezieht, auf die das — unverletzte, in keiner Weise beeinträchtigte — Recht angewendet wird. Alle diese Ausdrücke implizieren den Gedanken, daß mit dem so qualifizierten Tatbestand das Recht negiert wird. Das trifft auch auf die Amseleksche Formel der „non-conformité“ zu. Das vom Recht verbotene Töten negiert aber nicht das Recht; ganz im Gegenteil: es bringt das Recht zur Anwendung. Wenn man mit allen diesen Formeln zum Ausdruck bringen will, daß die bezeichneten Tatbestände das Gegenteil dessen darstellen, was das Recht herbeizuführen sucht, so ignoriert man das Wesentliche — und das ist gerade das, was eine Phänomenologie, eine *Wesenswissenschaft* vom Recht, nicht übersehen sollte: daß das Recht ein bestimmtes Verhalten eben dadurch herbeizuführen sucht, daß es sich *im Inhalt der Rechtsnormen* auf das gegenteilige Verhalten bezieht, daß dieses gegenteilige Verhalten von den Rechtsnormen bestimmt wird, und zwar als Bedingung einer Sanktion bestimmt wird. Wenn „Töten“ mit dem Recht „nicht konform“ ist, d. h. mit dem Recht nicht übereinstimmt, ist auch das Recht mit dem Töten „nicht konform“, stimmt das Recht mit dem Töten nicht überein. Das kann man aber nicht von einem Recht sagen, das das Töten zur Bedingung einer von dem Recht vorgeschriebenen Strafe macht, die gerade im Falle des Tötens zur Anwendung kommt.

Wenn man die Rechtsnorm, die Töten verbietet, formuliert — wie Amselek auf S. 131 — „tu ne dois pas tuer“, ist das Unrecht des Tötens ein *in* einer Rechtsnorm als gesollt vorgeschriebenes *Unterlassen* eines *in* dieser Rechtsnorm bestimmten Verhaltens, also nicht etwas, das mit dem Recht oder mit dem das Recht „nicht konform“ ist; was negiert wird, ist nicht das Recht, das Recht durch das Töten, sondern das Töten durch

das Recht; und das Recht „negiert“ das Töten gerade dadurch, daß es das Töten verbietet, indem es diesen Tatbestand zur Bedingung einer Strafe macht.

Ich behaupte, die Rechtswissenschaft beschreibe das Recht betreffend Töten hinreichend in dem Rechtssatz: „Wenn ein Mensch einen anderen tötet, soll er bestraft werden“, weil selbst wenn eine das Töten verbietende Norm von dem Gesetzgeber in dem Satz normiert wäre: „Menschen sollen Menschen nicht töten“, dies eine unselbständige Norm wäre, d. h. in einem Wesenszusammenhang mit der Norm stünde, die an das Töten eine Strafe knüpft, und sogar technisch überflüssig wäre. Denn wenn die Norm: „Menschen sollen Menschen nicht töten“ wegfiel, würde sich nichts an der Rechtslage ändern. Das Recht verbietet Töten eben dadurch, daß es an das Töten eine Strafe als gesollt knüpft. Amseleks Ablehnung meiner Annahme von „unselbständigen“ und technisch „überflüssigen“ Normen (S. 253) ist daher unbegründet. Im übrigen treten Normen, die formuliert sind: „Menschen sollen nicht töten, nicht stehlen, sollen ihre Schulden bezahlen“ usw., zumeist überhaupt nicht in dem Text von Rechtsgesetzen auf. Amseleks Behauptung (S. 253) „que la prétendue 'règle de droit' s'identifie purement et simplement à une certaine catégorie de normes juridiques“ ignoriert den spezifischen Charakter der sozialen Technik, die das Recht darstellt.

Amselek zitiert auf S. 253 in Note 65 zustimmend eine Behauptung Capitants (*Introduction à l'étude de l'illicite: L'Impératif juridique*, Paris 1928, S. 93): „la théorie de M. Kelsen aboutit à dire que seuls les agents publics peuvent commettre des actes illicites puisque seuls ils sont sujets de règles du droit.“ Aber diese Behauptung ist darum völlig verfehlt, weil nach meiner Theorie das Unrecht, der „acte illicite“, das Verhalten eines Menschen ist, das die Bedingung einer Sanktion ist, die von einem ganz anderen Menschen, dem Organ der Rechtsgemeinschaft, dem „agent public“, zu vollstrecken ist. Der Mensch, gegen den diese Sanktion sich richtet, ist nicht Subjekt, sondern Objekt der Rechtsnorm.

15. Ein bestimmtes menschliches Verhalten herbeizuführen, ist nicht nur der Zweck des Rechts, sondern auch anderer sozialer Ordnungen: der Moral, der Sitte, der Religion. Was das Recht gegenüber diesen anderen sozialen Ordnungen kennzeichnet, ist: daß das Recht — wie schon hervorgehoben wurde — ein bestimmtes menschliches Verhalten dadurch herbeizuführen sucht, daß es an das gegenteilige Verhalten einen Zwangsakt als Sanktion knüpft. Dadurch erweist sich das Recht, seinem Wesen nach, als eine spezifische soziale *Technik*. Gerade dies ist es, was Amselek der traditionellen positivistischen Rechtswissenschaft im allgemeinen und der *Reinen Rechtslehre* im besonderen vorwirft: daß sie das Recht als Technik begreifen. Obgleich er auf S. 376 f. es als einen „außerordentlichen Fortschritt“ („immense progrès“) anerkennt, daß der Rechtspositivismus („le positivisme juridique“) deutlich zwischen einer Theorie der Technik und dem Recht als Technik („théorie de la technique, bien distincte des activités techniciennes elles-mêmes“) und: „en dissociant deux activités qu'on avait toujours eu plus ou moins tendance à confondre:

l'activité technique et l'activité technologique") unterscheidet und dabei auf meine *Théorie Pure du Droit* (1953) verweist, wo ich zwischen den *Rechtsnormen* und den sie beschreibenden, von der Rechtswissenschaft formulierten *Rechtssätzen* unterscheidet, sagt er auf S. 411: "Jusqu'à ces dernières années, la théorie juridique . . . était axée uniquement sur des problèmes de technologie juridique: elle pensait, elle approchait, le droit en qualité d'Homo Faber [das ist die rechtserzeugende und rechtsanwendende Autorität] . . . il s'agissait essentiellement de 'comprendre' la technique juridique en vigueur, c'est-à-dire d'apercevoir l'usage exact auquel les jurisléateurs avaient destiné les instruments fabriqués . . ." Unter diesen "instruments" versteht Amselek die Rechtsnormen. Die auf das Recht als Technik gerichtete Betrachtung sei nicht *Rechtswissenschaft*. "La science du droit . . . n'a jamais correspondu à une discipline effective." Ihre Aufgabe sei: "connaître le droit pour le droit, c'est-à-dire en tant que phénomène et indépendamment de toute considération de Technique . . ." (S. 412).

Wenn, wie Husserl, Amseleks Vorbild, erklärt, Phänomenologie *Wesens-Wissenschaft* ist, muß das Hauptproblem einer Phänomenologie des Rechts die Frage nach dem Wesen des Rechts sein. Und die Antwort auf diese Frage kann nur sein, daß das Recht eine spezifische soziale Technik ist. Aber in vollem Widerspruch zu dem oben Zitierten kennzeichnet Amselek in vorangehenden Partien seines Werkes das Recht als Technik und erklärt, daß es als Technik Gegenstand der Wissenschaft ist. Er sagt auf S. 63: "Ce qu'on appelle 'le Droit' se présente . . . sous la forme d'*instruments* . . .", und Rechtsnormen seien "propositions qui sont utilisées comme instruments de mesure . . ."; und auf S. 268 sagt er in einem Kapitel, überschrieben mit: "Essai de 'Description Phénoménologique' du Juridique": "Si l'on considère que le droit, ce sont des normes, des instruments de jugement, il est manifeste qu'une réflexion sur la 'juridicité' se réduira, en définitive, à une réflexion sur la signification phénoménale de ces instruments, de ces normes, c'est-à-dire une *réflexion sur la signification qui est donnée aux instruments, aux outils de jugement que sont les normes juridiques, par ceux qui les créent et qui s'en servent.*" Das heißt doch, daß er das Recht als *Technik* begreift. Auf S. 357 sagt er: "la norme juridique se définissant comme un instrument syntactique de jugement ayant vocation technique . . ."; und auf S. 285: "le phénomène juridique . . . est une certaine technique de production et d'utilisation de certains instruments qualifiés de juridiques et ayant une certaine vocation spécifique"; und auf S. 281: "La description phénoménologique des normes juridiques comme des instruments objectifs de jugement ayant vocation technique à constituer des modèles obligatoires . . ."

Im Titre II, der überschrieben ist: "Phénoménologie de la Théorie du Droit" (S. 359 ff.) versucht Amselek zwei wesentlich verschiedene Einstellungen der Juristen zum Objekt „Recht“ zu unterscheiden. Die Einstellung der Wissenschaft ("une attitude de Science du Droit proprement dite"), d. h. die Einstellung dessen, der das Recht erkennen will, des „Homo Sapiens“, wie Amselek es ausdrückt; und die Einstellung des-

sen, der sich des Rechts als einer sozialen Technik bedient, des „Homo Faber“, „d'un artisan . . . en relation avec des outils qu'il cré, qu'il façonne“ (S. 364); das ist die Einstellung dessen, der das Recht erzeugt und anwendet. Amselek spricht in bezug auf diese zweite Einstellung von „expérience juridique artisanale“ im Gegensatz zu „expérience juridique scientifique“ (S. 364 f.). Dieser Unterscheidung schickt er die Feststellung voran: „Nous avons vu jusqu'à présent que le droit consistait en normes, en propositions normatives. Nous avons, notamment, insisté sur le sens instrumental de ces objets . . .“ (S. 364). Wenn das Recht als ein „Instrument“ erzeugt wird und sohin, seinem Wesen nach, eine soziale Technik ist, kann eine Wissenschaft, die das Wesen des Rechts erkennen will und deren Gegenstand — wie Amselek auf S. 63 betont — die Rechtsnormen, und das heißt Instrumente, Werkzeuge (outils), sind, dieses Recht nur als soziale Technik begreifen. Amselek sagt (S. 364 f.): „que l'expérience juridique artisanale, sous toutes ses formes, non seulement ne se confond pas avec l'expérience juridique scientifique, mais même constitue, en définitive, le matériau, le domaine d'investigation, en bref l'objet même de la Science du Droit, la matière de sa réflexion: une réflexion scientifique sur un instrument, sur une technique.“ Als „une réflexion scientifique sur une technique“ ist die Rechtswissenschaft die Theorie einer spezifischen sozialen Technik. Daß es eine solche Theorie gibt, anerkennt Amselek. Er unterscheidet (S. 367 f.) „des activités techniciennes“ und „des activités technologiques“. Die „activités techniciennes“ sind: „la fabrication des instruments juridiques, — oeuvre de juristes législateurs, ou mieux 'jurislatoeurs' [im Sinne von „créateur de normes juridiques“], et d'autre part, l'utilisation de la technique juridique créée, des normes juridiques élaborées, — oeuvre de juristes praticiens, et notamment de juristes 'jurisdiseurs'. Nous parlerons dans le premier cas de 'politique juridique', et 'd'art juridique' ou de 'pratique juridique' dans le second.“ Das heißt wohl: Die „activités techniciennes“ sind die Funktionen der rechtserzeugenden und rechtsanwendenden Organe. Die „activités technologiques“, sagt Amselek auf S. 369, „consistent en une 'théorie de la technique', c'est-à-dire, plus précisément en un effort pour rationaliser la politique juridique ou l'art juridique“. Amselek behauptet aber (S. 388 ff.), die Vertreter des Rechtspositivismus, und so auch ich, vermengen „l'activité technologique de rationalisation, de 'mise en ordre', avec l'activité scientifique de 'mise en ordre'“; und er zitiert die folgende Stelle meiner *Reinen Rechtslehre* (2. Aufl., S. 74 f.; französische Übersetzung 1962: S. 98 f.): „So wie das Chaos sinnlicher Wahrnehmungen erst durch die ordnende Erkenntnis der Wissenschaft zum Kosmos, d. h. zur Natur als einem einheitlichen System wird, so wird die Fülle der von den Rechtsorganen gesetzten generellen und individuellen Rechtsnormen, das ist das der Rechtswissenschaft gegebene Material, erst durch die Erkenntnis der Rechtswissenschaft zu einem einheitlichen, widerspruchsfreien System, zu einer Rechtsordnung.“ Diese Stelle ist nicht zu verstehen ohne die ihr vorangehenden Sätze, die Amselek nicht zitiert, wo ich sage, „daß im Sinne der Kantschen Erkenntnistheorie die Rechtswissenschaft als Er-

