



Würzburger Vorträge
zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie
und Rechtssoziologie

58

Ralf Poscher

**Existenz und Geltung
des Rechts**

Herausgeber: Horst Dreier • Anja Amend-Traut



Nomos

<https://doi.org/10.5771/19783748949794>, am 25.11.2024, 07:43:40
Open Access –  – <https://www.nomos-elibrary.de/agb>

**Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie und Rechtssoziologie**

**Herausgegeben von Horst Dreier
und Anja Amend-Traut**

**Begründet von Hasso Hofmann, Ulrich Weber
und Edgar Michael Wenz**

Heft 58

Ralf Poscher

Existenz und Geltung des Rechts



Nomos

Die Veröffentlichung der Open Access-Ausgabe wurde durch die Max Planck Digital Library gefördert.

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

1. Auflage 2024

© Ralf Poscher

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-2331-8
ISBN (ePDF): 978-3-7489-4979-4

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748949794>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|---|----|
| I. | Die Mängel der theoretischen Angebote | 7 |
| 1. | Hans Kelsen und die Grundnorm | 7 |
| 2. | H.L.A. Hart und die Rechtserkenntnisregel | 11 |
| 3. | Alf Ross und die Ideologisierung des Geltungsbegriffs | 12 |
| 4. | Der relationale Geltungsbegriff | 14 |
| II. | Ambivalenzen des Geltungsbegriffs | 16 |
| III. | Geltung | 20 |
| 1. | Geltung singulärer Normen | 20 |
| a) | Geltung und Nomos | 20 |
| b) | Geltung und Verpflichtungsanspruch | 24 |
| c) | Geltung als Relation zwischen Subjekten | 25 |
| d) | Geltung als konstitutive Eigenschaft von Normen | 27 |
| 2. | Geltung der Verfassung | 28 |
| a) | Räumliche Bestimmung | 28 |
| b) | Zeitliche Bestimmung | 29 |
| c) | Geltung als hermeneutische Frage | 29 |
| d) | Geltung und Anwendbarkeit einer Norm | 31 |
| e) | Zwischenfazit | 33 |
| 3. | Relationale Geltung | 34 |
| a) | Einseitige Bedingtheit | 34 |
| b) | Asymmetrische gegenseitige Bedingtheit | 35 |
| 4. | Das Pferd von hinten aufzäumen | 40 |
| IV. | Existenz von Normen | 44 |
| 1. | Die ontologische Herausforderung | 44 |
| 2. | Abstrakte Gegenstände in der philosophischen Diskussion | 45 |
| 3. | Ansätze zur Ontologie von Rechtsnormen in der juristischen Diskussion | 49 |

| | |
|--|----|
| V. Ordnung im Teilchenzoo | 52 |
| 1. Existenz | 52 |
| 2. Geltung | 54 |
| 3. Wirksamkeit | 55 |
| 4. Legitimität | 56 |
| 5. Übersicht | 58 |
| VI. Konkurrenz von Geltungsansprüchen | 59 |
| 1. Verfassungskonkurrenz | 62 |
| 2. Geltung und Einheit des Rechtssystems | 64 |
| 3. Der Befehl des Räubers | 65 |
| VII. Geltung und Rechtsbegriff | 67 |
| Lebenslauf | 69 |
| Schriftenverzeichnis – Auswahl | 73 |

I. Die Mängel der theoretischen Angebote

Es gibt nur wenige rechtstheoretische Themen, in die so viel Tinte geflossen ist wie in das der Rechtsgeltung. Warum also noch mehr Zeit und Energie auf das Thema verwenden? Die Antwort ist einfach: weil alle bislang diskutierten Theorien an offensichtlichen Mängeln leiden. Die meisten sind widersprüchlich, können relevante Eigenschaften von Rechtsnormen nicht erklären oder müssen zu wenig überzeugenden Hypostasierungen greifen. Dabei ist das „Oder“ ein inklusives: Die meisten Theorien leiden gleich unter mehreren Defiziten.

Zur Demonstration sollen noch einmal die offensichtlichen Mängel der prominentesten und gängigsten Theorien in Erinnerung gerufen werden.

1. Hans Kelsen und die Grundnorm

Im deutschsprachigen Kontext prägt Hans Kelsens Grundnormtheorie die Geltungsdiskussion. In Merkl's und Kelsens Dynamik der Stufenbaulehre lässt sich der Geltungsbegriff zunächst sehr plausibel als Ableitungsverhältnis erklären. Die Verordnung gilt aufgrund der gesetzlichen Ermächtigung zum Verordnungserlass, das Gesetz aufgrund der verfassungsrechtlichen Regelung des Gesetzgebungsverfahrens und der Gesetzgebungskompetenzen.

Das absehbare Regressproblem, in das diese dynamische Geltungsvorstellung mündet, ist die Frage nach der Geltung der Verfassung. Die von Kelsen vorgeschlagene Lösung, die Annahme einer transzendental-logisch verstandenen Grundnorm als normhierarchischem Geltungsgrund der historisch ersten Verfassung,¹ wurde von niemand Geringerem als Stanley Paulson mit dem Churchill-Zitat „a riddle wrapped in a mystery inside an enigma“ charakterisiert.² Ähnlich fällt die Charakterisierung in der kürz-

1 *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), *Reine Rechtslehre – Studienausgabe der 2. Auflage* (Tübingen 2017), 204–209; zur Entwicklung von Kelsens Grundnormlehre *Uta Bindreiter*, *Why Grundnorm?*, *A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine* (The Hague 2002), 15–46.

2 *Stanley L. Paulson*, *The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm*, in: Luis Duarte d'Almeida (Hrsg.), *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law* (Oxford 2013), 43–61 (43).

lich erschienenen Einführung von Horst Dreier aus: „Die Grundnorm ist eine überaus schillernde, mysteriöse [...] Gedankenfigur.“³ Dass Kelsens Grundnorm zwar eine Vielzahl von Interpretationen, Kritiken und Rechtfertigungsversuchen hervorgebracht,⁴ aber keine Beruhigung der Geltungsdiskussion bewirkt hat, liegt an ihren Mängeln, von denen vier ins Auge springen:

Erstens stellt sich die Frage, warum das Regressproblem erst bei der Grundnorm abgeschnitten wird. Kelsen, der die Frage nach deren Geltung verbieten will, versäumt es nicht nur, eine überzeugende Begründung für das Verbot zu liefern, es bleibt auch unklar, warum der Regress nicht schon bei der Verfassung abgeschnitten wird, obwohl dies ebenso willkürlich wäre. Auch deshalb sah H.L.A. Hart in der Grundnorm eine überflüssige Verdopplung der Verfassung als Geltungsgrund der Rechtsordnung.⁵

Zweitens erklären abgeschnittene Regresse nichts. Was Geltung ausmacht und bedeutet, wird durch die Annahme der Grundnorm in keiner Weise erklärt. So wie sich die Frage nach der Geltung der Verfassung sinnvoll stellen lässt, gilt dies auch für jene nach der Geltung der Grundnorm. Deren Idee ließe sich beliebig iterieren, ohne dass deutlicher würde, was die Eigenschaft der Geltung jenseits einer Ableitungsbeziehung ausmacht.

Drittens haftet – und dies ist auch Kelsen selbst aufgefallen – dem Abbruch des Regresses und der Annahme dieser und nicht jener denkbaren Grundnorm etwas Beliebiges an. Um dem abzuhelpen, verfällt Kelsen darauf, dass eine Grundnorm nur für eine Rechtsordnung vorausgesetzt werden darf, die im Großen und Ganzen wirksam ist.⁶ Für den Kelsenianer, der die normativistische Grundüberzeugung der reinen Rechtslehre⁷ teilt, muss ein solcher Satz, der zu einem Synkretismus von Sein und Sollen greift, wie das Kratzen von Fingernägeln auf einer Schiefertafel klingen.⁸

3 Horst Dreier, Hans Kelsen zur Einführung (Hamburg 2023), 81.

4 Einen Überblick über die Literatur bieten *Bindreiter*, Why Grundnorm? (Fn. 1), 73–128; Jörg Kammerhofer, Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective (Oxford/New York 2010), 242 f.

