

Der Stufenbau als Archetyp des Rechts?

I. Einleitung

Von den sechs kanonischen Lehren¹⁾ der Reinen Rechtslehre ist die Lehre vom Stufenbau²⁾ der Rechtsordnung sicherlich die philosophisch am schwersten zu fassende. Das liegt vorerst einmal daran, dass die Behauptung, das Recht habe hierarchischen Charakter, vorerst keinen großen Einsichtsgewinn verschafft und die Lehre daher schnell als Binsenweisheit erscheint. Bei genauerer Ausformulierung der Stufenbauhypothese kommt jedoch rasch eine überbordende technische Komplexität zum Vorschein und ihre Anwendung an die konkrete Rechtsrealität legt ein verwirrendes Netz an unterschiedlichen Stufenbaubegriffen frei,³⁾ das darüber hinaus mehr technischer als philosophischer Natur zu sein scheint und eher in die Breite fein ziselierter Unterscheidungen führt als in die gedankliche Tiefe einer ursprünglichen begrifflichen Einheit. Dies wirft wiederum die Frage auf, ob mit der Lehre vom Stufenbau tatsächlich eine konkrete Lehre formuliert ist oder ob das ganze technische Gemurks nicht vielleicht daher kommt, dass man eine bloße Metapher, ein Bild mit den an eine Lehre gestellten Ansprüchen theoretisch überfordert, dass sie also kein konkretes Formprinzip des Rechtes selbst ist, sondern bloß ein heuristisches Hilfsmittel, das uns im besten Falle erlaubt, den Wust an historisch gegebenen Rechtsinhalten besser zu sortieren.

Ist das Bild des Stufenbaus philosophisch also ertraglos? Der folgende Beitrag versucht diese Frage zu untersuchen und innerhalb eines rechtspositivistischen Rahmens zu erklären, ob das Recht seinem Wesen nach stufengebaut ist oder nicht.

¹⁾ Zu diesen gehören in meiner Nomenklatur neben (i) der Lehre vom Stufenbau, (ii) die Lehre von der Normativität des Rechts, (iii) die Lehre von der doppelten Reinheit der Rechtslehre, (iv) die Lehre von der Grundnorm, (v) die Lehre von der vollständigen Rechtsnorm, (vi) und die Lehre von der alternativen Ermächtigung. In meiner Interpretation der Reinen Rechtslehre sind die verschiedenen Lehren alles theoretische Ausstrahlungen der einen grundlegenden Einsicht, dass das Recht eine Gewaltordnung ist. Die Verteidigung dieser Position wurde versucht in *Kletzer, Pure Theory*.

²⁾ Klassisch hierzu *Merkel, Rechtsantlitz* (2010); *Merkel, Problem der Rechtskraft; Merkel, Prolegomena* 1071–1112.

³⁾ Siehe etwa nur *Walter, Rechtsordnung; Öhlinger, Stufenbau; Jakab, Stufenbaulehre* 35–67; *Wiederin, Stufenbaulehre* 81–134; *Kammerhofer, Walter* 237–256; *Olechowski, Hierarchies; Potacs, Tree Diagram*.

II. Die Archetypizität der Stufenbaulehre

Gibt es also einen philosophischen Inhalt der Stufenbaulehre? Ein solcher Inhalt wäre etwa gegeben, wenn die Lehre vom Stufenbau einen unentbehrlichen Beitrag zu einer philosophischen Formulierung des Rechtsbegriffes leisten würde, wenn das Recht also begriffsnotwendig stufengebaut wäre. Ist dies nun der Fall?

Eine vordergründig explizite Antwort auf diese Frage gibt bekannter Weise *Hart*. Gemäß *Hart* kann das Recht seinem Begriffe nach nicht allein aus Verhaltensregeln bestehen, sondern muss auch sekundäre Normen enthalten, welche die Identifikation, Abänderung und Anwendung dieser Verhaltensnormen regeln. Primitives Recht, das gemäß *Hart* dadurch bestimmt ist, dass es eben nur primäre Verhaltensregeln enthält, ist für ihn ein „zweifelhafter Fall“⁴⁾ und in der letzten Analyse kein Recht im vollinhaltlichen Sinn.⁵⁾ Es ist letztlich gerade die Abgrenzung von diesen primitiven Rechtsformen – wie des alten, gewohnheitsrechtlichen Stammesrechtes und Teilen des heute bestehenden Völkerrechts – die *Hart* dazu bewogen hat, in seinen Begriff des Rechts ein rechtsdynamisches Minimum einzubauen und es als die Einheit von primären und sekundären Normen zu formulieren.