kenntnis des Rechts, so wie alle Erkenntnis, konstitutiven Charakter hat und daher ihren Gegenstand insofern ‚erzeugt‘, als sie ihn als ein sinnvolles Ganzes begreift“. Die Funktion der Rechtswissenschaft, die hier in Frage steht, hat, wie ich später ausdrücklich hervorhebe, „einen rein erkenntnistheoretischen Charakter“. Ich setze dabei voraus, daß die Erkenntnis der Rechtsnormen eine normative Wissenschaft, die Rechtswissenschaft ist. Es ist klar, daß ich die Funktion der Rechtswissenschaft nicht mit der Funktion der auf die natürliche Realität gerichteten Naturwissenschaft „vermenge“, sondern die eine mit der anderen vergleiche und dabei eine gewisse Analogie feststelle. Ich gehe dabei von der allgemein anerkannten Anschauung aus, daß die Ordnung nicht in dem Gegenstand der Erkenntnis gegeben ist, sondern, erst durch die Erkenntnis geschaffen, eine Funktion der Erkenntnis ist (vgl. Rudolf Eisler, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, Artikel „Ordnung“), ein Gedanke, den Kant in dem bekannten Satz ausgedrückt hat: „Wissenschaft“ ist „jede Lehre, wenn ein nach Prinzipien geordnetes Ganzes der Erkenntnis sein soll“ (*Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, Vorrede). Amselek behauptet, ich zeige keine Analogie auf, sondern mißbrauche eine „Zweideutigkeit der Sprache“ (équivoque du langage). Er behauptet, das „mise en ordre“, das die Funktion der Naturwissenschaft ist, habe eine andere Bedeutung als das „mise en ordre scientifique“ „concernant le phénomène juridique“ (S. 389). Dabei versteht er unter „scientifique“, da er nur seine Rechtssoziologie als „Wissenschaft“ gelten läßt, eben diese soziologische Wissenschaftlichkeit, die aber in der von ihm zitierten Stelle meiner *Reinen Rechtslehre* gar nicht in Betracht kommt. Da er das, was ich als „Rechtswissenschaft“ bezeichne, nicht als Wissenschaft gelten läßt, lehnt er meine in der von ihm zitierten Stelle behauptete Funktion der Rechtswissenschaft ab. Von dem, was ich als Rechtswissenschaft in dieser Stelle bezeichne, sagt er, deren als „mise en ordre“ bezeichnete Funktion sei nur eine „rationalisation opérée par la dogmatique sur la technique juridique constituée“ (S. 389 f.). Aber alle Wissenschaft ist, wie A. Drews sagt, „Rationalisierung des Gegebenen“, und Amselek selbst sagt (S. 369): „Des activités technologiques . . . consistent en une ‘théorie de la technique’, c’est-à-dire, plus précisément, en un effort pour rationaliser la politique juridique“ und spricht von einer „activité théorique de rationalisation de ces techniques“. Wenn die nur auf die Rechtsnormen gerichtete Erkenntnis eine „Rationalisierung“ des ihr Gegebenen, das ist der Rechtsnormen in ihrem gegenseitigen Verhältnis, ist, erweist sie sich gerade dadurch als „Wissenschaft“. Amseleks Behauptung (S. 390): „Cette ‘mise en ordre’ scientifique n’a rien de commun, en dehors de l’analogie purement verbale, avec la ‘mise en ordre’ technologique qui consiste à envisager les normes juridiques dans leur perspective instrumentale . . .“ steht somit im Widerspruch zu einem Zugeständnis, daß die juristische Dogmatik eine Rationalisierung des ihr gegebenen Materials leistet.

Was ich selbst heute an der von Amselek zitierten Stelle auszusetzen habe, ist die Behauptung, daß durch die Rechtswissenschaft das ihr gegebene Material zu einem „widerspruchslosen“ System wird. Denn

das kann dahin gedeutet werden, daß die Rechtswissenschaft Konflikte innerhalb des ihr gegebenen Materials, innerhalb der Rechtsnormen, lösen kann. Hierauf werde ich später noch zurückkommen.

Da Amselek die Legitimität einer „Theorie“ des Rechts als einer sozialen Technik nicht leugnet, aber diese Theorie nicht als „Wissenschaft“ gelten lassen will, könnte man geneigt sein, seine Polemik gegen die traditionelle Rechtswissenschaft im allgemeinen und die *Reine Rechtslehre* im besonderen, weil nur eine terminologische Frage betreffend, als nicht sehr wichtig zu nehmen. Das geht aber mit Rücksicht darauf nicht an, was Amselek unter Rechts-„Wissenschaft“ versteht.

Er behauptet zwar, der Gegenstand der Rechtswissenschaft seien Rechtsnormen, woraus folgen würde: da Rechtsnormen nur der Sinn von Akten, nicht die Akte sind, diese Akte für die Rechtswissenschaft nur in Betracht kommen, sofern sie, durch Rechtsnormen bestimmt, Inhalt von Rechtsnormen sind. Dann können diese Akte als solche, d. h. als in Raum und Zeit existente, zur natürlichen Wirklichkeit gehörige, kausal bestimmte Fakten, nicht Gegenstand einer Rechtswissenschaft sein. Amselek sagt zwar auf S. 365: „les outils [das sind die Rechtsnormen] . . . ne sont pas des objets naturels“; aber auf S. 421 f. behauptet er, die Rechtswissenschaft, deren Gegenstand die Rechtsnormen sind, sei auf die „Wirklichkeit“ gerichtet. „Le savant va donc observer la réalité, étudier les manifestations des phénomènes juridiques qui s’y déroulent historiquement . . .“ Er spricht von einer „réalité historique“ als dem Gegenstand der Rechtswissenschaft und kennzeichnet die Erkenntnis dieser Realität als „connaissance empirique“, wobei er zustimmend Lévy-Bruhl zitiert, der von dem Juristen sagt: „Sa tâche consiste à observer les phénomènes juridiques partout où ils se trouvent dans le temps comme dans l’espace.“ Im folgenden (S. 422 f.) erklärt Amselek: „La science du Droit se trouve donc être une science humaine, ayant pour objet un certain fait humain“ und bekennt: „en face de moi, les phénomènes naturels et les phénomènes humains ont la même réalité objective, la même historicité . . . Il n’y a pas un monde de la Nature et un monde des Hommes, comme paraît le suggérer . . . Kelsen.“ (Die letztere Behauptung trifft nicht zu. Ich unterscheide nicht die Welt der Natur und die Welt der Menschen, sondern Natur und Gesellschaft, wobei ich betone, daß der Mensch sowohl als Glied der Gesellschaft, d. h. als in seinem Verhalten durch eine normative Ordnung bestimmt, als auch als Glied der Natur, d. h. in seinem Verhalten durch kausale Naturgesetze bestimmt, angesehen werden kann.)

Daß die Rechtswissenschaft, die die Rechtsnormen zum Gegenstand hat, auf die „Realität“ gerichtet ist, die zugleich „natürlich“ und „historisch“ ist, versucht Amselek damit zu rechtfertigen, daß die Rechtsnormen nur verstanden werden können „à travers l’expérience humaine dont ils tirent, en réalité, leur sens même, à laquelle ils doivent leur existence même d’outils“ (S. 365). Aber später (S. 421) betont Amselek, daß die Rechtsnormen vom Standpunkt der Wissenschaft gar keine Werkzeuge seien: „Dans l’attitude transcendantale de Science les normes juridiques n’apparaissent pas comme des outils pour . . . mais comme des

phénomènes, dont il faut rendre compte de l'apparation." Was er mit dieser Phrase meint, ist: daß Gegenstand der Rechtswissenschaft nicht die Rechtsnormen sind, sondern die Menschen, die die Rechtsnormen erzeugen; "une certaine aventure humaine . . . que les hommes font des normes juridiques, elle est l'homme lui-même faisant ces normes juridiques. Ce n'est qu'à travers l'homme, à travers l'expérience artisanale humaine, que l'on peut saisir l'être historique de l'outil" (S. 422). Die Rechtswissenschaft habe die Frage zu beantworten: "Pourquoi des hommes fabriquent-ils telle réglementation juridique, pourquoi s'en servent-ils ainsi" (S. 421). "Connaître une norme, ce n'est pas simplement avoir à l'esprit la proposition normative [das ist die Rechtsnorm] . . . connaître, c'est s'interroger sur ce phénomène qu'est cette proposition de contenu A, sur son existence historique de phénomène juridique, c'est se demander comment ce quelque chose qui paraît, cette apparition, est apparue, quelle en est la 'cause', la raison" (S. 366). Das läuft darauf hinaus, daß Gegenstand der Rechts-, „Wissenschaft“ nicht — wie ursprünglich behauptet — die Rechtsnormen, sondern die Akte sind, deren Sinn die Rechtsnormen sind. Die Konsequenz dieser Verschiebung des Gegenstandes der Rechtswissenschaft ist, daß diese schließlich als Psychologie und Soziologie gekennzeichnet wird. "La Science du Droit est, elle aussi, psychologique et sociologique. — Sociologique, tout d'abord" (S. 427 f.). Das bedeutet aber, daß an Stelle einer Wissenschaft von Recht eine Wissenschaft oder Wissenschaften gesetzt werden, deren Gegenstand etwas ganz anderes ist als das Recht, nämlich *nicht* Rechtsnormen, sondern in Raum und Zeit, d. h. in der natürlichen Realität existente Phänomene. Daß diese Wissenschaften als „Psychologie des Rechts“ und „Soziologie des Rechts“ — so wie die Rechtsgeschichte — ihre Berechtigung haben und als wertvolle Ergänzungen einer Rechtswissenschaft im engeren und eigentlichen Sinne des Wortes betrachtet werden können, habe ich niemals bestritten.

Da Amselek als Gegenstand der als Psychologie und Soziologie verstandenen Rechtswissenschaft nicht die Rechtsnormen, sondern die Akte betrachtet, deren Sinn diese Normen sind, muß er zu der paradoxen Ansicht gelangen, daß es nicht die Funktion der Rechtswissenschaft sei, die Rechtsnormen zu *beschreiben*. Er sagt (S. 366): "il faut se garder de confondre la 'description' des normes juridiques avec l'activité de connaissance proprement dite, comme on le fait souvent." Amselek versteigt sich zu der Behauptung (S. 367): "Quand je décris un objet, je ne suis pas un savant", als ob es nicht eine wesentliche Funktion jeder Wissenschaft wäre, ihren Gegenstand zu beschreiben. Es gibt sogar Autoren, die der Wissenschaft überhaupt keine andere Funktion zuerkennen als die einer vollkommenen Beschreibung ihres Gegenstandes (z. B. Mach und Ostwald). Wenn es — was man doch ernstlich nicht leugnen kann — die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist, den Begriff des Rechts zu definieren, dann kann man auch nicht leugnen, daß es ihre Aufgabe ist, das Recht zu beschreiben; denn eine Definition ist ja eine Beschreibung. Amselek leugnet allerdings, daß eine Definition des Begriffes des Rechts möglich ist. Er sagt auf S. 243 ff. von dem Versuch, "à spécifier la juri-

dicité en considérant l'ensemble des propositions dites 'juridiques' pour en extraire des caractères généraux communs qui formeraient leur substance juridique" — und das ist doch der Versuch, den Begriff des Rechts, zu bestimmen — "toutes les tentatives effectuées en vue de restituer le juridique à partir d'une généralisation de la matière juridique, à partir d'une généralisation du contenu, formel ou matériel, des normes juridiques, s'avèrent-elles inefficaces" (S. 245). Aber Amselek glaubt doch, sein Werk nicht abschließen zu können, ohne auf der letzten Seite (450) so etwas wie eine Definition des Rechtsbegriffes zu geben, wenn er sagt: „le droit est un ensemble d'instruments objectifs de jugement, en l'occurrence un ensemble de propositions syntactiques, dont la fonction normative spécifique est de constituer des modèles obligatoires"; was freilich eine höchst unzulängliche Definition ist. Amselek gibt zu (S. 367), eine Beschreibung des Rechts gehe der Rechtswissenschaft voraus. Er sagt mit Berufung auf Eisenmann: "La 'description' du droit 'positif' . . . 'c'est une oeuvre de constatation comparable en son essence aux opérations premières dont procèdent les sciences de la nature', mais précisément elle est donc préalable à la Science du Droit proprement dite: elle n'est pas elle-même oeuvre de connaissance." Von wem anderen als von sich selbst kann eine Wissenschaft — Natur- oder Rechtswissenschaft — erwarten, daß sie ihren Gegenstand beschreibt? Wenn die Beschreibungen des Gegenstandes, "opérations premières", die ersten Operationen sind, von denen die Naturwissenschaften ausgehen, wenn, wie Amselek zugibt, ganz allgemein eine Beschreibung ihres Gegenstandes der Ausgangspunkt der Erkenntnis ist, ist diese Beschreibung ihres Gegenstandes doch eine Operation der Wissenschaft selbst. Und das gibt Amselek ja zu, wenn er schon vorher (S. 366) sagt: "L'observation et la description de ce qui est, de la manière d'être, de paraître du réel, ne sont que le point de départ . . . de la recherche scientifique." Eine besondere Wissenschaft muß doch wohl angeben, von welchem besonderen Gegenstand sie handelt. Wie sie das tun kann, ohne diesen besonderen Gegenstand zu beschreiben, ist schlechthin unerfindlich. Amselek verweist (S. 367) darauf, daß eine Beschreibung des Gegenstandes nicht nur der Ausgangspunkt einer wissenschaftlichen Erkenntnis, sondern auch anderer Tätigkeiten sein kann: "si une description peut être le point de départ d'une activité de connaissance, elle peut également être le point de départ d'autres activités." Das trifft zu, ist aber kein Argument gegen die Annahme, daß die Beschreibung ihres Gegenstandes als „Ausgangspunkt einer Wissenschaft“ eine Funktion eben dieser Wissenschaft ist.