5 H.L.A. Hart, The Concept of Law (1961), in: Penelope A. Bulloch/Joseph Raz/Leslie Green (Hrsg.), The Concept of Law (Oxford/New York, 3. Aufl. 2012), 293.

6 Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 1), 218–220.

7 Ganz zutreffend streicht *Matthias Jestaedt*, Geltung des Systems und Geltung im System, JZ 2013, 1009–1021 (1013–1015), den Normativismus und den Positivismus als die zentralen Grundüberzeugungen der reinen Rechtslehre heraus.

8 Vgl. etwa den Hinweis auf die Unvereinbarkeit mit dem Normativismusprojekt bei *Jestaedt*, Geltung des Systems und Geltung im System (Fn. 7), 1019 Fn. 78; und den Versuch einer Deutung als Ausdruck der „Methodenökonomie“ bei *Michael Pawlik*,

Aber nicht nur wenn man eine normativistische Rechtstheorie verfolgt, die normative Geltung und empirische Wirksamkeit strikt trennen möchte, und einen Gutteil der theoretischen Arbeit darauf verwendet, Normativität und Rechtsdogmatik auf der einen sowie Empirie und Rechtssoziologie auf der anderen Seite auseinanderzuhalten, um die Rechtstheorie gegen die vielfachen methodischen Synkretismen zu verteidigen,⁹ kann die Vermengung von Geltung und Wirksamkeit nicht überzeugen. Diese scheinen schlicht zwei unterschiedliche Eigenschaften von Normen zu sein, die nicht aufeinander zurückführbar sind. Es kann geltende Normen geben, die nicht wirksam sind, und nicht-geltende, die es sind. Auch wenn die Geltung von Normen sicher einen Einfluss auf deren Wirksamkeit hat und in Extremfällen, wie der Obsoleszenz, die mangelnde Wirksamkeit einer Norm auch ihre Geltung beeinflussen kann, erklärt uns Wirksamkeit – auch die im Großen und Ganzen – nicht, was Geltung ist.

Viertens sei nicht vergessen zu erwähnen, dass es sich bei der Annahme einer transzendental-logischen Grundnorm¹⁰ bestenfalls um schlechten Neukantianismus¹¹ handelt. So resümiert Horst Dreier – der im Übrigen durchaus zu zeigen versucht, warum eine kantianisch transzendental-logische Auffassung der Grundnorm „auf den ersten Blick nicht unplausibel“¹² scheint –: „Also kann man im Ergebnis wohl bestenfalls von einer ‚loose analogy‘ sprechen.“¹³ Matthias Jestaedt merkt an, „dass dort, wo Kelsen sich auf das Terrain der Profi-(Rechts-)Philosophen vorwagt, sein Instinkt und sein Judiz ihn nicht sicher leiten. Sowohl seine Anleihe bei der Kantischen Transzendentalphilosophie als auch seine Charakterisierung der

Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts. Ein kritischer Vergleich (Berlin 1993), 165.

- 9 Die Bekämpfung des Synkretismus besonders von rechts- und sozialwissenschaftlichen Methoden motivierte Kelsen von Beginn an, *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz (1911), in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen Werke*, Band 2 (Tübingen 2008), 53 (V).
- 10 *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 1), 204–209.
- 11 Zur Unhaltbarkeit der neukantianischen Deutung der Grundnorm *Paulson*, The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm (Fn. 2), 49–61; vgl. philosophiehistorisch kritisch zu den neukantianischen Wurzeln der Geltungsdiskussion *Dietmar von der Pfordten*, Kritik der Geltung, in: Michael Quante (Hrsg.), *Geschichte – Gesellschaft – Geltung* (Hamburg 2016), 693–702 (695–699).
- 12 *Dreier*, Hans Kelsen zur Einführung (Fn. 3), 90.
- 13 *Dreier*, Hans Kelsen zur Einführung (Fn. 3), 93.

Grundnorm als ‚echte Fiktion‘ im Sinne der Vaihingerschen Philosophie des Als-Ob lassen sich mit guten philosophischen Gründen kritisieren.¹⁴

Kelsen selbst war radikaler als seine Interpreten. Er verwarf sein transzendental-logisches Verständnis der Grundnorm als Denkvoraussetzung in späteren Jahren: „Meine ganze Lehre von der Grundnorm habe ich dargestellt als eine Norm, die nicht der Sinn eines Willensaktes ist, sondern die im Denken vorausgesetzt wird. Nun muß ich Ihnen leider gestehen, meine Herren, daß ich diese Lehre nicht mehr aufrechterhalten kann, daß ich diese Lehre aufgeben mußte. Sie können mir glauben, daß es mir durchaus nicht leicht war, eine Lehre aufzugeben, die ich durch Jahrzehnte vertreten habe. Ich habe sie aufgegeben in der Erkenntnis, daß ein Sollen das Korrelat eines Wollens sein muß. Meine Grundnorm ist eine fiktive Norm, die einen fiktiven Willensakt voraussetzt, der diese Norm setzt. Es ist die Fiktion, daß irgendeine Autorität will, daß dies sein soll. Sie werfen mir mit Recht vor, daß ich gegen eine eigene, von mir selbst vertretene Lehre spreche. Das ist vollkommen richtig: Ich mußte meine Lehre von der Grundnorm in ihrer Darstellung modifizieren. Es kann nicht bloß gedachte Normen geben, d. h. Normen, die der Sinn eines Denkaktes, nicht der Sinn eines Willensaktes sind. Was man sich bei der Grundnorm denkt, ist die Fiktion eines Willensaktes, der realiter nicht besteht.“¹⁵ Kelsen musste die Grundnorm am Ende selbst zu einer bloßen Fiktion erklären. Die wissenschaftstheoretische Herabstufung der Grundnorm, die darin liegt, sollte nicht unterschätzt werden, war die Kritik rechtswissenschaftlicher Fiktionen doch gerade das Ziel, das sich der junge Kelsen gesetzt hatte. So heißt es im Vorwort zu den „Hauptproblemen“ noch: „Und nichts ist für den Stand der heutigen Rechtswissenschaft so charakteristisch, als daß ihre Theorie von Fiktionen durchsetzt ist. Der Kampf gegen die Fiktion, diese verwerfliche Notlüge der Wissenschaft, ist eines der Ziele meiner Arbeit.“¹⁶

Fiktionen können gelegentlich hilfreich sein, um komplexere Zusammenhänge zu veranschaulichen, sie können aber auch Probleme kaschieren, Fragen abschneiden oder verdecken. Genau darin besteht die einzige „Leistung“ der Grundnormfiktion. Sie ist bestenfalls ein Pflaster auf einer klaffenden Wunde der Rechtstheorie, das die Wunde nicht heilt, sondern lediglich ihren Ort markiert.

14 *Jestaedt*, Geltung des Systems und Geltung im System (Fn. 7), 1011.

15 *Hans Kelsen*, Diskussionen – Existenz und Erkennbarkeit Gottes (Kelsens Beitrag), *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 8 (1963), 119–120 (119 f.).

16 *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Fn. 9), VIII.