Diese für *Hart* im Begriffskern des Rechtes liegende Einheit von Normen verschiedener Ebenen bedeutet also, dass alles Recht begriffsnotwendig zumindest minimal – also zweistufig – stufengebaut ist.

Bei genauerer Betrachtung erweist sich der von *Hart* behauptete rechtsphilosophisch erhebliche Unterschied von primitivem und entwickeltem Recht, auf dem dann wiederum die notwendige Stufengebautheit des entwickelten, vollinhaltlichen Rechtes beruht, aber weniger als ein tatsächlicher Unterschied der Bauform von primitivem und entwickeltem Recht, sondern mehr als ein von *Hart* vollzogener Fokuswechsel von einer rein statischen auf eine zumindest teilweise dynamische Betrachtungsweise des Rechts. Während er primitives Recht rein statisch betrachtet, nimmt er beim entwickelten Recht den dynamischen Aspekt mit in den Blick. Das liegt aber keineswegs in der Natur der Sache selbst, denn auch primitives Recht lässt sich von einer dynamischen Warte aus betrachten.

Hart hat primitives Recht von seiner Analyse ausgeschlossen, weil seiner Meinung nach die Regeln einer primitiven Rechtsordnung ungewiss, statisch und ineffizient sind. Die von ihm dafür als Mängelbehelfe identifizierten sekundären Regeln der Rechtsausweisung, Rechtsabänderung und Rechtsanwendung sollen eben diese Mängel beheben und markieren den Punkt des Überganges von einer primitiven und daher vor-rechtlichen zu einer entwickelten und daher voll-rechtlichen Rechtsordnung. *Hart* scheint also zu behaupten, dass dem primitiven Recht eben diese sekundären Regeln fehlen.

Das kann aber schwerlich der Fall sein. Schließlich muss es auch in den von *Hart* beschriebenen primitiven Ordnungen möglich sein, das Recht als Recht zu identifizieren, es, wenn auch mühsam, zu ändern und es auf konkrete Fälle anzuwenden. Es muss also auch in primitiven Rechtsordnungen sekundäre

⁴⁾ *Hart*, Concept 3.

⁵⁾ *Hart*, Concept 94.

Regeln geben, nur dass diese (i) nicht explizit formuliert sind, und (ii) nicht durch zentrale Organe angewendet werden.

Welche der beiden Unterscheidungen ist nun für die Abgrenzung der primitiven Rechtsordnungen von den entwickelten für *Hart* ausschlaggebend? Die (i) implizite Natur der primitiven sekundären Normen kann nun für *Hart* kein Unterscheidungskriterium sein, denn auch in entwickelten Systemen ist gemäß seiner eigenen Analyse die Anerkennungsnorm meist „nicht explizit formuliert“.⁶⁾

Der wesentliche Unterschied zwischen primitiven und entwickelten Rechtsordnungen muss also sein, dass die sekundären Normen der primitiven Rechtsordnungen nicht zentral von dazu berufenen Rechtsorganen anerkannt und angewendet werden, sondern dezentral von allen Rechtsunterworfenen. Das wiederum heißt aber, dass der Unterschied zwischen primitiven und entwickelten Rechtsordnungen nicht, wie *Hart* annimmt, darin besteht, dass erstere *keine* sekundären Normen beinhalten, sondern allein darin liegt, *wer* diese sekundären Normen anwendet. Der Unterschied liegt also nicht in den Normen selbst sondern lediglich in der unterschiedlichen Betrachtung der Rechtsdynamik.

Diese Analyse würde natürlich die Archetypizität der Stufenbaulehre festigen, denn sie würde bedeuten, dass entgegen *Harts* Argumentationslinie auch primitives Recht stufengebaut wäre. Auf den ersten Blick scheint dieses Ergebnis auch den gewiegten Kelsenianer zu befriedigen: die für das Recht notwendige Voraussetzung der Grundnorm scheint ja ebenso eine minimale, zweistufige, Stufengebauthheit des Rechts unausweichlich zu machen.