16. Wenn ein bestimmtes Verhalten ein Unrecht, das heißt — wie man sagt — rechtswidrig ist, nur wenn es in der Rechtsordnung zur Bedingung einer Sanktion, das ist eines Zwangsaktes als Reaktion gegen dieses Verhalten, gemacht ist, dann kann das rechtsanwendende Organ, insbesondere das Gericht, auf jeden ihm vorliegenden Fall die Rechtsordnung anwenden, d. h. entscheiden, ob das in Frage stehende Verhalten ein Unrecht ist oder nicht. Wenn die Rechtsordnung daher immer anwendbar ist, kann es keine sogenannten „Lücken“ im Recht in dem Sinne geben, daß die Rechtsordnung auf gewisse Fälle nicht anwendbar ist. Wie viele Autoren

lehnt auch Amselek (S. 192 ff.) die von mir vertretene These ab, daß es Lücken im Recht — in dem bezeichneten Sinne — nicht geben könne. Sein Hauptargument ist: “de ce qu’une règle de droit ne vient pas interdire telle chose de cette absence de règle prohibitive, on ne saurait tirer l’existence d’une règle permissive.” Aber ich behaupte gar nicht, daß daraus, daß keine Rechtsnorm gilt, die ein bestimmtes Verhalten verbietet, folgt, daß *eine Rechtsnorm gilt*, die dieses Verhalten *erlaubt*. Ich behaupte, daß, wenn *keine* Rechtsnorm gilt, die ein Verhalten dadurch verbietet, daß sie es zur Bedingung eines Zwangsaktes als einer Sanktion macht, das Verhalten nicht rechtswidrig ist, und daß, wenn dieses Verhalten Gegenstand eines Verfahrens ist, in dem seine Rechtswidrigkeit von einer Partei oder dem öffentlichen Ankläger als rechtswidrig behauptet wird, die Rechtsordnung auf diesen Fall ebenso anwendbar ist, der Fall ebenso entschieden werden kann, wie wenn das Verhalten in einer Rechtsnorm zur Bedingung eines Zwangsaktes als Sanktion gemacht, das Verhalten also rechtswidrig ist. Was den Begriff des *Erlaubens* betrifft, so unterscheide ich (*Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 16) *zwei Arten* des Erlaubens: eine negative und eine positive Funktion des Erlaubens.

Die *negative* Funktion des Erlaubens eines bestimmten Verhaltens besteht darin, daß *keine* Rechtsnorm gilt, die dieses Verhalten verbietet, d. h. ein Individuum zur Unterlassung dieses Verhaltens verpflichtet. In diesem negativen Sinne des Wortes ist dieses Verhalten „erlaubt“. Die *positive* Funktion des Erlaubens besteht darin, daß eine Rechtsnorm gilt, durch die die Geltung einer ein bestimmtes Verhalten verbietenden, die Pflicht zur Unterlassung dieses Verhaltens statuierender Rechtsnorm eingeschränkt und dadurch das von dem Verbot ausgenommene Verhalten *erlaubt* wird. Die Annahme, daß das Recht Lücken in dem Sinne hat, daß es Fälle gibt, in denen die geltende Rechtsordnung nicht angewendet werden kann, weil sich keine Rechtsnorm auf den betreffenden Fall bezieht, ist irrig, sage ich auf S. 251 (*Reine Rechtslehre*, 2. Aufl.), „denn sie beruht auf der Ignorierung der Tatsache, daß, wenn die Rechtsordnung keine Pflicht eines Individuums zu einem bestimmten Verhalten statuiert, sie dieses Verhalten [negativ] erlaubt. Die Anwendung der geltenden Rechtsordnung ist in dem Fall, in dem die traditionelle Theorie eine Lücke annimmt, nicht logisch unmöglich. Zwar ist in diesem Falle *die Anwendung einer einzelnen Rechtsnorm nicht möglich* [von mir hier hervorgehoben], aber die Anwendung der Rechtsordnung, und auch das ist Rechtsanwendung, ist möglich.“ Wenn ich auf S. 16 sage: „Nur innerhalb einer normativen Ordnung, die bestimmtes menschliches Verhalten gebietet, kann ein bestimmtes menschliches Verhalten erlaubt sein“, so meine ich — wie aus dem Vorhergehenden ersichtlich ist — im *negativen* oder *positiven* Sinne „erlaubt“ sein. Es trifft daher nicht zu, wenn Amselek als meine Meinung behauptet (S. 195): “le permettre n’a de sens, ne se conçoit que comme une dérogation à un devoir.” Denn ein „Erlauben“ im negativen Sinne kann vorliegen, wenn keine derogierende Norm gilt. Wenn ich (*Théorie Pure du Droit*, 1962, p. 22) behaupte: “la fonction de la permission, *sa fonction négative* comme *sa fonction positive*, sont donc essentiellement liées à la

fonction d'ordonner", so bedeutet das, wie aus dem folgenden Satze hervorgeht: "ce n'est qu'à l'intérieur d'un ordre normatif qui prescrit de certaines conduites humaines, qu'une certaine conduite humaine peut être permise." Die Frage, ob es Lücken im Recht gibt, ist die Frage, ob es Fälle gibt, in denen das *Recht als normative Ordnung* nicht anwendbar ist, nicht, ob eine bestimmte Rechtsnorm anwendbar ist. Der Richter, der eine Klage abweist oder einen Angeklagten freispricht, weil, seiner Meinung nach, keine Verletzung einer positiven Rechtsnorm vorliegt, wendet das Recht an, denn jede richterliche Entscheidung ist Rechtsanwendung, wenn auch nicht immer Anwendung einer bestimmten Rechtsnorm. Das „Erlauben“ eines bestimmten Verhaltens im negativen Sinne des Wortes „erlauben“ ist keineswegs wesentlich mit einer bestimmten Norm verbunden, die ein Verhalten gebietet. Amselek wirft mir Selbst-Widerspruch vor, indem er fragt: "comment, alors, dans le cas de la 'permission négative', c'est-à-dire dans le cas où il n'y a pas de réglementation tant impérative que permissive, peut-on admettre qu'il y ait précisément 'permission'?" Die Antwort ist ganz einfach: Weil, wie ich festgestellt habe, ein bestimmtes Verhalten im *negativen* Sinne des Wortes „erlaubt“ ist, wenn keine Norm gilt, die dieses Verhalten verbietet, und die "réglementation", derzufolge dieses Verhalten (im negativen Sinne) „erlaubt“ ist, gerade darin besteht, daß die Rechtsordnung keine Norm enthält, die dieses Verhalten verbietet. Ich unterscheide in meiner *Reinen Rechtslehre* (2. Aufl., S. 15 f.) ausdrücklich zwischen „positiver und negativer Regelung“ und sage auf S. 16: „In einer negativen Weise ist menschliches Verhalten durch eine normative Ordnung geregelt, wenn dieses Verhalten durch die Ordnung nicht verboten ist, ohne durch eine den Geltungsbereich einer verbietenden Norm einschränkende Norm positiv erlaubt zu sein.“ Amselek mag den Begriff einer negativen Regelung ablehnen, aber er kann nicht behaupten, daß ich mir widerspreche.

17. Auf S. 16 meiner *Reinen Rechtslehre* (2. Aufl.) sage ich: Wenn im Verhältnis zwischen *A* und *B* dem *A* geboten ist, zu dulden, daß sich *B* in bestimmter Weise verhalte, sagt man, daß dem *B* erlaubt (das heißt, daß er berechtigt) sei, sich in dieser Weise zu verhalten.“ (Wohei „berechtigt sein“, ein „Recht“ auf etwas haben, in einem weiteren Sinn des Wortes zu verstehen und vom Begriff des subjektiven Rechts im technischen Sinne zu unterscheiden ist, das mit der Kompetenz verbunden ist, ein Gerichtsverfahren zur Durchsetzung der korrespondierenden Pflicht herbeizuführen.) Gegen die von mir behauptete Beziehung zwischen Pflicht und Recht (im weiteren Sinn) bemerkt Amselek auf S. 202, Note 210: "il se peut, en effet, que *B* n'ait pas un 'droit', mais une 'obligation'." Gewiß, aber nur dann, wenn nicht nur dem *A* geboten ist, zu dulden, daß sich *B* in bestimmter Weise verhalte, sondern wenn auch dem *B* geboten ist, sich in dieser Weise zu verhalten. In meinem von Amselek zitierten Satze setze ich aber dies nicht voraus, und Amselek hat keinen Grund, anzunehmen, daß ich dies voraussetze.

Von großer Bedeutung ist, daß Amselek die wesentliche Korrelation leugnet, die zwischen dem Gebiet der Norm und der Pflicht eines Sub-

jektes besteht, daß er "la vision 'relationelle' du droit" ablehnt. Er sagt (S. 200): "En vérité, l'obligation statuée par une norme a le caractère le plus général: loin de se réduire au 'devoir à', comme voudrait le faire croire la vision 'relationelle' du droit, elle correspond en vérité à l'idée vague que quelque chose doit nécessairement se produire par rapport au modèle de référence; elle correspond, en d'autres termes, à l'idée pure et simple de la 'nécessité' en tant que celle-ci est l'élément d'un modèle . . . lorsqu'une norme juridique, par exemple, statue un horaire (tel train *doit* arriver à telle heure) . . . ou telle usine *doit* posséder telle installation de protection contre l'incendie . . . il n'est pas du tout sûr qu'il y ait, du fait même de ces normes, une obligation 'à la charge de': il semblerait plutôt qu'il y ait obligation tout court, nécessité." Darin drückt sich die paradoxe Idee aus, daß die bezeichneten Normen nicht an den Menschen gerichtet sind, der die Eisenbahn in Bewegung zu setzen hat und ohne dessen Tätigkeit die Eisenbahn nicht in Bewegung kommen kann; und nicht an den Menschen, der die Sicherheitsvorkehrung anzubringen hat und ohne dessen Tätigkeit die Sicherheitsvorkehrungen nicht angebracht werden können. Eine "obligation tout court", das ist eine Verpflichtung ohne ein verpflichtetes Subjekt, ohne ein Individuum, das zu dem den Inhalt der Pflicht bildenden Verhalten verpflichtet ist, ist ein Ungedanke. Amselek meint: "Ce sont normalement d'autres normes . . . qui viendront déterminer que si le train n'arrive à l'heure, ou . . . si l'usine ne possède pas les installations nécessaires, tels ou tels individus auront telle ou telle obligation." Das können nur Normen sein, die die Obligationen konstituierende Sanktionen statuieren und sohin mit den ersterwähnten — wenn beide in verschiedenen Sätzen formuliert sind — rechtlich eine untrennbare Einheit bilden. Amselek sagt auf S. 201: "Cela ferait, en tout cas, apparaître qu'à toute obligation ne correspond pas *ipso facto* un droit, puisqu'une obligation pourrait, en tant que telle, n'être pas à la charge de, et ne pas s'inscrire par conséquent dans le cadre de relation d'homme à homme." Eine "obligation", die nicht zu Lasten eines Menschen, die nicht eine Beziehung von Mensch zu Mensch ist, ist ein Widerspruch in sich selbst. Denn eine Pflicht kann nur die Pflicht zu einem bestimmten menschlichen Verhalten sein, und da es sich um eine Rechtspflicht, d. h. eine soziale Pflicht handelt, muß das Verhältnis ein Verhalten in Beziehung auf andere Menschen sein. Amselek sagt auf S. 201: "Il y a des droits 'réels', à côté des droits personnels: c'est-à-dire des droits impliquant la relation d'un sujet, non pas avec un autre sujet, mais avec un objet . . . Dira-t-on que l'objet a aussi une 'obligation', est un 'obligé'?" Man wird gewiß nicht sagen, daß die Sache, in bezug auf die jemand ein Recht, z. B. ein Eigentumsrecht hat, eine Pflicht hat. Aber man wird sagen, daß, wenn ein Mensch ein Recht an einer Sache, z. B. Eigentumsrecht hat, daß alle anderen Menschen rechtlich verpflichtet sind, den Berechtigten in seiner Verfügung über die Sache nicht zu hindern oder sonstwie zu heinträchtigen. Auch das Recht an einer Sache ist ein Recht gegenüber Menschen. (Vgl. *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 135.)