2. H.L.A. Hart und die Rechtserkenntnisregel

Bei H.L.A. Hart liegen die Dinge noch einfacher als bei Kelsen. Für Hart entsteht Geltung mit der Einführung sekundärer Normen, die es erlauben, die primären Normen zu identifizieren, die zu einem Rechtssystem gehören. In den primitivsten Formen kann die Anerkennungsregel (rule of recognition) im Verweis auf eine autoritative Liste oder Sammlung von Normen bestehen, aus denen das Rechtssystem bestehen soll. „Further, in the simple operation of identifying a given rule as possessing the required feature of being an item on an authoritative list of rules we have the germ of the idea of legal validity.“¹⁷ Die Anerkennungsnorm erlaubt es zwar, wie bei Kelsen, die Frage nach der Geltung der historisch ersten Verfassung zu stellen und zu beantworten. Doch wie Kelsens Grundnorm wirft sie zugleich die Frage nach ihrer eigenen Geltung auf.¹⁸ Wie Kelsens Grundnorm soll auch Harts Anerkennungsnorm selbst keine geltende Norm sein. „We only need the word ‘validity’, and commonly only use it, to answer questions which arise within a system of rules where the status of a rule as a member of the system depends on its satisfying certain criteria provided by the rule of recognition. No such question can arise as to the validity of the very rule of recognition which provides the criteria; it can neither be valid nor invalid but is simply accepted as appropriate for use in this way.“¹⁹

Anders als bei Kelsen wird die Anerkennungsnorm aber nicht lediglich gedanklich vorausgesetzt, sondern lässt sich anhand der Praxis der offiziellen Rechtsanwender identifizieren.²⁰ Sie ist empirischer Natur: „[T]he rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.“²¹

Die faktische Anerkennung einer Norm durch den Rechtsstab ist für die Wirksamkeit von Rechtsnormen sicherlich von großer Bedeutung, doch auch die Anerkennungsregel gibt allenfalls darüber, nicht aber über die Geltung von Normen Auskunft. Dass der Rechtsstab geltendes Recht nicht anerkennt, ist ein rechtssoziologisch verstörender, aber kein selbstwidersprüchlicher Befund. Bei Hart erfahren wir daher lediglich etwas über

17 Hart, *The Concept of Law* (Fn. 5), 95.

18 Hart, *The Concept of Law* (Fn. 5), 108.

19 Hart, *The Concept of Law* (Fn. 5), 109.

20 Hart, *The Concept of Law* (Fn. 5), 109.

21 Hart, *The Concept of Law* (Fn. 5), 110.

die Wirksamkeitsbedingungen von Rechtsnormen, aber nichts über den Geltungsbegriff. Das trifft vielleicht auch sein Erkenntnisinteresse, verstand er seine Abhandlung doch auch als „an essay in descriptive sociology“.²²

3. Alf Ross und die Ideologisierung des Geltungsbegriffs

Alf Ross führt gleich zwei Geltungsbegriffe ein, von denen allerdings keiner die juristische Geltungsdimension von Rechtsnormen erfasst. Nach seiner vom logischen Empirismus inspirierten Variante des skandinavischen Rechtsrealismus²³ muss das Recht als rein empirisches Phänomen erklärt werden. Die beiden Geltungsbegriffe, die Ross einführt, lassen sich ins Deutsche – hierin im Vorteil gegenüber dem Englischen – gut mit den Begriffen „Geltung“ und „Gültigkeit“ übersetzen.²⁴ Ross entwickelt seine beiden Geltungsbegriffe als Beitrag zu einer besseren empirischen Beschreibung des Rechts. Er wendet sich gegen behavioristische Ansätze, die die Rechtsgeltung allein mit dem beobachtbaren rechtskonformen Verhalten der Rechtssubjekte erklären wollen.²⁵ Er erkennt demgegenüber, dass sich die Effektivität von Rechtsnormen nicht ohne Rückgriff auf die Verhaltensintentionen der Rechtsadressaten von bloßen Verhaltensgewohnheiten abgrenzen lässt. Vielmehr beruht die äußerlich beobachtbare Rechtsbefolgung, die „Geltung“ im Sinn von Ross, regelmäßig auf der Überzeugung von der Verbindlichkeit des Rechts, seiner „Gültigkeit“. „The concept of scientific validity contains two elements: partly the outwardly observable and regular compliance with a certain pattern of behaviour; partly the experiencing of this pattern as a socially binding norm.“²⁶

Gültigkeit ist die Überzeugung des empirischen formalen Rechtsgewissens, das die Befolgung einer Norm verlangt, weil es sich um eine Rechtsnorm handelt.²⁷ Nach Ross beruht das Rechtsgewissen auf einem sozialen Akkulturationsprozess, der im Wege der Gewöhnung zu einer Internalisie-

22 Hart, *The Concept of Law* (Fn. 5), 6.

23 Alf Ross, *On Law and Justice* (1959), in: Jakob v. H. Holtermann (Hrsg.), *On Law and Justice* (Oxford 2019), übersetzt durch: Uta Bindreiter, 81.

24 Alf Ross, *Directives and Norms* (London 1968), 104 Fn. 2; Ross, *On Law and Justice* (Fn. 23), 8.

25 Ross, *On Law and Justice* (Fn. 23), 23.

26 Ross, *On Law and Justice* (Fn. 23), 49.

27 Ross, *On Law and Justice* (Fn. 23), 68 f.

rung des Rechtsgehorsams führt.²⁸ Rechtsgültigkeit ist gleichsam die Rationalisierung dieses kausalen Prozesses, mit der eine soziale Ursachenkette in einen normativen Grund transformiert.²⁹ Für Ross ist Rechtsgültigkeit daher ein rein ideologisches Konstrukt der empirischen Rechtsmoral, das (wie auch andere Ideologien – der Glaube an Gott, den göttlichen Charakter des Herrschers oder die Heiligkeit der Nation) das Gewissen prägen kann.

Aus epistemischen Gründen sollen die maßgeblichen Gültigkeitsüberzeugungen für Ross allerdings nicht die aller Rechtssubjekte sein, weil diese sich kaum je ausreichend klar erfassen ließen. Maßgeblich sollen vielmehr die Gültigkeitsvorstellungen von Richtern und anderen offiziellen Rechtsanwendern³⁰ sein, die nicht nur verbindlich über die Anwendung des Rechts entscheiden, sondern sich bei ihren Entscheidungen auch bewusst an ihren Rechtsgültigkeitsvorstellungen orientieren.³¹ Aussagen über das geltende Recht sind demnach solche über die Wahrscheinlichkeit, dass Richter eine Rechtsnorm ihren Entscheidungen als gültig zugrunde legen. Geltung wird damit zu einem graduellen Phänomen. Mit dem Grad der Wahrscheinlichkeit steigt auch jener der Geltung einer Rechtsnorm.³²

Naheliegender scheint H.L.A. Harts Kritik, dass diese Geltungskonzeption zirkulär sei, da sie zur Konsequenz hätte, dass eine Richterin, die eine Norm auf ihre Geltung befragt, nach der Wahrscheinlichkeit fragen müsste, mit der sie die Geltung der Norm bejaht.³³ Ross hat die Kritik auf die von Hart in der damaligen englischen Übersetzung nicht wahrgenommene Ambiguität des „Validity“-Begriffs zurückgeführt.³⁴ Hart habe daher nicht

28 Ross, *On Law and Justice* (Fn. 23), 453.

29 Vgl. Hart, *The Concept of Law* (Fn. 5), 105, der hervorhebt, dass Richter Normen nicht als Vorhersage von Verhalten, sondern als Grund für ihre Entscheidung verstehen.

30 Ross, *On Law and Justice* (Fn. 23), 47, hier auch Anmerkung 1; Robert Alexy, Alf Ross' Begriff der Kompetenz, in: Andreas Hoyer/Hans Hattenhauer/Rudolf Meyer-Pritzl/Werner Schubert (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert* (Baden-Baden 2008), 43–64; Ross, *On Law and Justice* (Fn. 23), 47, hier auch Anmerkung 1.

31 Ross, *On Law and Justice* (Fn. 23), 46 f.

32 Ross, *On Law and Justice* (Fn. 23), 57.

33 H.L.A. Hart, *Scandinavian Realism*, *The Cambridge Law Journal* 17 (1959), 233–240 (237).

34 Alf Ross, *Review: Hans Kelsen, What is Justice?*, *California Law Review* 45 (1957), 564–570; die neuere Übersetzung unterscheidet daher zwischen „scientifically valid“ (geltend) und „valid“ (gültig), siehe Jakob v. H. Holtermann, *A note on the translation of „gyldig“ and „gældende ret“ as „valid“ and „scientifically valid law“*, in Ross, *On Law and Justice* (Fn. 23), xlv–xlix.

gesehen, dass sich die Richterin nicht an der empirischen *Geltung* des Rechts, sondern an der ideologischen *Gültigkeit* orientiere. Die Richterin befragt nicht die Rechtssoziologie, sondern ihr rechtliches Gewissen. Harts Kritik trifft allerdings insoweit zu, als auch Ross' Gültigkeit nicht verrät, auf welche Rechtsnormen sich der Rechtsbefolgungswille bezieht. Man wird vermuten dürfen: vor allem auf geltende. Doch der damit vorausgesetzte Geltungsbegriff entspricht weder Ross' Geltungs- noch dessen Gültigkeitsbegriff. In späteren Schriften führt er daher einen dritten Geltungsbegriff ein, den er wie Kelsen auf die juristischen Ableitungsverhältnisse bezieht, ohne die sich daraus ergebenden Regressprobleme zu lösen.³⁵ Die beiden in seinem Hauptwerk eingeführten Geltungsbegriffe beziehen sich allein auf die Wirksamkeit von Rechtsnormen: Geltung im Sinn von Ross meint die beobachtbare Befolgung einer Norm aufgrund der empirischen Normbefolgungsabsicht der Richterin, die auf einer ideologischen Gültigkeitsvorstellung als Phänomen der empirischen Moral beruht. „Geltung“ und „Gültigkeit“ beschreiben die psychisch vermittelte Wirksamkeit von Rechtsnormen. Beide Begriffe zielen auf die Prognose richterlicher Entscheidung. Über die juristische Geltung, die beiden Geltungsbegriffen vorausliegt, erfahren wir insoweit nichts.