III. Das Urbild des Rechts, die Grundnorm und der Stufenbau der Rechtsordnung

Ist damit unsere Frage nach der Archetypizität des Stufenbaus nicht geklärt? Leider nicht. Denn dieses Ergebnis träte nur dann ein, wenn wir unserer Analyse unkritisch weiterhin einen *Hart*'schen Rechtsbegriff zugrunde legen. *Kelsen* fasst aber den Rechtsbegriff bekanntlich grundsätzlich anders als *Hart*.

Gemäß der Reinen Rechtslehre kann das Urbild des Rechts nicht die Einheit von Rechtsregel und Rechtserzeugungsregel sein, denn auch außer-rechtliche Regelkomplexe könnten eine derartige dynamische Einheit aufweisen. Die Reine Rechtslehre versteht das Recht vielmehr als Zwangs- oder Gewaltordnung⁷⁾. Dass *Kelsen das Recht selbst* als eine Ordnung von Gewalt oder Zwang

⁶⁾ *Hart*, Concept 101.

⁷⁾ Grundsätzlich ist direkte, körperliche Gewaltanwendung (etwa das Töten einer Person, das gewaltsame Öffnen einer Türe) von Zwang im Sinne der bloßen Androhung der körperlichen Gewaltanwendung zu unterscheiden. Im Gegensatz zum englischen Begriff der „coercion“ beinhaltet der deutsche Zwangsbegriff aber auch einen Sinn von direkter Gewaltanwendung, wie etwa im Begriff der unmittelbaren behördlichen Zwangsgewalt klar wird. Der englische Begriff der „coercion“, hingegen, hat meiner Meinung nach eine stärkere Konnotation von bloßer Androhung der Gewaltanwendung. Letztlich ist der Gewaltbegriff der grundlegendere, denn er wird vom Zwangsbegriff vorausgesetzt, wobei umgekehrt der Zwangsbegriff vom Gewaltbegriff nicht vorausgesetzt wird.

bezeichnet,⁸⁾ und nicht bloß als die systematisch in Form von Normen artikuliert Forderung, eine bestimmte Ordnung unter Anwendung von Zwang in der Gesellschaft erst herzustellen, zeigt den grundsätzlichen Unterschied des Kelsen'schen Ansatzes im Gegensatz zu *Hart*. Dieser versteht das Recht ausschließlich als Summe von das Verhalten regelnden Normen und Normen über diese Normen. Für *Kelsen* besteht das Recht natürlich auch aus das Verhalten regelnden Normen. Eine Pointe der Reinen Rechtslehre ist es nun aber, dass das Recht das Verhalten nicht so regelt, wie es die Moral tut, d.h. dass es bestimmtes Verhalten als geboten anordnet und anderes als verboten untersagt, sondern es regelt das Verhalten, indem es Gewaltanwendung nicht erst an-ordnet, sondern ordnet. Es ordnet die Gewaltanwendung, *indem* es bestimmte Formen der Gewalt erlaubt und daher als Rechtsgewalt ausweist.⁹⁾ Die Anordnung ist daher nicht die grundlegende Operation des Rechts, sondern derivativ aus dem Gewaltordnungscharakter des Rechtes abzuleiten.

Diese Sichtweise hat aber für eine etwaige Stufengebauthheit des Rechtes weitreichende Konsequenzen. Während für *Hart* die rechtlich geregelte Erzeugung von primären Normen, d.h. von Verhaltensanordnungen im Zentrum steht, ist es für *Kelsen* die Frage nach der möglichen Geordnetheit von Gewaltanwendung, also der Frage nach dem Verhältnis von Normen zu tatsächlicher Gewaltanwendung. Für *Hart* und *Raz* ist diese Frage eine Randfrage und eine ihrem Wesen nach nicht rechtsphilosophische, sondern rechtssoziologische Frage. Bevor also die Frage nach dem Platz des Stufenbaus in der Kelsen'schen Rechtslehre beantwortet werden kann, muss kurz auf die Gründe eingegangen werden, warum der von *Kelsen* gewählte Fokus unbedingt dem Hart'schen und Raz'schen vorzuziehen ist.

Das Problem der Hart'schen und Raz'schen Ansicht ist, dass sie davon ausgehen, dass sich die Ordnung von Gewalt nebenbei, gleichsam wie von Zauberhand, ergibt, wenn man den Rechtsunterworfen nur sagt, was sie tun sollen. Aber die Frage nach der Möglichkeit der Ordnung von Gewalt ist natürlich nicht dadurch gelöst, dass man sie als Frage zurückweist.