Amseleks Theorie läuft im wesentlichen auf die Verwischung des Unterschiedes zwischen Norm und Naturgesetz hinaus. Die Vorstellung

von "obligations" ohne obligierte Menschen ist ausgesprochen religiösen Ursprungs. In der Norm drückt sich — dieser Anschauung nach — ebenso wie im Naturgesetz eine „Notwendigkeit“ aus; und die eine unterscheidet sich nicht wesentlich von der anderen Notwendigkeit, denn beide sind durch den Willen Gottes konstituierte Notwendigkeiten. Der Wille Gottes, der die Welt durch sein Gebot, also eine von ihm gesetzte Norm, schafft, ist keineswegs nur an Menschen, ja überhaupt *an* nichts gerichtet, da das, auf was sie gerichtet sein könnte, noch gar nicht existiert, sondern durch sie: die von Gott gesetzte Norm, erst geschaffen wird. Da sie durch ein Gebot Gottes geschaffen sind, ist es ihre „Pflicht“, zu sein; und dieser „Pflicht“ entspricht niemandes Recht.

18. Eines der Grundprobleme der traditionellen Jurisprudenz ist der Begriff der Person und die Unterscheidung zwischen physischer und juristischer Person. Von der zutreffenden Voraussetzung ausgehend, daß der Gegenstand der Rechtswissenschaft Rechtsnormen sind, kommt Amselek zu dem Ergebnis (S. 97): "La personnalité juridique . . . consiste à se voir appliquer un certain statut, un certain ensemble de normes juridiques." Er zitiert meinen Satz: "La 'personne' ne désigne qu'un faisceau d'obligations, de responsabilités et de droits subjectifs, donc un ensemble de normes" (*Théorie Pure du Droit*, 1953, S. 104). Das heißt, daß die Reine Rechtslehre, daran festhaltend, daß Gegenstand der Rechtswissenschaft Rechtsnormen sind, zeigt, daß was man als „Person“ bezeichnet, die Personifikation von Rechtsnormen ist: die sogenannte physische Person die Personifikation der das Verhalten eines bestimmten Individuums regelnden Normen der totalen Rechtsordnung, die sogenannte juristische Person die Personifikation der Normen einer Teilrechtsordnung, nämlich des Statuts einer Korporation.

Amselek behauptet (S. 90 f.) mit Bezug auf den Begriff der juristischen Person: Für die Rechtswissenschaft gebe es das Problem nicht, ob die juristische Person eine Realität oder eine Fiktion sei: "Du strict point de vue de la science du droit, le problème de la 'réalité' ou de la 'fiction' des personnes morales est donc un problème absurde, qui n'a pas de sens . . . La fiction n'apparaît que pour ceux qui posent notamment comme 'condition' à la personnalité juridique l'autonomie de la volonté: car il est difficile, bien sûr, en dépit de tous les efforts laborieux de certains auteurs, de concevoir qu'un groupe ait une 'volonté' ou une 'conscience' à la manière dont un individu a lui-même une volonté ou une conscience, il est difficile de transposer à l'objet-groupe humain ces phénomènes qui se rencontrent dans l'objet-individu humain et lui appartiennent spécifiquement." Hier widerspricht Amselek sich selbst. Denn er bekämpft im Rahmen einer phänomenologischen Rechtswissenschaft die in der traditionellen Rechtswissenschaft vertretene Theorie, daß Willensfreiheit eine Bedingung der Rechtspersönlichkeit sei und daher die juristische Person Wille und Bewußtsein habe, als Fiktion. Es ist also doch wohl auch für diese phänomenologische Rechtswissenschaft ein Problem, ob die juristische Person Willen und Bewußtsein hat und daher eine „Realität“, keine Fiktion ist. Wäre dies für die phänomenologische Rechtswissenschaft kein Problem, wenn auch nur in dem Sinne, daß sie

die Sinnlosigkeit dieser Frage behauptet, könnte sie sich mit ihm — auch in einer Kritik der traditionellen Jurisprudenz — nicht befassen. Daß sich aber die von Amserek vertretene phänomenologische Rechtswissenschaft zu einer Kritik bestimmter, von anderen vertretenen Rechtstheorien für zuständig hält, geht aus dem Werk Amsereks unzweideutig hervor.

Amserek bringt (S. 93) gegen die Theorie, die juristische Person sei eine Fiktion, vor, ihr Argument sei: „que les règles constituant le statut du prétendu group ne sont jamais que des règles qu'ont pour objet le comportement d'individus . . . Ce raisonnement ne saurait être retenu: il est essentiel de voir que les normes qui règlent . . . le statut du gérant, s'appliquent à un individu *visé non pas en tant que tel, mais en tant que membre d'un groupe.*“ Aber die Autoren, die darin eine Fiktion sehen, daß man die Gruppe als handelnde Person und als Subjekt von Pflichten und Rechten darstellt, wo doch nur einzelne Individuen handeln, Pflichten erfüllen und Rechte ausüben, erklären ausdrücklich, so wie die Reine Rechtslehre es tut (vgl. *Reine Rechtslehre*, S. 180 ff.), daß diese Individuen nur als Mitglieder bzw. Organe der Gruppe handeln, Pflichten erfüllen und Rechte ausüben oder setzen dies als selbstverständlich voraus. Wenn — wie Amserek selbst behauptet — die Gruppe nichts anderes ist als eine Beziehung zwischen Individuen („un certain nombre de relations entre des phénomènes individuels qui le constituent“ [S. 93]) und „relations“ offenbar nicht handeln und nicht Subjekte von Pflichten und Rechten sein können, ist die Fiktionstheorie wohl kaum zu vermeiden. Im übrigen stimmt Amserek (S. 94) meiner Ansicht, die Darstellung der juristischen Person als Realität sei die Hypostasierung eines Begriffs, dessen Funktion ist, die Beschreibung des Rechts zu erleichtern, rückhaltlos zu.

19. Amserek lehnt die von mir vertretene Anschauung ab, die Rechtsordnung sei ein Stufenbau über- und untergeordneter Normen. Er sagt (S. 115) in bezug auf die Struktur der Rechtsordnung: „elle ne correspond pas, en effet, à proprement parler, à une 'hiérarchie des normes', à la subordination de normes juridiques inférieurs à des normes juridiques supérieures, mais à la subordination d'actes normatifs à des normes juridiques.“ Amserek beruft sich dabei auf Virally, *La pensée juridique* (1960), der auf S. 173 bemerkt: „On ne saurait faire abstraction, dans le schéma qu'on veut dessiner, des actes juridiques eux mêmes qui, à chaque échelon, s'interpose entre la norme qu'ils créent et la norme dont ils sont l'application. Il est important de voir que la hiérarchie réelle ne s'établit pas immédiatement de norme à norme, mais, au contraire, par la médiation d'actes. Cela met en évidence le véritable principe de la hiérarchie: la norme supérieure est celle qui confère le pouvoir en vertu duquel l'acte générateur de la norme inférieure est posé.“ Genau so stelle ich den Stufenbau der Rechtsordnung dar, da ich dabei keineswegs von den *Akten* absehe, durch die die Normen erzeugt und angewendet werden, sondern, im Gegenteil, ausdrücklich mich auf sie beziehe. Auf S. 228 meiner *Reinen Rechtslehre* (2. Aufl.) führe ich in Kapitel 35 unter dem Titel *Der Stufenbau der Rechtsordnung* aus: „Die Beziehung zwischen der die *Erzeugung* einer anderen Norm regeln-

den und der bestimmungsmäßig *erzeugten* Norm kann in dem räumlichen Bild der Über- und Unterordnung dargestellt werden. Die die *Erzeugung* regelnde ist die höhere, die bestimmungsmäßig *erzeugte* ist die niedere Norm.“ Daß man das Verhältnis zwischen Normen, von denen die eine nach der Bestimmung einer anderen *erzeugt* wird, die selbst wieder nach der Bestimmung einer anderen Norm *erzeugt* wird, in dem „räumlichen Bild“ einer Über- und Unterordnung darstellen kann, bezeugt Virally selbst, da er ja in dem von Amselek zitierten Satz von einer „norme supérieure“ und einer „norme inférieure“ spricht. Amseleks Behauptung (S. 117): „L'idée de 'hiérarchie', de 'structure hiérarchique de l'ordre juridique', se réduit donc, en dernière analyse, à ce simple schéma tout formel de la position de soumissions (ou plutôt de 'subsumption') des autorités normatrices, par rapport aux normes juridiques dont elles sont justiciables. Elle ne nous indique rien de plus“ trifft nicht zu. Wenn man von einem Gesetz aussagt, daß es der Verfassung, oder von einer richterlichen Entscheidung, daß sie dem Gesetz „entspricht“, sagt man etwas über das Verhältnis dieser Normen zueinander und nicht nur ans, daß die diese Normen setzenden Autoritäten Normen unterworfen sind. Den Rechtsnormen, d. h. dem Recht, sind alle Subjekte in ihrem Verhalten, richtiger: ist das Verhalten aller Subjekte unterworfen. Worauf es bei dem Stufenbau der Rechtsordnung ankommt, ist das Verhalten, das in der Setzung der Normen besteht. Zwischen der Unterwerfung des Gesetzgebers unter die Verfassung und des Richters unter das Gesetz in ihren normsetzenden Funktionen und der Unterwerfung der Subjekte unter das Gesetz, das ihnen verbietet, zu stehlen, oder ihnen gebietet, ihre Schulden zu zahlen, besteht ein wesentlicher Unterschied: Denn die Unterwerfung des Gesetzgebers unter die Verfassung und des Richters unter das Gesetz impliziert eine Ermächtigung, die Verleihung einer Rechtsmacht, d. h. der Kompetenz, Normen zu setzen. Gewiß, man kann von dem Gesetzgeber ebenso sagen, daß er der Verfassung, von dem Richter, daß er dem Gesetz „entspricht“, wie von einem Subjekt, das Diebstahl unterläßt oder seine Schulden bezahlt, daß es dem Recht „entspricht“. Aber das „Entsprechen“ hat in diesen Fällen eine andere Bedeutung als in jenen.

In seiner Kritik der Stufenbautheorie macht mir Amselek (S. 116) den Vorwurf, ich vermenge in meiner Darstellung die Norm mit dem Akt, durch den sie erzeugt wird, dessen Sinn sie ist. Kein Vorwurf kann mich weniger treffen als dieser, da kaum ein anderer Autor mit solchem Nachdruck wie ich zwischen dem Akt und der Norm als Sinn des Aktes unterschieden hat. Ich verweise auf meine *Reine Rechtslehre* (2. Aufl.), I, §§ 2 und 3, und — da Amselek meine *Théorie Pure du Droit* (Neuchâtel 1953) zitiert, auf S. 19 dieser Schrift. Was ich sage, ist: Wenn der Richter in seiner Entscheidung einem Gesetz entspricht, dem er untergeordnet ist und das ihn ermächtigt, nur unter ganz bestimmten Bedingungen eine bestimmte Entscheidung zu treffen, so kann auch die Norm, die durch den Akt des Richters gesetzt wird, als der Norm untergeordnet angesehen werden, die durch den Akt des Gesetzgebers gesetzt wurde. Wenn der Gesetzgeber statuiert: „Mörder sollen mit Tod durch Erhängen

bestraft werden“, und der Richter entscheidet: „Der Mörder Schulze soll gehängt werden“, so ist die individuelle Norm der richterlichen Entscheidung der generellen Norm des Gesetzgebers ebenso untergeordnet wie der Richter dem Gesetzgeber oder der Akt des Richters dem Akt des Gesetzgebers. Und dasselbe trifft auf das Verhältnis zu, das zwischen dem Akt des Gesetzgebers und dem Akt des Verfassungsgebers, zwischen der Gesetzesnorm und der Verfassungsnorm, d. h. zwischen Gesetz und Verfassung, besteht; wobei zu beachten ist, daß die in Frage stehenden *Akte* für die Rechtserkenntnis, deren Gegenstand *Normen* sind, — wie schon heutzutage — nur insofern in Betracht kommen, als sie Inhalt von Rechtsnormen, durch Rechtsnormen bestimmt sind.

X 20. In einer der Grundfragen der Rechtswissenschaft: der Positivität des Rechts, ist die Haltung Amseleks höchst unklar, wenn nicht widerspruchsvoll. Einerseits scheint er das Prinzip des Rechtspositivismus überhaupt abzulehnen. Auf S. 321 spricht Amselek von einem “‘échec’ du positivisme”, auf S. 331 von “l’impraticabilité elle-même du postulat méthodologique positiviste” und auf S. 355 von “l’absurdité du postulat positiviste”. Auf S. 328 wendet er gegen meine Behauptung (*Théorie Pure du Droit*, 1962, S. 85) “une théorie scientifique du droit ne peut porter que sur des droits positifs” ein: „on ne comprend pas . . . pourquoi le droit non positif ne pourrait pas faire l’objet d’une ‘théorie scientifique’.” Auf S. 326 sagt Amselek: “la positivité . . . constitue . . . un critère arbitrairement adopté par le théoricien . . .” und auf S. 327 stimmt er Eisenmann zu, der die Existenz eines Naturrechts anerkennt, und bemerkt: “Le véritable ‘illogisme’ est dans le postulat méthodologique lui-même du positivisme juridique, qui s’avère évidemment irrationnel: pourquoi n’étudier que le droit ‘positif?’”; was zu implizieren scheint, daß es nicht nur ein positives, sondern auch ein nicht-positives Recht gibt; während der konsequente Rechtspositivismus, wie ich ihn vertrete, ein nicht-positives Recht, nämlich das Naturrecht, nicht als „Recht“, sondern als eine Art Moral betrachtet, von der das Recht, zu unterscheiden, eine wesentliche Forderung des Rechtspositivismus ist. Andererseits aber behauptet Amselek, sich für einen „phänomenologischen Positivismus“ einzusetzen (S. 356). “la méthode phénoménologique nous conduit à une nouvelle acception plus saine du ‘droit positif’” (S. 357); was impliziert, daß er nur den traditionellen Rechtspositivismus ablehnt.