4. Der relationale Geltungsbegriff

Angesichts des Regressproblems, mit dem traditionelle Geltungstheorien wie die von Kelsen und Hart wenig überzeugend ringen, gewinnt die naheliegende Forderung, den Geltungsbegriff schlicht auf innerrechtliche, normhierarchische Ableitungsbeziehungen zu beschränken, immer mehr Anhänger.³⁶ Hier scheint sich der Geltungsbegriff auch in der Praxis gut handhaben zu lassen. Dass ein Gesetz ungültig ist, weil entweder das Ge-

35 *Alf Ross*, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, in: Stanley L. Paulson (Hrsg.), *Normativity and Norms* (Oxford 1998), 147–163 (158); vgl. auch *Alf Ross*, *Directives and the “Validity” of Law*, in: Martin P. Golding (Hrsg.), *The Nature of Law* (New York 1966), 134–143.

36 *Marietta Auer*, *Rechtsgeltung: Verständnisse und Missverständnisse*, in: Michael Quante (Hrsg.), *Geschichte – Gesellschaft – Geltung* (Hamburg 2016), 683–692 (690); *Stephan Kirste*, *Rechtsbegriff und Rechtsgeltung*, in: Michael Quante (Hrsg.), *Geschichte – Gesellschaft – Geltung* (Hamburg 2016), 659–682 (672), „immanenter Geltungsbegriff“; *Giorgio Pino*, *Sources of Law*, in: John Gardner/Leslie Green/Brian Leiter (Hrsg.), *Oxford studies in Philosophy of Law*, volume 4 (New York 2021), 58–92 (76); *Nils Jansen*, *Die Geltung des Rechts, Begriffsgeschichte und Begriffsbildung*,

setzungsverfahren oder sein Inhalt gegen die Verfassung verstößt, ist eine Feststellung, mit der Verfassungsgerichte zwar vorsichtig sind, aber die sie doch immer wieder treffen.

Eine Beschränkung des Geltungsbegriffs auf entsprechende relationale Phänomene zwischen Normen unterschiedlicher Hierarchiestufen hieße indes, dass wir Geltungsaussagen in Bezug auf Normen an der Spitze der Hierarchie, d. h. etwa in Bezug auf die Verfassung, zu einem Kategorienfehler erklären müssten. Die Frage, ob eine Verfassung „gilt“, wäre ebenso wenig sinnvoll wie die danach, ob eine Frage wahr ist oder welche Farbe die Zahl Fünf hat. Man könnte vielleicht fragen, ob eine Verfassung wirksam ist oder ob sie moralischen Ansprüchen genügt, doch die Frage nach ihrer Geltung wäre schlicht unsinnig.

Allerdings liegen die Dinge so nicht. Die Frage, ob eine Verfassung gilt, erscheint durchaus sinnvoll und in keiner Weise fehlerhaft. Allein mit den neben der Geltung verbleibenden Eigenschaften der Wirksamkeit und moralischen Legitimität lässt sich die Wirklichkeit nicht abbilden. So ist etwa denkbar, dass die Bestimmung einer nicht, noch nicht oder nicht mehr geltenden Verfassung faktisch befolgt wird und den Standards der politischen Moral genügt. Der Umstand, dass sie nicht gilt, lässt sich mit den begrifflichen Ressourcen, die uns das relationale Geltungsverständnis belässt, nicht mehr ausdrücken. Geltung scheint auch eine Eigenschaft von Verfassungen zu sein, die sich aber mit der relationistischen Strategie nicht erfassen lässt. Der Stand der Diskussion bleibt daher unbefriedigend.

in: Carsten Bäcker (Hrsg.), *Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff* (Tübingen 2022), 401–417 (405).

II. Ambivalenzen des Geltungsbegriffs

Ein erster Schritt zur Lösung der Geltungsfrage kann darin bestehen, sie gleichsam einzukreisen und zunächst die Eigenschaften von Rechtsnormen ins Visier zu nehmen, die begrifflich problematisch erscheinen. In der Geltungsdiskussion lassen sich vier zentrale Eigenschaften von Rechtsnormen analytisch unterscheiden: Existenz,³⁷ Geltung, Wirksamkeit und Legitimität – moralische oder politische. Die Ambivalenzen des Geltungsbegriffs entstehen u. a. dadurch, dass all diese vier Eigenschaften mit dem Geltungsbegriff belegt oder in Verbindung gebracht werden. So ist etwa von juristischer, soziologischer und moralischer Geltung des Rechts die Rede,³⁸ und die Existenz von Rechtsnormen wird mit ihrer juristischen Geltung identifiziert. Das scheint jedenfalls aus zwei Gründen bereits terminologisch nicht zweckmäßig: nicht nur wegen der Verwechslungsgefahr und der Äquivokationen³⁹ beim nicht attributiv präzisierten Gebrauch des Geltungsbegriffs, sondern auch, weil die Terminologie nahelegt, dass es eine einheitliche oder grundlegende Geltungseigenschaft gebe, die sich lediglich attributiv unterscheidet. Indes haben die vier Eigenschaften lediglich gemein, dass es sich um Eigenschaften von Rechtsnormen handelt. Sie gehören jedoch so wenig unter einen Oberbegriff wie die Farbe und die Pferdestärken eines Autos. Um die Gefahren und Implikationen zu vermeiden, die sich mit einem attributiven Gebrauch des Geltungsbegriffs verbinden, sollen die vier Eigenschaften von Normen im Folgenden mit

37 Dabei soll hier die mit weiterreichenden semantischen, ontologischen und logischen Implikationen verknüpfte Debatte außer Acht gelassen werden, ob es sich bei „Existenz“ um eine Eigenschaft erster oder zweiter Ordnung handelt. Zu der Kontroverse, die in der Metaphysik bereits bei Aristoteles ihren Ausgang nimmt und heute zwischen drei größeren Lagern geführt wird – den Vertretern lediglich sekundärer Eigenschaftsqualität (Existenz als Instantiierung primärer Eigenschaften), den Meinongianern (Existenz als kontingente Eigenschaft erster Ordnung) und den Universalisten (allen Gegenständen kommt universell die Eigenschaft der Existenz zu, Nicht-Existenz als Mangel an raum-zeitlicher Verortung oder kausaler Wirksamkeit), s. *Michael Nelson*, Existence, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 5.5.2020, <https://plato.stanford.edu/entries/existence/>.

38 *Kirste*, Rechtsbegriff und Rechtsgeltung (Fn. 36), 669; *Jansen*, Die Geltung des Rechts (Fn. 36), 401.

39 *Wilhelm Vossenkuhl*, Was gilt. Über den Zusammenhang zwischen dem, was ist, und dem, was sein soll (Hamburg 2021), 254.

den vier Begriffen Existenz, Geltung, Wirksamkeit und Legitimität belegt werden.