Wie lässt sich Gewalt also ordnen? Dinge lassen sich mit Gewalt ordnen. Gewalt lässt sich, wie es scheint, immer nur mit größerer Gewalt ordnen. Es bleibt daher die Frage offen, wie sich die größte Gewalt überhaupt ordnen lassen kann, denn diese ordnende Gewalt wäre zwangsweise ungeordnet und grundsätzlich unordenbar.

Die scheinbare Unmöglichkeit der Lösung dieser Frage der Ordnung von Gewalt hat etwa *Carl Schmitt* dazu geführt, diese je größere, ordnende Gewalt als unhintergebar jedem Rechtssystem zugrunde gelegt zu betrachten und als Souveränität auszuweisen. Dieser zur Souveränität verbrämte Gewaltbegriff bleibt als ein für alle theoretische Anstrengungen jenseitiger, transzendenter und daher krypto-spirituelle Rest übrig, aus dem die Schmitt'sche Lehre ihre für viele anziehende Dunkelheit bezieht. Diese Konstellation ergibt sich indes nur,

⁸⁾ Sektion I.6.b der Reinen Rechtslehre ist wie folgt betitelt: „Das Recht: Eine Zwangsordnung“: *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 76.

⁹⁾ Siehe dazu bahnbrechend *Bobbio*, Law and Force 321–341.

wenn man ein zwar konventionelles, aber letztlich undurchdachtes Ordnungsmodell zugrunde legt, und zwar jenes nach dem Rechtsregeln den Weltzustand genauso ordnen wie es etwa die Moral (oder die Etikette) tun: nachdem ein unerwünschter Zustand identifiziert wurde, gibt die Moral Handlungsanweisungen und Anforderungen an die Hand, die aus diesem Zustand herausführen.

Die von *Raz* und *Hart* und in ihrer Gefolgschaft von dem Gutteil der anglo-amerikanischen analytischen Rechtsphilosophie gewählte Methode, den Schmitt'schen Obskurantismus zu vermeiden liegt darin, das Problem der Gewalt ganz zu leugnen und aus dem Kreis der Rechtsphilosophie auszuschließen, also den Obskurantismus dadurch zu vertreiben, dass man sich in Naivität zurückzieht. Die Naivität liegt darin, das Recht als von tatsächlichen Machtverhältnissen abgesondert zu sehen. Es ist daher nicht sonderlich überraschend, dass diese Art von theoretischer Ausrichtung schnell in Diskussionen über Gesellschaft von Engeln führt.¹⁰⁾ Gemäß dieser Lehre spricht das Recht in seinem Wesen zuerst unsere engelhaftige Seite an und nur *en passant* unsere menschliche. Das Problem dieser Naivität ist aber natürlich, dass sie dem Ansturm der Realität schutzlos gegenübersteht und daher stets Gefahr läuft, in den Schmitt'schen Abgrund zu fallen. Denn wenn auch in der ausgedachten Gesellschaft von Engeln Gewaltanwendung per definitionem nie stattfindet, ist sie, solange es Recht gibt, doch durchaus erlaubt. Die engelsgleiche Natur der Rechtsunterworfenen macht für das Bestehen oder Nichtbestehen einer Erlaubnis der Gewaltanwendung keinerlei Unterschied, denn genauso wenig wie ein Verbot dadurch invalidiert würde, dass sich niemand dem Verbot entgegengesetzt verhält, wird eine Erlaubnis nicht dadurch invalidiert, dass sich niemand dieser Erlaubnis bedient. Die Frage der Gewalt ist also auch in der Engelswelt nicht vom Tische.

Das Verhältnis von Recht und Gewalt muss also grundsätzlich anders gedacht werden will man die Scylla des Obskurantismus und die Charybdis des Angelismus vermeiden.

Gemäß der Reinen Lehre ordnet das Recht die Gewalt aber gerade nicht dadurch, dass es bestimmte Formen der Gewalt als verboten untersagt und andere als gesollt fordert. Es ordnet Gewalt dadurch, dass es bestimmte Formen der Gewalt *erlaubt* und dadurch als rechtmäßig, als Rechtsgewalt, also als die eigene Gewalt ausweist und so kooptiert. Die von *Schmitt* in den Raum gestellte Drohlage stellt sich also erst gar nicht. Das Recht muss keine höhere Gewalt finden, beschwören oder postulieren, sondern stellt sich in einer Art Hobbes'schem Manöver implizit auf die Seite der jeweils größten Gewalt, der historisch siegreichen Gewalt. Die Kelsen'sche Lehre, wonach das Recht demgemäß selbst souverän ist, ist daher viel mehr als ein frommes Bild oder eine liberale Beschwörung. Es stellt die klare Einsicht dar, dass genau dasjenige, was Schmitt als transzendenten, wilden, nicht auflösbaren Rest der Rechtsordnung gegenüberstellt, eben nicht außerhalb der Rechtsordnung liegt sondern innerhalb ihrer stattfindet.