Was hat er nun gegen das Prinzip des Rechtspositivismus im allgemeinen und gegen meine Bestimmung des Begriffs des Rechtspositivismus im besonderen einzuwenden, daß das Recht „positiv“ ist, wenn die Rechtsnormen durch menschliche Willensakte — im Wege der Satzung oder Gewohnheit — erzeugt und im großen und ganzen wirksam sind?

Amselek behauptet (S. 312f.), der Rechtspositivismus des neunzehnten Jahrhunderts sei entstanden als eine ungeschickte Nachahmung der empirischen Naturwissenschaft: “L’impulsion positiviste qui a ébranlé, au cours du XIX^e siècle, la pensée juridique, est partie de la théorie des sciences expérimentales, que la théorie juridique a cherché, bien maladroitement semble-t-il, à imiter.” Die Theorie des Rechtspositivismus argumentiere: Da als Naturgesetze nur solche gelten, denen die Natur ent-

spricht, müssen auch als Rechtsgesetze nur solche als gültig anerkannt werden, denen das Verhalten der Menschen tatsächlich entspricht. Daher komme die Forderung der Wirksamkeit (*effectivité*) als Bedingung der Positivität des Rechts. Das mag zutreffen oder nicht zutreffen — Amselek macht jedenfalls keinen Versuch, seine Behauptung durch Analyse irgendwelcher tatsächlich vertretenen Theorie des Rechtspositivismus zu begründen — auf die von mir vertretene Theorie trifft diese Kritik jedenfalls nicht zu. Denn ich hebe mit dem allergrößten Nachdruck den wesentlichen Unterschied zwischen Rechtsgesetz und Naturgesetz hervor (vgl. *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 79 ff.; französische Übersetzung S. 105 ff.).

Dann behauptet Amselek (S. 315 f.), daß ein politischer Faktor, nämlich das Prinzip der Demokratie, die Theorie des Rechtspositivismus beeinflusst habe: "il est, en effet, assez conforme à l'éthique démocratique de dire ou de penser que les 'vraies' normes juridiques, les seules qui le soient 'vraiment' (c'est-à-dire au regard des valeurs démocratiques) et donc les seules auxquelles on doit obéir, sont celles qui sont acceptées par l'ensemble des individus, qui sont voulues et pratiquées par eux . . ." Ob diese Behauptung rechtsgeschichtlich beweisbar ist oder nicht, sie trifft jedenfalls nicht auf die von mir vertretene Theorie des Rechtspositivismus zu, der zufolge die Forderung der Positivität des Rechts ohne jede Rücksicht auf die politische Form der Gemeinschaft — Demokratie oder Autokratie —, innerhalb deren das Recht erzeugt wird, und sohin ohne jede Rücksicht darauf gilt, *wie* das Recht erzeugt wird: ob auf demokratischem oder autokratischem Weg.

Amselek behauptet ferner (S. 326), daß im Sinne der traditionellen Theorie des Rechtspositivismus die Positivität des Rechts ein methodologisches Postulat der Rechtswissenschaft, nicht aber eine objektive Eigenschaft des Rechts sei. "La positivité, en effet, ne caractérise pas les normes juridiques elles-mêmes, elle ne constitue pas un attribut de certaines normes juridiques (point de vue analytique), mais un critère arbitrairement adopté par le théoricien et autorisant la science positiviste du droit à tenir des normes, données déjà comme juridiques, pour 'positivement' juridiques et à en faire ainsi son objet. Le droit positif, ce n'est pas, en d'autres termes, une certaine sorte de droit, mais le droit dont la science positiviste s'assigne l'étude parce qu'il est en relation avec un phénomène social d'effectivité." Der letztzitierte Satz trifft zu. Der traditionelle Rechtspositivismus, und insbesondere der von mir vertretene, kennt nur eine Art Recht, das positive Recht. Das sogenannte Natur-„Recht“ ist kein Recht, sondern eine Art Moral. Aber die Positivität ist ganz entschieden eine — von der Rechtswissenschaft postulierte — Eigenschaft des Rechts, d. h. der Normen, die von der Rechtswissenschaft allein als *Rechtsnorm* angesehen werden, obgleich im Sprachgebrauch auch andere Normen als „Recht“ bezeichnet werden. Das Prinzip des Rechtspositivismus besagt: Damit Normen als *geltende* Rechtsnormen und sohin als Gegenstand der Rechtswissenschaft, als *Rechts-Normen* angesehen werden können — und nur *geltende* Rechtsnormen oder solche, die gelten haben, sind als „Recht“ Gegenstand der Rechtswissenschaft —, müssen sie durch menschliche Willensakte *gesetzt* und in einer gewissen Weise

wirksam sein. Wenn ich das Recht als Zwangsordnung definiere, ohne in die Definition das Moment der Positivität aufzunehmen, so erklärt sich dies daraus, daß ich — wie ich ausdrücklich auf S. 31 ff. der *Reinen Rechtslehre* (2. Aufl., 1960; französische Übersetzung S. 42 ff.) betone — damit die Bedeutung des Wortes im *Sprachgebrauch* zu bestimmen versuche; und in diesem ist eben von „Recht“ (und seinen Äquivalenten in anderen als der deutschen Sprache) die Rede, auch wenn es sich nicht um positives Recht handelt, wie Natur-„Recht“, göttliches „Recht“.

Worin besteht nun der von Amselek präsentierte „phänomenologische“ Positivismus?

Auf diese Frage antwortet Amselek auf S. 357: „le ‘droit positif’ est le droit phénoménal, le droit apparent, c’est-à-dire les normes qui se donnent objectivement comme juridiques dans leur historicité même.“ An anderen Stellen bezeichnet Amselek als „positive“ Rechtsnormen jene, die „objektiv feststellbar“ sind, weil sie sich als solche geben: so S. 144: „objectivement observables, *des normes juridiques en tant que telles*“; oder S. 145: „l’exigence positiviste, en effet, postule seulement que la norme juridique à connaître soit en forme, soit formulée, soit connaissable en tant que telle.“ Der Satz: „Das positive Recht ist das ‚phänomenale‘, das erscheinende Recht“ ist völlig nichtssagend. Denn ein „phänomenales“ Objekt ist ein Objekt, das uns erscheint, das wir, weil es uns erscheint, als existent betrachten. Die Frage ist aber: ob ein uns erscheinendes Objekt Recht *ist*. Die Behauptung Amseleks: Es ist Recht, wenn es sich selbst als Recht „gibt“, ist unhaltbar. Daß sich etwas als „Recht“ gibt, kann nur bedeuten, daß sich etwas selbst als Recht ausgibt. Aber es ist sehr wohl möglich, daß sich etwas als Recht ausgibt, ohne Recht zu sein. Wenn ich meinem Nachbar befehle, einen in seinem, dem meinem benachbarten Garten stehenden Baum zu fällen und diesen Befehl als einen Rechtsbefehl bezeichne, indem ich etwa sage: „Ich befehle dir von Rechts wegen, diesen Baum zu fällen“, so ist dies offenbar keine Rechtsnorm, da ich von der Rechtsordnung nicht ermächtigt bin, Rechtsnormen durch einen einseitigen Willensakt zu setzen. Und auch in einem von dem Gesetzgeber erlassenen Gesetz kann ein als Rechtsbefehl ausdrücklich gekennzeichneteter Befehl, sich in bestimmter Weise zu verhalten, enthalten sein, ohne daß er als verbindliche Rechtsnorm angesehen wird, weil der Gesetzgeber an das gegenteilige Verhalten keine Sanktion geknüpft hat, sich an der Rechtslage also nicht ändern würde, wenn der Satz — etwa in einer späteren Formulierung des Gesetzes — weggelassen würde. Was vorliegt, ist keine Rechtsnorm, sondern ein rechtlich irrelevanter Gesetzesinhalt. Die von dem Gesetzgeber statuierten Rechtsnormen werden im Gesetz selbst zumeist gar nicht als „Rechts“-Normen qualifiziert. Sie werden von dem das Recht *erkennenden* Subjekt als Rechtsnormen angesehen, nicht weil sie sich als solche geben, sondern weil sie von dem verfassungsmäßig zur Setzung von Rechtsnormen ermächtigten Gesetzgeber erlassen sind, weil sie dem von der Rechts-Erkenntnis bestimmten Begriff des Rechts entsprechen.

× Im übrigen können sich Normen als „Rechts“-Normen geben, ohne daß sie das sind, was „historisch“ als Rechtsnorm auftritt. Wenn das

letztere Kriterium entscheidend ist, muß auch eine „phänomenologische“ Rechtstheorie feststellen, was als Recht „historisch“ auftritt, d. h. sie muß eben das unternehmen, was ich in der oben zitierten Ausführung der *Reinen Rechtslehre* (2. Aufl., S. 31 ff.) zu unternehmen versucht habe.

Auf S. 286 sagt Amselek: „les normes juridiques se donnent d'emblée comme 'juridiques'." Das wäre eine leere Tautologie, wenn Amselek nicht hinzufügte: „Elles correspondent à l'existence historique d'une certaine technique de production d'instruments qui ont vocation formelle à constituer des modèles devant être obligatoirement réalisés." Das heißt: Normen sind Rechtsnormen, wenn sie auf eine bestimmte Weise erzeugt werden; auf eine Weise, die in dem von der Rechtstheorie definierten Begriff des Rechts bestimmt wird.

Auf S. 247 sagt Amselek, um zu begründen, warum nicht alle Rechtsnormen ethische Normen sind, d. h. Normen, die den Menschen, menschliches Verhalten zum Gegenstand haben (wie er auf S. 232 sagt): „rien n'empêche *a priori* le législateur juridique, un Parlement, par exemple, de fabriquer une loi réglementant le mouvement des planètes ou les phénomènes atmosphériques: une telle loi paraîtrait, sans doute, absurde par son contenu; elle continuerait à se donner, cependant, comme une norme juridique... Loin d'être une norme non-juridique, c'est parce qu'elle se donnerait comme norme juridique qu'elle susciterait notre critique." Es ist also nicht die Norm, die *sich* als Rechtsnorm gibt, sondern es ist Amselek, der als Rechtstheoretiker diese Norm darum als Rechtsnorm betrachtet, weil sie gewissen von ihm als Rechtstheoretiker vorausgesetzten Bedingungen, d. h. einem von ihm akzeptierten Begriff des Rechts, entspricht, weil sie auf einem bestimmten, in diesem Begriff bestimmten Wege erzeugt wurde. Im übrigen würde kein Jurist einen in einem von einem menschlichen Gesetzgeber erlassenen Gesetz enthaltenen Satz, der den Gestirnen vorschreibt, wie sie sich bewegen sollen, als eine *Rechtsnorm* gelten lassen, da er als Rechtsnormen — dem von ihm vorausgesetzten Begriff des Rechts gemäß — nur menschliches Verhalten regelnde Normen begreift. Ganz abgesehen davon, daß eine an die Gestirne gerichtete Norm niemals wirksam werden kann und sie daher eine wesentliche Bedingung nicht erfüllt, unter der sie als positives Recht gelten kann. Die von Amselek als Rechtsnorm qualifizierte Vorschrift ist nicht nur absurd, sie ist ein rechtlich irrelevanter Gesetzesinhalt.