Mit den vier Eigenschaften von Rechtsnormen sind unterschiedliche, teils strittige Fragen verbunden. Eine Reihe davon betrifft z. B. das Verhältnis der Eigenschaften zueinander – etwa jenes von Geltung und Legitimität. Die Debatte um moralische Geltungsvoraussetzungen des Rechts hat weite Teile des rechtsphilosophischen Diskurses der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts geprägt. Um über ihr Verhältnis sinnvoll diskutieren zu können, braucht es jedoch ein genaues Verständnis der Eigenschaften selbst. Erst wenn wir wissen, was genau wir mit den Begriffen adressieren, lassen sich Fragen nach ihrem konzeptionellen Verhältnis angehen. Wenn es etwa tatsächlich so wäre, dass die Geltung einer Rechtsnorm ihre spezifische Form der Existenz ist,⁴⁰ dann wäre das Verhältnis dieser beiden Eigenschaften das der Identität. Falls es sich um unterschiedliche Eigenschaften handelte, wäre das Verhältnis anders zu bestimmen.

Dabei ist das begriffliche Verständnis der vier Eigenschaften in unterschiedlichem Maße problematisch. Die Eigenschaften der Wirksamkeit und Legitimität werfen keine *begrifflichen* Verständnisfragen auf. Wenngleich unklar sein mag, welche empirischen Effekte einer Norm maßgeblich sein sollen und wie sie sich am besten erheben lassen, besteht keine Unklarheit darüber, dass die Wirksamkeit einer Rechtsnorm ihre empirischen Effekte in der sozialen Wirklichkeit meint.

Ähnliches gilt für die moralische und politische Legitimität von Rechtsnormen. Sie zielt zum einen auf die Ethik und die politische Moral als Maßstab für Rechtsnormen und zum anderen auf die moralische Pflicht zur Rechtsbefolgung. Die Inhalte der Legitimitätsvorstellungen mögen unterschiedlich akzentuiert werden und die Relevanz der Moral für die Geltung von Rechtsnormen mag umstritten sein; dies ändert allerdings nichts daran, dass die Legitimität des Rechts sich auf Normen der Moral bezieht. Dasselbe gilt für die Frage nach der moralischen Pflicht, das Recht zu befolgen. Auch wenn deren Begründung und Voraussetzungen Gegenstand lebhafter Diskussion sind,⁴¹ ist klar, was mit einer solchen Pflicht gemeint ist: Es handelt sich um eine reflexive Norm, die die Befolgung einer Rechts-

40 *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 1), 9.

41 Die Pflicht zur Rechtsbefolgung ist etwa einer der zentralen Gegenstände für Raz, s. nur *Joseph Raz*, The Obligation to Obey the Law, in: *Joseph Raz* (Hrsg.), *The Authority of Law* (Oxford 1979), 232–249; zu Raz' Konzeption *Thomas May*, On Raz and the Obligation to Obey the Law, *Law and Philosophy* 16 (1997), 19–36.

norm zum Gegenstand hat. Die aus ihr erwachsende moralische Pflicht unterscheidet sich von den Rechtspflichten, die sich mit den gegenständlichen Rechtsnormen verbinden.⁴²

Begriffliche Unklarheiten bestehen jedoch hinsichtlich der Existenz und der Geltung des Rechts. Die ungelösten Probleme des Geltungsbegriffs und das Regressproblem, in das er führt, wurden bereits beim Durchgang durch die gängigen Geltungstheorien offenbar. Nicht besser steht es um den Existenzbegriff. Besonders verwirrend sind verbreitete reduktionistische Versuche, Geltung und Existenz von Normen aufeinander abzubilden. Nach Kelsen bezeichnen wir „mit dem Wort ‚Geltung‘ [...] die spezifische Existenz einer Norm“.⁴³ Auch Joseph Raz erläutert Geltung in diesem Sinn: „Rules [...] are things the content of which is described by some normative statements and such statements are true if the rules exist, i.e. are valid, and not true if the rules do not exist, i.e. are not valid.“⁴⁴

Das erscheint wenig überzeugend,⁴⁵ nicht nur hinsichtlich unseres Sprachgebrauchs, sondern auch hinsichtlich unserer rechtlichen Praxis. Wir können nicht von einem verheirateten Junggesellen sprechen, aber von nicht geltenden Rechtsnormen, deren Existenz wir ja voraussetzen, wenn wir ihnen Prädikate wie das der Geltung vorenthalten. Gegenstand verfassungsgerichtlicher Verfahren können verfassungswidrige, ungültige Gesetze sein. Sie müssen aber existieren, um sie zum Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens machen zu können.

In der Wiener rechtstheoretischen Schule hat man dieses Problem immerhin gesehen und eine Reihe von Strategien entwickelt, um unseren Umgang mit ungültigen Rechtsnormen zu erklären. Adolf Julius Merkl entwickelte hierfür seine Lehre vom „Fehlerkalkül“⁴⁶ und Hans Kelsen

42 Sehr klar insoweit etwa Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law* (Fn. 35), 154.

43 Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Fn. 1), 9.

44 Joseph Raz, *Legal Validity*, ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy 63 (1977), 339–353 (341).

45 Kritisch zu dieser Gleichsetzung auch Kirste, *Rechtsbegriff und Rechtsgeltung* (Fn. 36), 666 f.; Paolo Sandro, *Unlocking Legal Validity: Some Remarks on the Artificial Ontology of Law*, in: Pauline Westerman/Jaap Hage/Stephan Kirste/Anne Ruth Mackor (Hrsg.), *Legal Validity and Soft Law* (Cham 2018), 99–123 (109–117).

46 Adolf Julius Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, Rechtsinhalt und Rechtsform* (1931), in: Dorothea Mayer-Maly/Herbert Schambeck/Wolf-Dietrich Grussmann (Hrsg.), *Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Erster Band: Grundlagen des Rechts* (Berlin 1993), 437–492 (490 f.).

seine Theorie der „alternativen Ermächtigung“^{47,48}. Doch zum einen lassen sich entsprechende Ansätze leicht ad absurdum führen, wenn sie nur konsequent zu Ende gedacht werden – erwähnt sei nur die Anwendung der alternativen Ermächtigungslehre auf die Normen, die die Kompetenz zur Anwendung der alternativen Ermächtigung regeln. Zum anderen helfen sie nicht, die Existenz von Rechtsnormen in anderen Zusammenhängen zu erklären. Normen in Gesetzentwürfen oder in verkündeten Gesetzen vor ihrem Inkrafttreten scheinen bereits zu existieren, noch bevor sie gelten. Wenn aber Geltung und Existenz nicht aufeinander abgebildet werden können, wie soll die Existenz von Rechtsnormen dann ontologisch beschrieben werden?

Es sind also sowohl der Geltungs- als auch der Existenzbegriff, die für die ärgsten begrifflichen Verwirrungen sorgen. Sie sollen daher im Zentrum dieser Abhandlung stehen. Nachdem die mit ihnen in Bezug genommenen Eigenschaften in ihrem jeweiligen Eigenstand erläutert wurden, können auch Verhältnisse zwischen allen vier Eigenschaften kartographiert werden.

47 *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925), in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Allgemeine Staatslehre – Studienausgabe (Tübingen 2019), 601 f.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 1), 481–484.

48 Zu den beiden Ansätzen *Patrick Hilbert*, Fehlerkalkül oder Alternativbestimmungen – Zu den Strategien der Geburtshilfe im Stufenbau der Rechtsordnung, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 72 (2017), 549–576; *Rodrigo Garcia Cadore*, Alternativermächtigung vs. Fehlerkalkül: Wie geht das Recht mit Fehlern um?, in: Matthias Jestaedt / Ralf Poscher / Jörg Kammerhofer (Hrsg.), *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand* (Stuttgart 2020), 177–201.

III. Geltung

Auch wenn die Frage nach der Existenz von Normen jener nach ihrer Geltung systematisch vorausliegt, soll mit dem Geltungsbegriff begonnen werden, um ihn zunächst von seiner Verbindung mit der Existenz von Rechtsnormen zu befreien. Das schafft den Freiraum, neu über die Existenzfrage nachzudenken.