Die Grundfigur des Rechts gemäß der Reinen Rechtslehre ist daher die Ausweisung bestimmter Gewaltakte als rechtmäßig. Rechtliche Gewaltanwen-

¹⁰⁾ *Raz*, *Practical Reason* 159.

dung erfolgt nur unter rechtlich geregelten Bedingungen. Das Urbild des Rechtes lässt sich daher wie folgt formulieren:

[1] Wenn X, dann ist Gewaltanwendung der Form Y erlaubt.

Die von der Hart'schen Rechtsphilosophie bevorzugte moralische Form

[2] Jeder unterlasse X!

ist dabei vom Rechtsinhalt natürlich nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr derivativ aus [1] zu erschließen.

Das Verhältnis von [1] und [2] wird dabei von *Kelsen* bekanntermaßen in der Figur der einseitigen Redundanz gefasst: Wenn [1] gegeben ist, dann ist [2] auch gegeben und daher überflüssig. Umgekehrt ist aber wenn [2] gegeben ist, [1] nicht schon gegeben und daher nicht überflüssig. „Hier zeigt sich, dass eine Norm ‚Du sollst nicht morden‘ überflüssig ist, wenn eine Norm gilt: ‚Wer mordet soll bestraft werden‘.“¹¹⁾

Der Clou der *Kelsen'schen* Rechtslehre ist nun folgender: dieses *Urbild* des Rechts [1] ist inhaltlich von der *Grundnorm* nicht zu unterscheiden, die *Kelsen* einmal so formuliert: „Zwangsakte sollen gesetzt werden unter den Bedingungen und auf die Weise, die die historisch erste Staatsverfassung und die ihr gemäß gesetzten Normen statuieren.“¹²⁾

Das von der Rechtsphilosophie formulierte Urbild des Rechts und die dem Recht vorausgesetzte Grundnorm sind also inhaltlich ununterscheidbar. Von der Warte der Rechtsphilosophie aus formuliert ist die Grundnorm daher der Ort an dem sich die Rechtsphilosophie in geltendes Recht ausschüttet. Umgekehrt, von der Seite des Rechtes aus formuliert, ist die Grundnorm der Ort an dem die Rechtsinhalte gedanklich als Recht fassbar werden.

Diese Einheit von Grundnorm und Urbild hat aber eine für die Beurteilung der Stufenbaulehre wesentliche Konsequenz, denn die Inhalte der Rechtsordnung finden sich nun nicht mehr *unterhalb* der Grundnorm, sondern *innerhalb* der Grundnorm. Alle positiven Rechtsinhalte lassen sich letztlich in die Variablen X und Y überführen und als Bedingungen für die Rechtmäßigkeit der Gewaltanwendung formulieren. Die Grundnorm steht also nicht an der Spitze der Rechtsordnung, sondern umfasst die gesamte Rechtsordnung lückenlos. Insofern wird auch die übliche Spannung aufgelöst, die man gerne darin finden mag, dass man in der Grundnorm das Bild einer Norm vor sich hätte, die dem Recht gleichzeitig zu Grunde liege und an ihrer Spitze stünde, also gleichzeitig ganz unten und ganz oben ist. Als Urbild ist die Grundnorm tatsächlich an allen Enden des Rechts zu finden. Die Grundnorm ist ja die vollständige Rechtsnorm in ihrer allgemeinen Form. Die Grundnorm sagt alles, was sich *grundsätzlich* über Recht sagen lässt. Die historisch gegebenen positiven Inhalte wiederum finden sich in X und Y.

¹¹⁾ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 113.

¹²⁾ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 359. Siehe auch *Bindreiter*, *Why Grundnorm* 21.

Da sich demgemäß die Rechtsordnung also nicht *unterhalb* der Grundnorm, sondern *innerhalb* ihrer findet, rückt das Bild des Stufenbaus philosophisch weiter in den Hintergrund.