Nach Amselek ist die Positivität des Rechts seine Phänomenalität. Er spricht wiederholt von der „phénoménalité des normes“ (z. B. auf S. 213). Diese „Phänomenalität“ bezeichnet er auch als „Historizität“. In seiner oben zitierten Bestimmung der Positivität des Rechts sagt er: „le droit phénoménal“ „les normes qui se donnent objectivement comme juridiques dans leur historicité même.“ Diese „historicité“ ist aber „naturalité“. Auf S. 163 sagt Amselek von den soziologischen Hypothesen: sie müssen sich verbinden „avec la 'positivité', la phénoménalité des normes juridiques; elles ne sauraient se vérifier qu'à partir de l'étude des droits positifs, afin d'y rechercher des constantes 'naturelles'“. In Note 156 auf S. 164 sagt er: „Nous avons employé ici le terme 'naturel' dans le sens de 'historique': cela ne devra susciter aucune équivoque par la suite,

lorsque qualifiant le droit de phénomène historique 'humain', nous l'opposons aux phénomènes historiques 'naturels' (c'est-à-dire dans lesquels l'homme n'intervient pas)." Amselek nimmt also an, daß das Recht als "phénomène humain" dieselbe Existenz habe wie natürliche Tatsachen (vgl. unten, § 23). Das heißt aber, daß er an Stelle der Rechtsnormen, die man nicht — wie natürliche Tatsachen — mit den Sinnen wahrnehmen kann, die Akte setzt, deren Sinn die Rechtsnormen sind und die in der Tat natürliche Tatsachen sind, wenn man sie als solche und nicht als Inhalte von Rechtsnormen, als in Rechtsnormen bestimmte Tatbestände, nimmt. Daher tritt in der phänomenologischen Rechtstheorie Amseleks an Stelle einer Rechtswissenschaft, die Rechtsnormen zum Gegenstand hat, die keine natürlichen Tatsachen sind und die daher allein als die eigentliche, die spezifische „Rechts“-Theorie bezeichnet werden kann, da das Recht — auch nach der phänomenologischen Theorie Amseleks Norm ist — eine Soziologie und Psychologie, die etwas anderes als das Recht als Norm zum Gegenstand haben. "La Science du Droit", so formuliert Amselek auf S. 421 das Ergebnis seiner phänomenologischen Rechtstheorie, "est, par définition, une science historique, c'est-à-dire qu'elle appréhende les phénomènes juridiques, *comme toute science expérimentale* [von mir hervorgehoben], dans leur historicité, dans le flux événementiel dans lequel ils manifestent leur présence au monde." Von diesem "aspect historique" sagt Amselek, er sei "le propre de toute connaissance empirique", und er stimmt Lévy-Bruhl zu, der behauptet, die Aufgabe des Juristen sei: als Soziologe "à observer les phénomènes juridiques partout où ils se trouvent dans le temps comme dans l'espace". Die phänomenologische „Rechts“-Wissenschaft ist eine Naturwissenschaft.

21. Amselek akzeptiert die Forderung einer positivistischen Rechtstheorie: ihren Gegenstand, das Recht, von anderen normativen Ordnungen, insbesondere der Moral, deutlich zu trennen. Er sagt auf S. 357, was bisher die Etablierung einer echten Rechtswissenschaft verhindert habe, seien "perspectives moralistes dans la théorie juridique". Es sei nötig, dem Geist des Positivismus, im Sinn eines phänomenologischen Positivismus, die Wege zu ebnen, "de canaliser, résolument, l'esprit positiviste dans un sens phénoménologique". Es sei daher das Ziel der phänomenologischen Rechtstheorie: "de chasser complètement de la théorie juridique le moralisme et ses manifestations souvent sournoises." Es sei an dieser phänomenologischen Theorie, "de nous faire redécouvrir, par un regard naïf, le droit lui-même, de nous aider à le reconquérir dans sa pureté phénoménale sur tous les systèmes déformants qui tyrannisent notre pensée." Wenn man aber diese Sätze auf ihren Wahrheitsgehalt prüft, muß man feststellen, daß was Amselek vom Wesen des Rechts zu sagen hat, auch auf die Moral zutrifft und daß er — weil er es ablehnt, das Recht als Zwangsordnung zu begreifen — weit davon entfernt ist, das Recht von der Moral zu trennen.

So, wenn er unmittelbar nachher von der Rechtsnorm sagt, sie definiere sich ("se définissant") „comme un instrument syntactique de jugement ayant vocation technique à constituer un modèle obligatoire, un modèle formel de la réalité". Auch die Normen einer Moral können in

Sätzen ausgedrückt werden, die besagen, daß man sich in einer bestimmten Weise verhalten soll, und nichts anderes steckt hinter der Metapher "modèle obligatoire". Auch die Moralnormen konstituieren — so wie die Rechtsnormen — Werte und können so die Grundlage von Werturteilen sein. Daß die Moralnormen ebenso wie Rechtsnormen als Normen selbst keine Urteile sind, versteht sich — von einem logischen Standpunkt aus — von selbst. Auf S. 76 sagt Amselek: "ce qu'on appelle couramment 'une norme' (par exemple, dans l'expression 'norme juridique' ou 'norme morale') c'est la fonction de modèle assignée à la signification d'une proposition syntactique", und auf S. 231: "Toutes les règles, quelles qu'elles soient, ont la même nature, la même finalité: elles correspondent toutes, par définition même, au contenu conceptuel de 'norme'; elles sont des instruments d'évaluation, et, bien sûr, des instruments d'évaluation au service de l'homme au même titre que tous ses autres outils." Und auf S. 242: "On ne doit pas perdre de vue qu'une norme, juridique ou non, en tant que norme, n'est jamais qu'un instrument d'évaluation." Rechtsnormen schreiben ein bestimmtes Verhalten vor oder, wie Amselek sich ausdrückt, geben dem Verhalten eine bestimmte Richtung: "direction". Auf S. 242 heißt es: "dire que le droit 'dirige' les conduites est une tautologie", aber er fügt hinzu: "qui ne permet pas de spécifier les normes juridiques: toute règle est une 'directive' par définition" und auf S. 231: "c'est bien en tant qu'instrument de jugement que la règle joue ce rôle de direction de la conduite humaine" und auf S. 232: „toute norme joue ainsi, ou plutôt peut jouer, un rôle de 'direction des conduites'." Auf S. 233 sagt Amselek: "je pourrai utiliser une norme éthique pour accomplir une conduite qui soit conforme à cette norme." Das trifft ebenso auf die Rechtsnorm zu; und in Note 33 zu dem zitierten Satz verweist Amselek auch auf die Rechtsnorm.

Obgleich Amselek auf S. 258 in Übereinstimmung mit Esmein die Ansicht vertritt, daß die Rechtsnorm durch kein inhaltliches Kriterium gekennzeichnet werden könne ("que nous ne trouvons pas dans l'objet des règles un critère de la règle de droit. Il n'y a pas de critère matériel"), sagt er doch auf S. 274: "le droit se donne à moi essentiellement comme un modèle auquel la réalité doit nécessairement correspondre: c'est cela que l'on veut signifier quand on dit que le droit, les normes juridiques 'sont obligatoires'" . . . "'obligatoires' en ce sens qu'on leur assigne la vocation à être obligatoirement suivies, respectées, 'réalisées': telle est la notion fondamentale du juridique" (S. 275). Aber auf S. 286 warnt Amselek: "il faut se garder d'assimiler les normes juridiques à l'idée vague de 'normes obligatoires', ainsi qu'on le fait souvent", und wie er es selbst vorher getan hat. Vermutlich um den Widerspruch zu verhüllen, fügt er hinzu: "comme si toute norme en tant qu'elle est envisagée comme 'obligatoire' était, par là-même, 'juridique'." Kein anderer Autor als gerade Amselek in dem eben zitierten Satz hat in der Verbindlichkeit das Wesen des Rechts gesehen. Denn daß auch die Normen der Moral ihrem Sinn nach verbindlich sind, wird ganz allgemein angenommen. Aber um dem von ihm proklamierten Ziel der phänomenologischen Rechtstheorie zu entsprechen: die Moral vom Recht zu trennen, ist Amselek zu der

absurden These gedrängt: daß die Normen der Moral nicht verbindlich seien. Auf S. 276 sagt er: "C'est dans ce contenu conceptuel de la juridicité qu'il convient de faire le départ entre les normes juridiques et les normes non juridiques que l'on s'accorde à appeler 'normes morales': ces normes morales n'ont pas cette vocation formelle à l'obligatorité." Aber wenn das, was wir „Moral“ nennen, nicht verbindliche Normen sind, gibt es keine Moral; und die Urteile: ein Verhalten ist „moralisch“ oder „unmoralisch“ sind keine Werturteile, in denen eine Billigung oder Mißbilligung zum Ausdruck kommt. Daß sie das aber sind, kann ernstlich nicht geleugnet werden. Und Amselek leugnet auch gar nicht die Existenz einer Moral; sonst würde er ja nicht ihre Trennung vom Recht postulieren. Amselek begründet die Unverbindlichkeit der Moralnomen wie folgt: "elles ne correspondent pas à une certaine institution sociale, à une certaine technique de production d'instruments objectifs de jugements ayant pour fonction de poser de modèles obligatoires, des modèles devant être obligatoirement réalisés par ceux qui en sont justiciables." In bezug auf die "technique de production" unterscheidet sich das Gewohnheitsrecht — und alles primitive Recht und nicht nur dieses *ist* Gewohnheitsrecht — durch nichts von der im Wege der Gewohnheit entstandenen Moral. Die Behauptung, daß Moralnomen kein "modèle" aufstellen, steht im offenen Widerspruch zu dem, was Amselek auf S. 67 in seiner oben zitierten Charakterisierung des Begriffs der Norm sagt: daß die Moralnorn ebenso wie die Rechtsnorm "la fonction de modèle" habe. Er läßt auch die Behauptung, daß Moralnomen kein Modell aufstellen, sofort wieder fallen, denn er fährt (S. 276) fort: "Certes, le moraliste peut tenir les modèles qu'il élabore ou dont il se sert . . . pour manifestement souhaitables, doués d'une valeur 'objective' . . . il conclura alors qu'ils sont 'obligatoires', qu' 'on doit les observer, les réaliser'." Aber es ist nicht der „Moralist“, es ist die Moral-Norm, die, ganz so wie die Rechtsnorm, ein Modell aufstellt, wenn man die Rechtsnorm überhaupt dahin deutet, daß sie ein Modell aufstellt. Und es ist nicht der Moralist, der im Wege einer Schlußfolgerung zu der Ansicht kommt, daß man die Moralnorn befolgen soll; denn dies ist ihr immanenter Sinn als „Norm“. Amselek scheint selbst nicht sehr an die Überzeugungskraft dieser Argumente zu glauben, denn er hält es für notwendig, noch ein anderes Argument vorzubringen. Er behauptet, die Schlußfolgerung der Moralisten: „qu'on doit les observer, les réaliser“ sei eine emotionale Gegebenheit: "donnée émotionnelle", und er sagt: "Cette donnée émotionnelle, affective, qui fait juger le modèle morale manifestement bon, doué 'objectivement' d'une valeur positive, et par suite amène à voir la réalisation désirable, 'nécessaire', n'a rien de commun avec la fonction technique, formelle, assignée aux instruments juridiques (quel que soit leur contenu, quelles que soient les normes qu'ils constituent) de poser des modèles à vocation d'être obligatoirement réalisés; une telle fonction, dont l'importance dans les rapports intersubjectifs est évidente, s'avère totalement étrangère à la morale." Die "emotionale" Reaktion auf das "modèle morale" (!) ist für eine Beschreibung des Wesens der Moral-Norm unwesentlich. Es ist insbesondere un-

richtig, daß — wie Amselek auf S. 277 behauptet — der „affektive Wert“ (la valeur affective), der den Moralnormen wegen ihres Inhalts zuerkannt wird, ihre Befolgung als verbindlich erscheinen läßt (“qui fait paraître leur réalisation ‘obligatoire’”). Die Moralnormen sind — ihrem Sinne nach — verbindlich, ob man sie billigt oder nicht billigt. Ihre Verbindlichkeit ist von dem affektiven Wert, den man ihnen zuerkennt, völlig unabhängig. Daher besteht in dieser Beziehung kein Unterschied zwischen ihnen und den Rechtsnormen. Amseleks Annahme eines solchen Unterschiedes (S. 277) ist unbegründet. Mit seiner Behauptung, der affektive Wert des Inhalts der Moralnorm begründe deren Verbindlichkeit, beruft sich Amselek in Note 104 auf S. 277 auf eine Stelle in meiner *Théorie Pure du Droit*, 1953, wo es heißt, die Geltung von Moralnormen gründe sich — zum Unterschied von der Geltung der Rechtsnormen — auf ihren Inhalt. Diese Ansicht habe ich aber aufgegeben und in der zweiten Auflage meiner *Reinen Rechtslehre* (1960, S. 198 ff.; französische Übersetzung 1962, S. 258 ff.) in dem Kapitel „Das statische und dynamische Prinzip“ gezeigt, daß der Geltungsgrund der Moral- wie der Rechtsnormen letzten Endes auf einer Grundnorm beruht, die nicht den Inhalt, sondern nur die Erzeugung der Normen bestimmt, die die auf der Grundnorm beruhende Moral- oder Rechts-Ordnung bilden, so daß auch die Geltung von Moralnormen sich nicht auf ihren Inhalt gründet. Amselek hat leider auch in diesem Falle wieder die Ausführung der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* ignoriert.