1. *Geltung singulärer Normen*

Für den Geltungsbegriff soll der Stier gleich bei den Hörnern gepackt werden, indem nach der Geltung von Normen in nicht-relationalen Zusammenhängen gefragt wird. Was bedeutet es, wenn wir von der Geltung der Verfassung sprechen, oder allgemeiner: Was bedeutet der Begriff der Geltung für singuläre Normen? Denn darüber, dass der Geltungsbegriff unterhalb der Verfassung, innerhalb eines hierarchischen Normsystems, eine sinnvolle Funktion erfüllt, besteht Einigkeit. Keine Einigkeit besteht hingegen hinsichtlich der Geltung der Verfassung als oberster Ebene eines Normsystems. Hier ist unklar, was mit Geltung gemeint ist, da man sich nicht mehr auf einen hierarchischen Ableitungszusammenhang beziehen kann. Ersatzweise greift man zu metaphysischen Spekulationen über transzendente Grundnormen, weicht auf soziologische Anerkennungspraktiken aus oder nimmt wenig überzeugend einen Kategorienfehler an. Eine Erklärung dessen, was mit der Geltung einer Norm gemeint ist, muss daher an dieser Stelle ansetzen. Es gilt aufzuzeigen, was mit Geltung außerhalb gestufter Normsysteme gemeint ist und wie sich der Geltungsbegriff sinnvoll auf die oberste Ebene eines Normsystems – in modernen Rechtssystemen zumeist die Verfassung – anwenden lässt.

a) Geltung und Nomos

Zu diesem Zweck soll kurz ein Autor in die Geltungsdiskussion eingebracht werden, der zwar zu den meistrezipierten deutschsprachigen Juristen gehört, aber selten mit dem Geltungsbegriff in Verbindung gebracht wird – *horribile dictu*: Carl Schmitt.

In Schmitts Spätwerk steht der Begriff des Nomos im Zentrum. Er dient ihm in „Nomos der Erde“ dazu, den tullerischen Zusammenhang von Landnahme und Rechtsform zu entwickeln. Für Schmitt lässt sich anhand dieses Zusammenhangs der substanzielle Kern des Rechts unterschiedlicher Gesellschaftsformen erklären, den eine formale positivistische Perspektive nicht erfassen kann. Schmitt spannt den Bogen von den nomadischen Kulturen über frühe Agrargesellschaften, das Feudalsystem und die westfälische Ordnung bis in die Gegenwart, in der die Landnahme in den Weltraum ausgreift. Uns soll hier aber weder die Plausibilität dieser immer wieder spekulativen Reformulierung seiner Großraumtheorien interessieren⁴⁹ noch die haarsträubenden Rechtfertigungen schwerster Menschheitsverbrechen, zu denen er sie heranzieht.

Eine kleine Kostprobe soll genügen: „Bei völlig unzivilisierten Völkern war die Macht der eingeborenen Häuptlinge kein Imperium, die Nutzung des Bodens durch die Eingeborenen kein Eigentum. [...] Hier brauchte der landnehmende Staat hinsichtlich der Rechte am Boden [...] keine Rücksichten zu nehmen [...] Der landnehmende Staat kann das genommene koloniale Land hinsichtlich des Privateigentums [...] als herrenlos behandeln.“⁵⁰ Wenn es etwas Anzügliches mit einem Seitenhieb auf das Grundgesetz sein soll, kann Schmitts Nahme-Konzeption der Ehe als Beispiel dienen: „In jenen Zeiten also nahm der Mann die Frau. Die Frau erkannte den Mann und unterwarf sich demnach der Nahme. Dieses Nehmen der Frau war weder Raub und Vergewaltigung, noch war es ein Ferien-Erlebnis [...] Der Mann, der in jener besonderen Weise die Frau nahm, gab ihr seinen Namen; die Frau nahm den Namen des Mannes [...] Heute ist das alles ganz anders und sogar von Gesetzes- und Verfassungswegen desavouiert. Mann und Frau sind auf Grund einer automatisch wirkenden Bestimmung des Bonner Grundgesetzes gleichberechtigt. [...] Wir tun jedoch gut daran, den tieferen Zusammenhang von Nahme und Namen zu bedenken, damit wir wissen, was die Ehe unserer Väter war [...] Wir würden ja nicht einmal mehr unseren eigenen Namen begreifen, wenn die Einheit von Nahme und Namen aus unserm Gedächtnis gestrichen würde.“⁵¹ Den kolonialistischen

49 Zu deren Aktualität und Modernisierbarkeit etwa *Reinhard Mehring*, Der „Nomos“ nach 1945 bei Carl Schmitt und Jürgen Habermas, *forum historiae iuris*, 30.04.2006, <https://forhistiur.net/2006-04-mehring/>.

50 *Carl Schmitt*, Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum (Berlin 1950), 171.

51 *Carl Schmitt*, Nomos – Nahme – Name, in: Siegfried Behn (Hrsg.), Der beständige Aufbruch (Nürnberg 1959), 92–105 (103).

Rechtfertigungen und polysemierenden⁵² Geschmacklosigkeiten soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Der geltungstheoretische Punkt knüpft nicht nur nicht an Schmitts Theorie der Landnahme an, sondern er würde in ihm wohl eher eine Travestie erblicken, richtet sich sein Konzept des Nomos doch gerade gegen die „Übernahme moderner Fachabstraktionen [...], die [...] den *Nomos* als ‚das bei einer Gruppe von Lebewesen Geltende‘ definiert und ihn auf diese Weise in die neuzeitliche Kategorie des ‚Geltens‘ und in einen sehr speziellen Normativismus hineinzieht.“⁵³

Von theoretischem Interesse ist aber die von Schmitt an den Anfang seiner tullerischen Völkerrechtstheorie gestellte Etymologie des Nomos-Begriffs.⁵⁴ Demnach hat der Begriff im Altgriechischen mehrere, für Schmitt allerdings aufeinander bezogene Bedeutungen, die später von den Bibliothekaren in Alexandria, die die Homerischen Texte überlieferten, durch die Verwendung von Akzenten markiert wurden.⁵⁵ Das Wort hat demnach mit erstsilbiger Betonung „Nòmos“ die Bedeutung von „Ordnung“ und später auch „Gesetz“ – mit zweitsilbiger Betonung „Nomós“ hingegen die Bedeutung von „räumlicher Bezirk“. Schmitt führt beide auf eine gemein-

52 Zu Schmitts Ableitung von Name aus Nahme *Thomas Schestag*, Namen nehmen, Zur Theorie des Namens bei Carl Schmitt, MLN (Moder Language Notes) 122 (2007), 544–562.

53 *Carl Schmitt*, Nehmen/Teilen/Weiden (1953). Ein Versuch, die Grundfragen jeder Sozial- und Wirtschaftsordnung vom Nomos her richtig zu stellen, in: Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954 (Berlin 1958), 489–504 (489 f.).

54 Zur Bedeutung des Nomos-Begriffs bei Schmitt s. etwa *Hermann Schmidt*, Der Nomosbegriff bei Carl Schmitt, *Der Staat* 2 (1963), 81–108 ; *Wolfgang Palaver*, Carl Schmitt on Nomos and Space, *Telos* 106 (1996), 105–127 ; *Katerina Stergiopoulou*, Taking “Nomos”: Carl Schmitt’s Philology Unbound, *October* 149 (2014), 95–122; *Jerzy Zajadlo*, The Concept of Nomos – Some Remarks, *KP* 12 (2020), 143–161 (148–155); zur antisemitischen Stoßrichtung des Nomos-Begriffs bei Schmitt *Raphael Gross*, Carl Schmitts »Nomos« und die »Juden«, *Merkur* 47 (1993), 410–420; *Palaver*, Carl Schmitt on Nomos and Space (Fn. 54), 112–117. Schmitts Grabstein trägt die Inschrift: „KAI NOMON ΕΓΝΩ“ (Und erkannte ihren Nomos), nach seiner Umdeutung eines Fragments aus dem ersten Satz der Odyssee: „Ich meine die bekannte Stelle am Anfang der Odyssee I, 3, die in der herrschenden Version καὶ νόον ἔγνω gelesen wird. Ich ziehe die Lesart καὶ νόμον ἔγνω vor.“, *Schmitt*, Nomos – Nahme – Name (Fn. 51), 55 f. Zum Grabmal *Reinhard Mehring*, Carl Schmitt, Aufstieg und Fall (München, 2. Aufl. 2022), 584; allgemein zum Professorengrab *Folker Reichert*, Tod und Verklärung. Das Professorengrab als biographisches Zeugnis, *Historische Zeitschrift* 307 (2018), 370–411, zu Schmitt 409. Zur Raumdimension des Nomos-Begriffs auch *Hannah Arendt*, *The Human Condition* (Chicago, 2. Aufl. 1998), 63 f.; *Hannah Arendt*, *On Revolution* (London 1963), 186–187, 275, 281.