IV. Zentralisierung und Hierarchisierung

Der Stufenbau der Rechtsordnung lässt sich dieser Analyse gemäß nicht im Rechtsbegriff selbst ausmachen. Vielmehr findet er seinen Eingang in das Recht vermittelt einer bestimmten Gestaltung der positivrechtlichen Bedingungen der Rechtmäßigkeit der Gewaltanwendung, also der oben genannten Variablen X und Y. Wie entwickelt sich also der Stufenbau innerhalb der Grundnorm konkret? Das Urbild des Rechts hatten wir wie folgt gefasst:

[3] Wenn alle rechtlichen Bedingungen (X) erfüllt sind, dann ist Gewaltausübung in rechtlicher Form (Y) erlaubt.

Recht allgemein hat diese Form und jeder positive Rechtsinhalt ist lediglich Inhalt, der die Variablen X und Y füllt.¹³⁾ Wie bereits oben ausgeführt hat diese Rechtsform selbst keine Geschichte. Sie ist gegenüber historischen Entwicklungen invariant und jede geschichtliche Bestimmtheit ist lediglich eine Bestimmtheit der Variablen X und Y.

In primitiven Rechtsordnungen ließe sich der Inhalt der Variablen X und Y wie folgt illustrieren:

Zu Beginn der Rechtsentwicklung konnte eine Tötung, gleichgültig, wie sie begangen wurde, nur zwei mögliche Folgen haben: Entweder, der Getötete hatte außerhalb der Rechtsgemeinschaft des Täters gestanden: Dann erfolgte von Rechts wegen nichts. Oder er hatte dazu gehört: Dann schied der Täter aus ihr aus, und zwar ganz unmittelbar, *ipso facto et jure*. Damit war er der Rache der Sippe des Verletzten preisgegeben.¹⁴⁾

Das Recht stipuliert hier, dass für den Fall, dass ein Sippenmitglied ein anderes tötet (= X), die Tötung des Mörders (= Y) erlaubt ist. Die von *Rehfeldt* gebrauchte reflexive Wendung *ipso facto (et ipso iure)* soll hier bedeuten, dass das Faktum selbst (und das Recht selbst), das heißt ohne Intervention oder vermittelnde Erklärung, also unmittelbar, die Erlaubnis stiften.

Spätestens seit *Kant* und *Hegel* wissen wir, dass derartige Unmittelbarkeiten philosophisch explosiv sind. Sie sind es, weil sie als Unmittelbarkeiten stipuliert und daher eben doch vermittelt sind. Abseits der reflexionsphilosophischen und dialektischen Tiefe dieser Problemlage zeigt sich diese Komplexität in der Rechtsrealität wie folgt: das „Faktum selbst“ in seiner Unmittelbarkeit,

¹³⁾ Dabei ist eine genaue Unterscheidung von X und Y streng nicht durchzuhalten. Denn es ließe sich jeder Inhalt von X in einen Inhalt von Y übersetzen. Die grundlegendere Variable ist meiner Meinung nach Y und wenn man die Verkürzung der Rechtsform auf die Spitze treiben möchte, dann ließe sich das Urbild des Rechts wie folgt formulieren: Gewaltausübung in rechtlicher Form (Y) ist erlaubt.

¹⁴⁾ *Rehfeldt*, Vergeistigung 380.

also unabhängig von seinem Vorkommen in der Rechtsrealität, kann per definitionem rechtlich natürlich gar nichts bedeuten oder erwirken, da es eben erst rechtlich vermittelt werden muss, um irgendeine Rechtswirkung zu haben. Dasselbe gilt von der Rechtsgeltung: das Recht selbst kann in seiner reinen Geltung, also unabhängig von seiner Anwendung, ebenso per definitionem keine Rechtswirkung haben.

Was ist mit dem *ipso facto* also gemeint? Die Unmittelbarkeit des Faktums kann nur bedeuten, dass nicht ein eigens dafür als zuständig erklärtes Organ, sondern jeder einzelne zu entscheiden hat, ob nun der A den B getötet hat oder nicht. Wie wir gesehen haben, bewirkt das Faktum der Tötung selbst, an sich genommen, rechtlich gar nichts. Um irgendeine Rechtsfolge zu haben, muss es erst in den Rechtsprozess eingespeist werden. Mit *Kant* könnte man sagen, dass das Faktum *an sich*, das noumenale Faktum, nur dann rechtlich bedeutsam werden kann, wenn es ein Faktum *für uns* und also ein phänomenales Faktum wird, wenn es also rechtlich in Erscheinung tritt. Die Unmittelbarkeit eines Faktums bedeutet dann lediglich, dass diese Einspeisung¹⁵⁾ in den Rechtsprozess nicht zentral vermittels einer dazu berufenen Institution stattfindet, sondern dezentral von jedem einzelnen Rechtsanwender.