Was im übrigen die emotionale Reaktion auf verschiedene Normen einer positiven Moral seitens verschiedener Menschen betrifft, ist diese höchst verschieden. Das „Modell“, das der eine für „gut“ hält, d. h. billigt, mag ein anderer mißbilligen. Und eine solche emotionale Reaktion ist ganz ebenso wie gegenüber Moralnormen gegenüber Rechtsnormen möglich, da rechtmäßiges Verhalten ebenso wie moralmäßiges Verhalten emotional gebilligt, rechtswidriges Verhalten ebenso wie moralwidriges Verhalten mißbilligt werden kann und vielfach tatsächlich gebilligt, bzw. mißbilligt wird. Amseleks Versuch, Recht von Moral zu trennen, muß als mißlungen angesehen werden.

Amselek stimmt auf S. 245 meiner Behauptung zu, daß sich soziale Normen im allgemeinen und Rechtsnormen im besonderen an Menschen richten. Er sagt: “Certes, la norme juridique comme toutes les normes, comme tous les outils humains, d’ailleurs, s’adresse à l’homme, à l’*homo faber*, à l’homme-artisan.” Wenn sich auch die Moralnorm an Menschen „richtet“, muß sie ebenso verbindlich sein wie die Rechtsnorm. Denn daß sich eine Norm an Menschen richtet, bedeutet gar nichts anderes, als daß sie menschliches Verhalten vorschreibt, als gesollt setzt, und das bedeutet, daß sie ihrem subjektiven Sinne nach verbindlich ist. Wenn wir sie nicht auch ihrem objektiven Sinn nach für verbindlich hielten, gäbe es — wie bemerkt — überhaupt keine Moral, gäbe es keinen Unterschied zwischen dem an mich gerichteten Befehl eines Straßenräubers, dessen subjektiver Sinn ist: ich solle ihm mein Geld ausliefern, und der Norm: du sollst nicht lügen.

Daß die phänomenologische Rechtstheorie weit davon entfernt ist, das Recht von der Moral zu trennen, zeigt sich insbesondere darin, daß Amselek die Existenz von „ethischen“ Rechtsnormen behauptet. Er sagt, nachdem er die schon oben zitierte Behauptung aufgestellt hat, es könne Rechtsnormen geben, die den Lauf der Gestirne regeln: „Toutes les normes juridiques ne sont donc pas nécessairement éthiques . . .“ Unter „normes juridiques“, „dites éthiques“ versteht Amselek Rechtsnormen, die den Menschen, d. h. genauer menschliches Verhalten zum Gegenstand haben (S. 247). Auf S. 232 sagt er: „les normes éthiques, c'est-à-dire celles qui ont pour objet l'homme lui-même, la conduite humaine . . .“ Auf S. 248 versucht Amselek allerdings, diese Bestimmung der Moralnorn wieder zu modifizieren. Er sagt: „Le modèle éthique est, si l'on veut, plus large qu'un simple modèle de comportement: il indique que, dans telles circonstances, dans telles conditions, tel individu (ou catégorie d'individus) *peut* ou *doit* faire telle chose; en accomplissant cette chose, cette conduite, nécessaire ou possible, l'homme ne réalise pas simplement un modèle de conduite, mais un modèle de situation dans lequel la conduite en question n'est qu'un élément . . .“ Aber das der Norm entsprechende Verhalten ist das einzige Element einer Situation, die in nichts anderem besteht als in diesem der (nichts als dieses Verhalten vorschreibenden) Norm entsprechenden Verhalten. Amselek vertritt die schon erwähnte Ansicht, daß es neben Rechtsnormen, die den Menschen, d. h. menschliches Verhalten, zum Gegenstand haben, auch Rechtsnormen gebe, deren Gegenstand nicht menschliches Verhalten sei. Warum diese Ansicht unhaltbar ist, habe ich oben (§ 3) gezeigt. Auf Seite 237 f. behauptet Amselek, es gebe zwar Rechtsnormen, die den Menschen zum Gegenstand haben, aber nicht ein bestimmtes Verhalten vorschreiben. Zum Beispiel: „la norme qui fixe à vingt-et-un ans l'âge de la majorité ou qui détermine les droits de l'enfant simplement conçu.“ Aber das sind keine Rechtsnormen, sondern Bestimmungen einzelner Elemente von Rechtsnormen. So bedeutet z. B. die Bestimmung des Alters: daß in gewissen Rechtsnormen, die an das bestimmte Verhalten eines Menschen eine bestimmte Rechtsfolge knüpfen, nur das Verhalten eines Menschen eines bestimmten Alters — etwa über 21 Jahren — in Betracht kommt. Wenn aber alle Rechtsnormen — so wie Moralnornen — den Menschen, d. h. menschliches Verhalten zum Gegenstand haben, sind *alle* Rechtsnormen „ethische“ Normen im Sinn der phänomenologischen Rechtstheorie, und von einer Trennung des Rechts von der Moral kann — soweit diese Theorie in Betracht kommt — keine Rede sein.

22. Die — meiner Ansicht nach — bedeutsamste Partie des Amseleksen Werkes ist das Kapitel: „Le Logicisme“ (S. 181 ff.), in dem Amselek gegen die Anwendung logischer Prinzipien auf Rechtsnormen zu zeigen versucht (S. 184): „le sens métajuridique, et donc l'impraticabilité, du logicisme.“ In bezug auf das Prinzip des ausgeschlossenen Widerspruchs sagt er (S. 190): „Pour la science du droit, il n'y a, évidemment, que des contradictions logiques: elle ne saurait procéder à une évaluation juridique de son objet et déclarer telle norme juridiquement 'non-valable' et donc non avenue. Elle peut seulement dire que telle norme a un con-

tenu logiquement contradictoire par rapport à celui de telle autre norme, sans tirer de cette confrontation objective une invalidation juridique." In dieser Hinsicht ist ihm insoweit zuzustimmen, als der Satz vom ausgeschlossenen Widerspruch, aber auch die Regel der Schlußfolgerung auf Normen weder direkt noch — wie allerdings ganz allgemein angenommen wird — indirekt anwendbar sind; daher können Normenkonflikte, d. h. Situationen, in denen beide miteinander in Konflikt stehende Normen gelten, nicht durch Interpretation gelöst werden wie zwei miteinander in Widerspruch stehende Aussagen, von denen, dem Prinzip der Logik gemäß, nur eine wahr sein kann; so daß nur eine der beiden in Konflikt stehenden Normen als gültig anzusehen ist. Und daher kann auch die Geltung einer individuellen Rechtsnorm wie etwa: „Der Dieb Schulze soll ins Gefängnis gesetzt werden“ nicht logisch, d. h. im Wege einer Denkoperation, aus der Geltung der generellen Norm: „Alle Diebe sollen ins Gefängnis gesetzt werden“, deduziert werden, wie die Wahrheit der individuellen Aussage: „Der Mensch Sokrates ist sterblich“ logisch aus der Wahrheit der generellen Aussage folgt: „Alle Menschen sind sterblich.“ Denn wenn der zuständige Richter die individuelle Norm im Wege einer Willens-Entscheidung aus irgendeinem Grunde nicht setzt, gilt sie nicht; und diese Willens-Entscheidung kann durch keine logische Operation ersetzt werden.

Die Argumente, die Amselek vorbringt, sind nicht sehr klar und vor allem lassen sie das entscheidende Moment vermissen: daß eine Anwendung der beiden logischen Prinzipien auf Normen nur möglich wäre, wenn eine Analogie zwischen der Wahrheit von Aussagen — auf die sich die beiden logischen Prinzipien beziehen — und der Geltung von Normen bestünde; daß aber eine solche Analogie nicht besteht, und zwar — wenn auch nicht ausschließlich — darum, weil die Wahrheit eine *Eigenschaft* der Aussage, Geltung aber die spezifische *Existenz* einer Norm ist; und die Wahrheit einer Aussage unabhängig von dem Denk-Akt ist, dessen Sinn sie ist, während die Geltung einer positiven Norm durch den Willens-Akt bedingt ist, dessen Sinn sie ist.

Die sehr umfangreiche Literatur, in der Versuche gemacht werden, die Anwendung logischer Prinzipien auf Normen trotz der Tatsache zu begründen, daß diese Prinzipien sich — zumindest direkt — nur auf Aussagen beziehen, die wahr oder unwahr sind, scheint Amselek überhaupt nicht zu kennen. Ich erwähne nur Jörgen Jörgensen, „Imperatives and Logic“ (*Erkenntnis*, Bd. 7, S. 288 ff.); Walter Dubislav, „Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze“ (*Theoria*, vol. III, 1937, S. 330 ff.); Albert Hofstadter and I. C. C. McKinsey, „On the Logic of Imperatives“ (*Philosophy of Science*, vol. 6, 1939, S. 446 ff.); Alf Ross, „Imperatives and Logic“ (*Theoria*, vol. VII, 1941, Part I, p. 53 ff.); Gerhard Frey, Idee einer Wissenschaftslogik. Grundzüge einer Logik imperativer Sätze (*Philosophia Naturalis. Archiv für Naturphilosophie und philosophische Grenzgebiete der exakten Wissenschaften und Wissenschaftsgeschichte*. Band 4, Heft 4, 1957); Rose Rand, „Die Logik der Forderungssätze“ (*Revue Internationale de la Théorie du Droit. Nouvelle Série*, vol. 5, 1939, S. 308 ff.). Ohne zu dieser Literatur Stellung zu nehmen, kann man kein wohlbegründetes Urteil abgeben. Dabei

hebe ich besonders die oben zitierte Abhandlung des dänischen Philosophen Jørgen Jørgensen hervor, der die Anwendbarkeit logischer Prinzipien auf Imperative — und das heißt auch auf gebietende Normen — damit zu begründen sucht, daß er annimmt, dem Imperativ sei ein „indikativer Faktor“ immanent, der als eine indikative Aussage formuliert werden kann, die den Inhalt des Imperativs beschreibt und daher fähig sei „of being governed by the ordinary rules of logic“ (a. a. O., S. 296). Darauf mache ich Amselek darnm aufmerksam, weil Edmund Husserl, den Amselek mit Recht für die maßgebende Autorität im Bereich der phänomenologischen Philosophie hält, in seinem Werk *Logische Untersuchungen* (2. Aufl., 1913, Bd. I) von Normen behauptet, daß sie einen „theoretischen Gehalt“ einschließen (a. a. O., S. 40 ff.). Träfe dies zu, wäre in der Tat kein Grund vorhanden, die Anwendung logischer Prinzipien auf Normen auszuschließen. Aber es trifft nicht zu. Denn die Annahme, daß ein Imperativ oder eine imperativische Norm, die weder wahr noch unwahr sind, einen indikativen Faktor oder einen theoretischen Gehalt einschließen, der wahr oder unwahr sein kann, daß also Imperative oder Normen weder wahr noch unwahr und zugleich wahr oder unwahr sind, ist selbst ein logischer Widerspruch und daher unhaltbar.

Was Amseleks Polemik gegen mich betrifft, so habe ich zu bemerken, daß ich sehr bald nach Erscheinen der zweiten Auflage meiner *Reinen Rechtslehre* ernste Bedenken gegen die von mir bis dahin vertretene Ansicht von der indirekten Anwendung logischer Prinzipien auf Rechtsnormen bekommen habe; und daß ich in einer — Amselek offenbar unbekannt — Abhandlung: „Derogation“, publiziert in: *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, edited by Ralph A. Newman, Bobbs-Merrill Co., Indianapolis 1962, pp. 339—355, die Anwendbarkeit des Prinzips des logischen Widerspruchs auf Normenkonflikte ausdrücklich ausgeschlossen habe. Die Abhandlung schließt auf S. 355 mit den Worten: „that conflicts between norms remain unsolved unless derogating norms are expressly stipulated or silently presupposed, and that the science of law is just as incompetent to solve by interpretation existing conflicts between norms or better, to repeal the validity of positive norms, as it is incompetent to issue legal norms.“