55 *Schmitt*, Nomos – Nahme – Name (Fn. 51), 99.

same Wurzel zurück: „Nomos dagegen kommt von *nemein*, einem Wort, das sowohl ‚Teilen‘ wie auch ‚Weiden‘ bedeutet. Der Nomos ist demnach die unmittelbare Gestalt, in der die politische und soziale Ordnung eines Volkes räumhaft sichtbar wird, die erste Messung und Teilung der Weide, d. h. die Landnahme und die sowohl in ihr liegende wie aus ihr folgende konkrete Ordnung“.⁵⁶

Den etymologischen Befund zieht Schmitt heran, um seine Annahme zu stützen, dass die Landnahme als Abgrenzung eines räumlichen Bezirks wie auch seine rechtliche Ordnung gleichursprünglich und in ihrem substanziellen Gehalt aufeinander verwiesen sind. Angesichts der komplexen Quellenlage ist Schmitts philologische Rekonstruktion nicht ohne Kritik geblieben. Philologische Kritiker räumen zwar ein, dass „*nemein*“ im Sinne von „verteilen“ verwendet wurde, allerdings ohne einen notwendigen oder auch nur im Vordergrund stehenden geographischen Bezug.⁵⁷ Auch soll „*Nomós*“ zeitlich deutlich vor „*Nómos*“ Verwendung gefunden haben.⁵⁸ Schmitts Gleichursprünglichkeitsthese wird daher auch der Vorwurf des Anachronismus gemacht.⁵⁹ Letztlich geht dieser dahin, dass Schmitt eine reiche und vielschichtige Quellenlage willkürlich in seine Theorie der Landnahme zwingt.⁶⁰ Doch gleichgültig wie sich die Dinge im Detail etymologisch verhalten, wird nicht bestritten, dass Nomos – in welcher genauen zeitlichen Abfolge auch immer – beide Bedeutungen aufwies, die Schmitt wichtig waren. Im Übrigen gilt, dass auch philologische Missverständnisse sich im Detail als rechtstheoretisch produktiv erweisen können.

Für die Frage nach dem Gehalt des Geltungsbegriffs ist die philologisch unumstrittene Doppelbedeutung von Nomos im Sinn von Gesetz und Bezirk von Interesse, weil sie auf einen systematischen Zusammenhang zwischen Normen und geographischen Räumen verweist, der in der Geltungs-

56 Schmitt, *Der Nomos der Erde* (Fn. 50), 39 f.

57 Thanos Zartaloudis, *The Birth of Nomos* (Edinburgh 2019), 119.

58 Zartaloudis, *The Birth of Nomos* (Fn. 57), 120.

59 Zartaloudis, *The Birth of Nomos* (Fn. 57), 117.

60 Zartaloudis, *The Birth of Nomos* (Fn. 57), 119; Schmitt, *Nehmen/Teilen/Weiden* (1953) (Fn. 53), 490, war sich der möglichen philologischen Kritik scheinbar bewusst: „Wir sind bereit, uns von den Philologen belehren zu lassen, aber wir möchten zugleich den ursprünglichen Sinn des Nomos für Probleme des menschlichen Zusammenlebens fruchtbar machen und laden die Philologen ein, uns einmal für einen Augenblick zu folgen. Wir suchen den einfachsten Ansatz, um durch alle fachlichen Spezialisierungen hindurch die Struktur verschiedener Sozialordnungen und Doktrinen zu erkennen und für den Kern ihrer Ethik und ihres Geschichtsbildes die richtige Fragestellung zu finden.“

diskussion wenig beachtet wird, aber einen Hinweis darauf gibt, wie sich der Geltungsbegriff allgemein rekonstruieren lässt, d. h. auch für Normen, die nicht in einer Hierarchie eingebettet sind. Der Raumbezug des Nomos macht deutlich, inwiefern die Frage nach der Geltung auch hierarchisch nicht eingebundener Normen sinnvoll sein kann. So muss jeder NómoS als Gesetz in einem Nomós als Raum *gelten*. Jede Norm muss gleichsam einen räumlichen Index mit sich führen, der angibt, für welches geographische Gebiet sie gilt.

Auch rechtshistorisch hat der Geltungsbegriff häufig diesen räumlichen Bezug. So wurden „validitas“ oder „valere“ etwa in den Lehren zu den Statutenkollisionen im Spätmittelalter herangezogen, um die Geltungsansprüche einzelner territorialer Statuten voneinander abzugrenzen.⁶¹ Erst später wird der Geltungsbegriff verwendet, um Normverhältnisse in hierarchisch gedachten Rechtsordnungen auszudrücken.⁶² Doch auch die Normen an der Spitze einer Normenhierarchie, die sich für herkömmliche Geltungsverständnisse als problematisch erwiesen haben, führen einen räumlichen Geltungsindex mit sich. Daher könnte etwa sinnvoll die Frage gestellt werden, ob das Grundgesetz auch in Frankreich oder den ehemals deutschen Gebieten in Polen *gilt*. Die doppelte Bedeutung von Nomos als Norm und Bezirk ist ein Hinweis darauf, dass für die Verfassung gilt,⁶³ was letztlich für alle Normen gilt: nämlich dass sie eine Angabe dazu enthalten müssen, für welchen Raum, oder kurz: wo sie *gelten*.

b) Geltung und Verpflichtungsanspruch

Im Sinne des Nomós als Bezirk zielt Geltung auf den Raum, in dem eine Norm ihren *Verpflichtungsanspruch* erhebt. Der Verpflichtungsanspruch einer Norm unterscheidet sich sowohl von ihrer Wirksamkeit als auch von

61 *Kristin Boosfeld*, Die Lehren von der Statutenkollision. Eine Deutungsgeschichte aus Raum und Recht (2023), 6 f., 43 f.; Beispiele zur Verwendung des Geltungsbegriffs bei der Charakterisierung der zeitlichen Grenzen des Verpflichtungsanspruchs in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts bei *Jansen*, Die Geltung des Rechts (Fn. 36), 410.

62 *Maris Köpcke Tinturé*, A Short History of Legal Validity and Invalidity, Foundations of Private and Public Law (2019), 3 f., 128–135, 140 f.; s. auch *Jansen*, Die Geltung des Rechts (Fn. 36), 405–412.

63 Für den Verweis auf einen Gegenstandsbereich lässt sich „gelten“ nicht nur für Normen verwenden, sondern auch für deskriptive Aussagen. Geltung bezieht sich dann auf den Gegenstandsbereich, für den eine deskriptive Aussage ihren Wahrheitsanspruch erhebt.

ihrer Legitimität. Geltung hängt nicht davon ab, ob eine Norm tatsächlich eingehalten oder im Sinn einer empirischen Moral – Ross' Gültigkeit – von den Normunterworfenen anerkannt wird. Sie bezieht sich auch nicht darauf, ob es legitime Gründe einer objektiven Moral gibt, eine Norm zu befolgen. Sie meint vielmehr im Fall des Geltungsgebiets, in welchem Raum eine Norm gleichsam nach ihrem Selbstverständnis zu verpflichten beansprucht.

Nehmen wir das christliche Gebot der Nächstenliebe. Nach seinem Selbstverständnis erhebt es seinen Verpflichtungsanspruch an jedem Ort, ganz unabhängig davon, ob und inwieweit es tatsächlich an jedem Ort eingehalten und anerkannt wird, und auch unabhängig davon, ob es sich – etwa auch jenseits des christlichen Glaubens – moralisch rechtfertigen lässt. Geltung zielt allein auf den Anspruch auf Verpflichtung, den eine Norm erhebt, losgelöst von den unterschiedlichen Formen ihrer Wirksamkeit oder Legitimität.

c) Geltung als Relation zwischen Subjekten

Verpflichtungen und Verpflichtungsansprüche sind relationaler Natur. Normen stiften eine Verpflichtungsrelation. Diese besteht nicht zwischen Normen und Räumen, sondern zwischen intentionalen Subjekten. Nur sie können Normen erlassen, befolgen oder brechen. Dabei reicht es freilich aus, wenn die verpflichtende Instanz lediglich als intentionales Subjekt vorgestellt wird. Das Gebot der Nächstenliebe wird im Christentum nicht durch irdische Subjekte erhoben, sondern durch einen persönlich vorgestellten Gott. Ähnlich werden die Normen des Vernunftrechts nicht als Schöpfung einzelner realer Personen vorgestellt, sondern als Ausdruck einer überindividuellen, mit Intentionalität begabten Vernunft.