„Unmittelbarkeit“ bedeutet daher letztlich nicht *unvermittelt*, sondern *dezentral vermittelt*. Diese notwendige Analyse der Unterscheidung unmittelbar/mittelbar in dezentral/zentral hat auch *Kelsen* ganz klar gesehen:

In primitive law, the individual whose legally protected interests have been violated is himself authorised by the legal order to proceed against the wrongdoer with...coercive means. This is called self-help. Every individual takes the law into his own hands. Blood revenge is the most characteristic form of this primitive legal technique. Neither the establishment of the delict nor the execution of the sanction is conferred upon an authority distinct from the parties involved or interested. In both these aspects the legal order is entirely decentralised...Nevertheless, in a primitive community the man avenging the murder of his father upon one whom he considers to be the murderer is himself regarded not as a murderer but as an organ of the community...The distinction between murder, as a delict, and homicide, as a fulfilment of a duty to avenge, is of the greatest importance for primitive society. It means that killing is only permitted if the killer acts as an organ of his community if his action is undertaken in execution of the legal order. The coercive act is reserved to the community, and is, in consequence, a monopoly of this community. The decentralisation of the application of the law does not prevent the coercive act as such from being strictly monopolised.¹⁶⁾

Das heißt also, dass die Rechtsform an sich schon vollständige Gewaltmonopolisierung leistet. Sobald Regel [1] in Erscheinung tritt, ist die Gewaltanwendung vollständig monopolisiert und auf der Ebene der Monopolisierung ist Rechtsgeschichte nicht denkbar. Rechtsgeschichte ist daher entgegen der gängigen Auffassung nicht Geschichte der Gewaltmonopolisierung, sondern lediglich als Geschichte der Prozesszentralisierung zu verstehen. Diese Geschichte der

¹⁵⁾ Siehe dazu *Jabloner*, How the Facts 97–110.

¹⁶⁾ *Kelsen*, General Theory 338–339.

Prozesszentralisierung wiederum führt inhaltlich erst einmal zu einer sukzessiven Stufenbauung der Rechtsordnung.

Wie findet also diese auf dem Boden einer bereits vollständigen Gewaltmonopolisierung geleistete Prozesszentralisierung statt? Die von *Rehfeldt* und *Kelsen* angesprochene dezentralisierte Rechtsregel sieht wie folgt aus:

[4] Wenn jemand jemanden anderen unrechtmäßig getötet hat, dann ist die Tötung des Töters erlaubt

Eine zentralisierte Variante dieser Regel wäre folgende:

[5] Wenn (ein berufener Richter festsetzt, dass) jemand jemand anderen unrechtmäßig getötet hat, dann ist die Tötung des Töters erlaubt.

Diese Regel stipuliert die Zentralisierung der rechtlichen Feststellung des die Erlaubnis der Gewaltanwendung auslösenden Faktums. Die in ihr erfolgte Entwicklung des Rechtsinhaltes X von „jemand hat jemanden anderen getötet“ hin zu „jemand setzt fest, dass jemand jemanden getötet hat“ ist von nicht zu überschätzender Bedeutung.

Erstens führt diese Abänderung dazu, dass weniger Raum für Uneinigkeit besteht. Denn über das Faktum ob „der A den B getötet hat“ lässt sich viel trefflicher streiten als über das Faktum ob „ein Richter festgestellt hat, dass A den B getötet hat“. Beides sind aber Fakten die als Bedingungen für die Erlaubnis der Gewaltanwendung in den Rechtsprozess eingespeist werden.

Zweitens aber ist nach der Einführung (oder dem Aufkommen) dieser Regel nun jeder Tötungsakt, der nicht auf der vorhergehenden Tatsachen-Feststellung durch einen Richter beruht, insofern verboten, als er nach sich zieht, dass der Töter selbst getötet werden darf. Das liegt daran, dass [5] implizit folgende Regel als Korollarium enthält:

[5'] Wenn jemand jemand anderen getötet hat, ohne dass ein berufener Richter festgesetzt hat, dass der Getötete jemanden anderen getötet hat, dann ist die Tötung des Töters erlaubt.