23. Ein besonderes Kapitel widmet Amselek der Kritik der soziologischen Rechtstheorie („Le Sociologisme“, pp. 150 ff.). Er scheint diese Theorie abzulehnen, denn er sagt: „La doctrine sociologique apparaît comme une métaphysique du droit en ce qu'elle prétend connaître le phénomène juridique sans appréhender les normes juridiques elles-mêmes ou sans exiger de celles-ci une apparence phénoménale.“ Das trifft insofern zu, als eine „soziologische“ Rechtswissenschaft ein Bestandteil der Soziologie sein muß, deren Gegenstand die soziale Realität als Teil der natürlichen Realität, das tatsächliche gegenseitige Verhalten der Menschen ist, das in Raum und Zeit vor sich geht. Daher kann der Gegenstand einer soziologischen Rechtswissenschaft nur ein bestimmtes reales menschliches Verhalten sein, und zwar die *Akte*, durch die die Rechtsnormen erzeugt, angewendet, befolgt oder verletzt werden. Die Rechts-Normen sind aber nicht solche in der Wirklichkeit stattfindende Akte, sondern der *Sinn*

von Akten, von denen man nur figürlich sagt, daß sie Rechtsnormen „erzeugen“. Und dieser Sinn, den die Rechtsnorm darstellt, muß von dem Akt unterschieden, er kann nicht wie dieser mit den Sinnen wahrgenommen, er kann nur verstanden, d. h. mit dem Verstand erfaßt werden. So wie die mathematische Wahrheit: „2 ist die Quadratwurzel von 4“ der Sinn eines in Zeit und Raum vor sich gehenden Denkaktes, aber nicht dieser Denkakts ist. Die Akte, deren Sinn Rechtsnormen sind, kann die Rechtswissenschaft nur insofern zum Gegenstand haben, als sie der Inhalt von Rechtsnormen (oder der Grundnorm) sind, d. h. daß diese Normen die Erzeugung von Rechtsnormen durch diese Akte ermächtigen. Daß Amselek das Recht als „Norm“ begreift, habe ich schon festgestellt. Er akzeptiert auch meine Bestimmung des Gegenstandes der Rechtswissenschaft. Er sagt auf S. 432: „Kelsen, en effet, nous l'avons vu, a eu l'immense mérite d'apercevoir clairement l'objet de la connaissance juridique, c'est-à-dire les normes juridiques, et de procéder sur cet objet à une réduction eidétique faisant apparaître ces normes juridiques dans leur structure essentielle et permettant ainsi de les appréhender en tant que telles, en personne, telles qu'elles se donnent elles-mêmes, dans leur originalité spécifique.“ Aber in bezug auf die spezifische „Eigenart“ der Rechtsnormen vertritt er eine von der meinen völlig verschiedene Ansicht. Das zeigt sich schon darin, daß er zwar dem Postulat der Reinheit, d. i. dem Postulat zustimmt, Synkretismus zu vermeiden, aber die Forderung der *Reinen Rechtslehre*, die Erkenntnis des Rechts, als Erkenntnis von Normen, von psychologischen, soziologischen und biologischen Betrachtungen freizuhalten, ablehnt, was ein offenkundiger Widerspruch ist. Er meint auf S. 433: „une science est 'pure' par son objet, mais non par elle-même, en tant que tentative de systématisation de cet objet, en tant qu'explication de ces apparitions historiques. C'est pourquoi la Science du Droit . . . est amenée à étudier ces normes juridiques dans tout le contexte existentiel (c'est-à-dire psychologique et sociologique) dans lequel elles se donnent.“ Wenn eine Wissenschaft, wie Amselek behauptet, nicht an sich selbst, sondern durch ihren Gegenstand „rein“ ist — was ein Widerspruch ist, da sie, auch nach dieser Bestimmung doch selbst und nicht ihr Gegenstand „rein“ ist —, so ist die Wissenschaft rein, wenn sie den ihr spezifischen Gegenstand nicht mit anderen Gegenständen, d. h. den Gegenständen anderer Wissenschaften, vermengt. Die Rechtswissenschaft also, wenn sie ihren spezifischen Gegenstand, das Recht, nicht mit den Gegenständen der Psychologie und Soziologie vermengt. Und daß diese beiden Wissenschaften andere Gegenstände haben als die Rechtswissenschaft, kann ernstlich nicht geleugnet werden. Daß die Rechtswissenschaft gerade mit Rücksicht auf ihren Gegenstand eine von der Psychologie und Soziologie verschiedene Wissenschaft ist, ist offenkundig. Tatsächlich läuft aber Amseleks Rechtstheorie auf eine Psychologie und Soziologie hinaus. Er sagt auf S. 162: „L'erreur logique du sociologisme, c'est de n'avoir pas bien compris la médiation transcendentale de la norme dans toute expérience normative, et la nécessité irremplaçable pour une science normative de postuler la phénoménalité de cette norme.“ Aber was versteht Amselek unter dieser „phénomé-

nalité" der Norm? Seine Antwort ist: "que 'toute ordre juridique existant est *naturel*' au sens précis de 'donné dans la réalité' (reale Wirklichkeit)." Und auf S. 163 f.: "le 'déterminisme de la nature ne peut être valablement invoqué à propos du phénomène juridique que si l'on restitue à la norme juridique sa 'naturalité', son existence objective, qui si on l'intègre en tant que telle, en tant que norme, dans la nature, dans le 'cours naturel des choses'." Und dazu zitiert er zustimmend einen Satz Del Vecchios: "Le droit positif est une donnée de l'expérience et peut, en tant que tel, se comprendre et s'expliquer comme phénomène, c'est-à-dire être inséré régulièrement dans l'ordre des productions de la nature." Das heißt, für die Rechtswissenschaft ist die Rechtsnorm eine natürliche, in der Wirklichkeit existente Tatsache.

Betrachtet man die Rechtsnormen als „natürliche“ Realitäten, dann ist — sagt Amselek — gegen eine soziologische Rechtswissenschaft nichts einzuwenden: "alors le schéma sociologiste apparaît reposer sur des intuitions exactes (c'est d'ailleurs, ponrquoi il opère une séduction facile sur les esprits)" (S. 162). Als „natürliche Realität“ können die Rechtsnormen nur angesehen werden, wenn man sie mit den Akten identifiziert, deren Sinn sie sind, wenn man als den Gegenstand der Rechtswissenschaft diese Akte betrachtet. Das ist gerade das, was die traditionelle Rechtssoziologie tut. Amselek lehnt somit eine soziologische Rechtstheorie keineswegs ab. Er erklärt ausdrücklich auf S. 427 f.: "La Science du Droit est, elle aussi, psychologique et sociologique. — Sociologique, tout d'abord . . ."

Amselek versucht zwar, seiner Ansicht von der „natürlichen Realität“ der Rechtsnorm einen hesonderen Sinn zu geben, aber dieser Versuch muß als mißlungen bezeichnet werden. //

Unmittelbar nachdem Amselek das Recht als "naturel", als "donné dans la réalité (reale Wirklichkeit)" bezeichnet (S. 162), verweist er — um die besondere Bedeutung des Wortes "naturel" zu bestimmen — auf den Begriff des „Naturrechts“. "L'intuition d'un 'droit naturel' n'est pas fausse; il y a bien un problème du droit 'naturel'. Mais sa véritable formulation doit être celle-ci: est-ce que les hommes n'ont pas certaines tendances 'naturelles', c'est-à-dire des tendances en rapport avec certaines conditions 'données' (toutes les autres conditions étant tenues pour 'négligeables'), à créer, à formuler les normes juridiques, ou à se comporter de telle manière plus au moins déterminée avec les normes juridiques existantes . . .?" Was „natürlich“ ist, ist also "créer" les normes juridiques, d. h. der *Akt*, dessen Sinn die Rechtsnorm ist.

Wenn Amselek die Rechtsnorm als „natürliche“ Realität kennzeichnet, so gebraucht er das Wort "naturel" — so behauptet er auf S. 164 — "dans le sense de 'historique'." Das ist schon höchst problematisch, da ja die Geschichts-Wissenschaft von der Natur-Wissenschaft sehr verschieden ist, Natur und Geschichte als zwei verschiedene Gegenstände wissenschaftlicher Erkenntnis angesehen werden. Amselek sagt zwar: "cela [der Gebrauch des Wortes „natürlich“ im Sinne von „geschichtlich“] ne devra susciter aucune équivoque par la suite, lorsque qualifiant le droit de phénomène historique, 'humaine', nous l'opposerons aux phénomènes

historiques 'naturels' (c'est-à-dire dans lesquels l'homme n'intervient pas). Le terme 'naturel' sera pris là dans un tout autre sens." Welches ist nun der Sinn, in dem Amselek das Wort "naturel" als Qualifikation des Rechts, als der Rechtsnorm gebraucht? Unter dem Titel: "La Science du Droit, Science Humaine" (S. 422 ff.) führt er aus: "L'histoire des instruments juridiques, c'est, en définitive, celle d'une certaine aventure humaine: cette histoire, elle est ce que les hommes font des normes juridiques, elle est l'homme lui-même faisant ces normes juridiques . . . La Science du Droit se trouve donc être une science humaine, ayant pour objet un certain fait humain: l'expérience juridique." Diese "expérience juridique" sind nicht die Rechtsnormen — wie Amselek früher behauptet —, sondern die Tatsache, daß die Menschen Rechtsnormen machen ("faisant ces normes juridiques"); also die Akte, deren Sinn die Rechtsnormen sind.

Amselek gebraucht das Wort "naturel" nach seiner vorher zitierten Behauptung im Sinne von "historique", und "historique" als synonym mit "humaine". Demnach müßte die Rechtswissenschaft eine Natur- und zugleich eine Geschichts- und Menschen-Wissenschaft sein. Er gibt zu, daß er die übliche Unterscheidung von "sciences humaines" und "sciences naturelles" nicht akzeptiert. Er sagt auf S. 422 ff.: "cette distinction, en tant que telle, ne correspond pas à l'existence objective de deux types de réalités essentiellement différentes: nous voulons dire qu'en tant que les phénomènes humains et les phénomènes naturels constituent l'objet de ma connaissance, ils le constituent au même titre . . . les phénomènes naturels et les phénomènes humains ont la même réalité objective, la même historicité." Und: "les phénomènes humains comme les phénomènes naturels, constitutifs à mes yeux d'une même objectivité, sont passibles d'un traitement scientifique identique, d'un même type d'élucidation intellectuelle (recherche de leurs 'causes', c'est-à-dire de leur raison d'apparaître, à travers la série de leurs apparitions)." Das trifft nur zu, wenn der Gegenstand der Rechtswissenschaft die in Zeit und Raum stattfindenden Akte, nicht, wenn ihr Gegenstand der von diesen Akten verschiedene Sinn, die Norm, ist.

Besonders charakteristisch für die Ansicht Amseleks betreffend den Gegenstand der Rechtswissenschaft ist seine Behauptung auf S. 422: "Ce n'est qu'à travers l'homme, à travers l'expérience artisanale humaine, que l'on peut saisir l'être historique de l'outil", d. h. der Rechtsnorm; und auf S. 423: "les phénomènes humains", die der Gegenstand der "sciences humaines" sind — "sont des faits de l'homme, qui impliquent l'intervention, l'intermédiaire de l'homme dans les cours des choses; leur raison d'apparaître doit donc être recherchée dans l'homme lui-même, et, à travers lui, dans tous les facteurs qui le déterminent à agir . . ." "Et c'est dans ce sens que la Science du Droit est une science humaine: l'outil, la technique particulière que représente le droit, ne peut être approché et faire l'objet d'une élucidation correcte qu'en tant qu'on y voit une certaine présence humaine, un certain mode d'être de l'homme . . ." (S. 425). Das heißt: Gegenstand der Rechtswissenschaft ist der Mensch in seinem bestimmten Verhalten zum Recht. Das ist der Standpunkt der

traditionellen Rechtssoziologie, von der sich Amselek vergebens zu distanzieren versucht.

Er bringt gegen sie vor, daß sie mitunter, wie die Naturrechtslehre, die Rechtsnormen als der Natur immanent behauptet und daß diese Rechtsnormen aus der Natur deduziert werden können (S. 154). Von diesem Aspekt des Soziologismus sagt er auf S. 156: "il permet de démonter le mécanisme intellectuel du raisonnement sociologiste. On s'aperçoit alors que celui-ci repose sur une imitation de la science, sur une démarche pseudo-scientifique." Aber im folgenden führt er aus: "la 'normativisation' (c'est-à-dire la mise en forme de norme) de l'être, sa transformation en un 'devoir-être', c'est, au fond, l'attitude de tout savant en présence des phénomènes qu'il observe." Daraus folge — wie schon im vorhergehenden (§ 5) zitiert —: "Tout ce qui est, 'doit' être: telle est la loi de notre connaissance, son postulat; telle est la catégorie *a priori*, transcendente, telle est la forme même de notre entendement, de notre expérience scientifique . . . Quand le savant édicte une loi (et sous réserve des imperfections de son observation) il ne fait qu'exprimer cette exigence fondamentale de l'esprit selon laquelle «l'être doit être tel qu'il est» (ou plutôt tel qu'il paraît être): dans les mêmes conditions le même être doit se produire." Daß "normativisation" ein Gesetz oder Postulat unserer Erkenntnis der Wirklichkeit ist, ist eine völlig unbegründete Behauptung. Sie hat einen ausgesprochen theologischen Charakter. Nur wenn man voraussetzt, daß die wahrnehmbare Wirklichkeit durch einen Befehl Gottes geschaffen wurde, kann man annehmen, daß was ist, sein soll. Eine Erkenntnis, die nicht von dieser religiösen Voraussetzung ausgeht, kann niemals dazu kommen, das Seiende als gesollt zu deuten. Daß das Prinzip "ce qui est, doit être" ein Postulat unserer Erkenntnis ist, kann — wenn "doit" „soll“ bedeutet — nur zur Rechtfertigung, nicht zur Ablehnung der traditionellen Naturrechtslehre führen, die — ihren Vertretern bewußt oder unbewußt — auf religiös-theologischen Voraussetzungen beruht. (Vgl. meine Abhandlung: „Die Grundlage der Naturrechtslehre.“ Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. XIII, Heft 1-2, 1963, S. 1 ff.)

Anschrift des Verfassers: Professor Dr. Hans Kelsen, 2126 Los Angeles Ave., Berkeley 7, Calif., USA.