Die rekursive Natur dieser Regel hat die Auswirkung, dass jedwede Tötung von einem Richter „autorisiert“ sein muss, damit sie nicht die Folge hat, dass eine Tötung des letzten Töters rechtlich erlaubt ist.

Kurz zur Illustration: Man stelle sich vor, dass der A den B getötet hat, welcher wiederum niemanden getötet hat. Wenn nun der C den A tötet, wäre dies gemäß Regel [4] rechtlich erlaubt. Die Erlaubtheit dieser Tötung wiederum würde bedeuten, dass eine Tötung von C durch D unrechtmäßig wäre und dass daher eine Tötung von D rechtmäßig wäre und so weiter. Die Regel [5'] nimmt nun diese Regel nicht zurück. Sie qualifiziert lediglich ihre Auswirkung: wenn nun der D den C tötete, dann wäre das solange rechtmäßig, als C nicht von einem berufenen Richter dadurch zu der Tötung autorisiert wäre, dass der Richter festgestellt hätte, dass der A den B getötet hatte und daher die Tötung des A durch

den C erlaubt war. Ob nun der C ein Familienmitglied des B ist, der nach Rache sinnt oder ob es sich um einen öffentlichen Henker handelt, der keinerlei persönlichen Beziehungen zu B hat und vielmehr lediglich sein Amt ausführt macht für die Anwendbarkeit der Regel [5'] keinen Unterschied. Wesentlich ist lediglich, dass bei Fehlen einer Autorisierung die Tötung des C durch D erlaubt wäre. Jetzt ist es aber so, dass Regel [5'] auch für die Tötung des C durch D gilt. Auch D braucht also eine rechtlich explizite Erlaubnis durch einen Richter damit seine Tötung des C nicht dazu führt, dass wiederum seine eigene Tötung, sagen wir durch E, rechtlich erlaubt wäre. Aber Regel [5'] ist ebenso auf E anzuwenden, und so weiter. Das bedeutet nun, dass *jede* Tötung einer vorherigen Autorisierung durch einen Richter bedarf.

Dabei ist aber anzumerken, dass Regel [5'] die Erlaubtheit von Tötungen nicht einschränkt, sondern vielmehr ausweitet: gemäß Regel [4] wäre die Tötung von C unrechtmäßig. Gemäß Regel [5'] hingegen ist die Tötung von C hingegen erlaubt – solange sie von einem Richter autorisiert ist. Das Recht schränkt die Gewaltanwendung daher paradoxer Weise dadurch ein, dass sie die Gewaltanwendung erlaubt.

Damit ist ein wesentlicher Schritt in Richtung Zentralisierung getan. Der Weg hin zu einem entwickelten Rechtssystem ist aber natürlich noch weit. Ein weiterer Schritt auf diesem Weg wäre folgender:

[6] Wenn (ein berufener Richter festsetzt, dass) jemand jemand anderen getötet hat, dann ist die Tötung des Töters (durch einen berufenen Henker) erlaubt.

Diese Zentralisierung der Gewaltanwendung führt wiederum dazu, dass jede Tötung, die nicht von einem dazu berufenen Organ vollzogen wird, selbst zu einer Tötung berechtigt, da [6] wieder ein Korollarium enthält:

[6'] Wenn jemand, der nicht ein dazu berufener Henker ist, jemanden anderen tötet, ohne dass ein berufener Richter festgesetzt hat, dass jemand jemand anderen getötet hat, dann ist die Tötung des Töters erlaubt.

Weitere Schritte auf dem Weg zu einem entwickelten Rechtssystem würden sich etwa wie folgt darstellen:

[7] Wenn (ein ((vom Volksding)) berufener Richter festsetzt, dass) jemand jemand anderen getötet hat, dann ist die Tötung des Töters (durch einen ((vom Volksding)) berufenen Henker) erlaubt.

Und weiter:

[8] Wenn (ein ((vom Volksding (((, das nach Stammesregeln gebildet wurde,))))) berufener Richter festsetzt, dass) jemand jemand anderen getötet hat, dann ist die Tötung des Töters (durch einen ((vom Volksding (((, das nach Stammesregeln gebildet wurde,))))) berufenen Henker) erlaubt.