Die doppelte sprachliche Wurzel des Nomos-Begriffs verweist also nicht darauf, dass ein Verpflichtungsanspruch gegenüber einem Raum erhoben wird, sondern darauf, dass ein Nomós als Gebiet genutzt wird, um die Adressaten des Verpflichtungsanspruchs des Nómoos als Gesetz zu bestimmen. Der Verweis auf den Geltungsraum von Normen dient dazu, die dadurch ansprechbaren Subjekte zu identifizieren, die Adressaten des Verpflichtungsanspruchs sind; der Raum hat hier eine Vermittlungsfunktion: Er vermittelt die Adressaten des Verpflichtungsanspruchs. In einem ersten Zugriff lässt sich sagen, dass sich Geltung auf den Verpflichtungsanspruch

einer Norm gegenüber ihren Adressaten bezieht. Durch unterschiedliche Parameter wie den Geltungsraum oder die Geltungszeit kennzeichnet Geltung die Adressaten des Verpflichtungsanspruchs einer Norm. Dies entspricht auch der historischen Verwendung des Geltungsbegriffs. Bei Bartolus etwa bezeichnet „valere“ die personale Bindungswirkung territorialer Statuten gegenüber Mitgliedern des Klerus.⁶⁴

Im Zusammenhang mit der Geltungsdiskussion hat Dietmar von der Pfordten daran erinnert, dass Rechtsnormen nicht nur verpflichten, sondern auch verbieten, erlauben und ermächtigen.⁶⁵ Diese Ausdifferenzierung der normativen Funktionen sei im Folgenden aus zwei Gründen vernachlässigt. Zum einen spricht einiges dafür, dass sich jedenfalls fast alle normativen Funktionen in Verbindung mit dem Negationsoperator im Rahmen der deontischen Standardlogik auch als Verpflichtung darstellen lassen.⁶⁶ Zum anderen ändert sich an der nachfolgenden Argumentation nichts dadurch, dass neben der Verpflichtungsfunktion noch andere normative Funktionen angenommen werden. Auch wenn man der Ansicht ist, dass sich etwa die Ermächtigungsfunktion nicht mit Hilfe der Verpflichtungsfunktion darstellen lässt⁶⁷ – wenn also an die Stelle des Verpflichtungsanspruchs für manche Normen ein Ermächtigungsanspruch tritt, dessen Umfang der Geltungsbegriff adressiert –, ändert sich an dem nachfolgenden Argument nichts Grundsätzliches. Entscheidend ist vielmehr, dass Geltung sich auf eine Eigenschaft von Normen bezieht, die sie gleichsam selbstreferenziell mit ihrem normativen Anspruch festlegen, der unabhängig von seiner faktischen Wirksamkeit und seiner moralischen oder politischen Legitimität ist.

Von der Pfordten hat allerdings ebenfalls berechtigterweise herausgearbeitet, dass eine sprachliche Funktion des Geltungsbegriffs darin gesehen werden kann, dass er von den einzelnen normativen Funktionen abstra-

64 *Bartolus de Saxoferrato*, Codex Iustinianus in duodecim libros Codicis Commentaria, Nachdruck der Ausgabe Basel (Frankfurt am Main 2007), urspr. Erscheinungsjahr: 1562, C. 1, 1, 1 no. 29: „Dicit enim ibi, quod non valeant statuta laicorum contra libertatem ecclesiarum, et earum personas“; dazu *Boosfeld*, Die Lehren von der Statutenkollision (Fn. 61), 44.

65 *Von der Pfordten*, Kritik der Geltung (Fn. 11), 694.

66 *Paul McNamara/Frederik van de Putte*, Notes to Deontic Logic, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 11.03.2021, <https://plato.stanford.edu/entries/logic-deontic/notes.html>, Abschn. 1.2.

67 Optimistischer etwa *Ross*, On Law and Justice (Fn. 23), 61; *Torben Spaak*, Norms that Confer Competence, *Ratio Juris* 16 (2003), 89–104.

hiert. Er kann als Sammelbegriff verwandt werden, mit dessen Hilfe über den Umfang der unterschiedlichen normativen Funktionen gesprochen werden kann.⁶⁸ Darin ist der Geltungsbegriff dem Wahrheitsbegriff deflationärer Theorien ähnlich, nach denen seine prosentinale Funktion darin besteht, eine komplexe Aussage oder ein Aussagenbündel ohne Wiederholung der Aussagen affirmieren zu können.⁶⁹

d) Geltung als konstitutive Eigenschaft von Normen

Jede Norm muss eine Art Geltungsindex mit sich führen, der spezifiziert, gegenüber wem sie ihren Verpflichtungsanspruch erhebt. Die Bestimmung der Adressaten des Verpflichtungsanspruchs ist für Normen konstitutiv. Adressatenlose Normen sind nicht denkbar. Allerdings bleibt der adressatenbezogene Geltungsindex in den Normformulierungen häufig implizit und wird allein durch den Kontext bestimmt.

Wenn die Mutter beim Abendessen mit der Familie sagt, dass nun, nach dem Ende der Ferien, die Schlafenszeit wieder 8 Uhr ist, dann erhebt die von ihr erlassene Norm ihren Verpflichtungsanspruch nur gegenüber den Schulkindern, nicht aber gegenüber dem ebenfalls anwesenden Vater.⁷⁰ Die Norm *gilt* nur für die Kinder und natürlich nur für die Kinder ihrer Familie, nicht etwa auch für jene der Nachbarn. Die Mutter hätte die Adressaten des Verpflichtungsanspruchs auch explizit bestimmen können. „Für alle Kinder meiner Familie gilt ...“. Doch wie bei den meisten elliptischen Äußerungen erlaubt uns der Kontext, die impliziten Äußerungsinhalte mühelos und auch meist ohne weitere Reflexion zu ergänzen.

Wenn Geltung daher eine notwendige, wenn auch oft lediglich implizit ausgedrückte Eigenschaft von Normen ist, dann kann sie sich auch für Rechtsnormen nicht auf solche beschränken, die sich in hierarchisch gestuften Rechtssystemen finden. Geltung muss dann jeder Rechtsnorm zukommen. Um sie zu bestimmen, ist beim Verpflichtungsanspruch der Rechtsnorm anzusetzen. Es bedarf weder metaphysischer Spekulationen noch soziologischer Erhebungen, weder transzendentaler Grund- noch empirischer Anerkennungsnormen.

68 *Von der Pfordten*, Kritik der Geltung (Fn. 11), 694.

69 *Ralf Poscher*, Wahrheit und Recht. Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorie, ARSP 89 (2003), 201–215.

70 Auf das Beispiel der Familie greift auch *Raz*, Legal Validity (Fn. 44), 349 f., zurück.

2. Geltung der Verfassung

Die Bestimmung der Geltung einer Rechtsnorm anhand ihres selbsterhobenen Verpflichtungsanspruchs kann auch für die historisch erste Verfassung erfolgen, die den landläufigen Geltungstheorien so viel Kopfzerbrechen bereitet. Auch die Geltung der Verfassung ergibt sich aus dem von ihr erhobenen Verpflichtungsanspruch. Wo die Verfassung insoweit keine entsprechenden expliziten Regelungen enthält, wird ihre Geltung implizit bestimmt und ist durch ihren Text und Kontext zu ermitteln.

a) Räumliche Bestimmung

Aber ganz entsprechend der doppelten sprachlichen Wurzel des Nomos-Begriffs benennen viele Verfassungen ihren räumlichen Verpflichtungsanspruch explizit über den Ausweis eines Geltungsgebiets.⁷¹ So verfährt auch das Grundgesetz. Ursprünglich lautete Art. 23 GG: „Dieses Grundgesetz *gilt* zunächst im Gebiete der Länder Baden, Bayern, Bremen, Groß-Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern. In anderen Teilen Deutschlands ist es nach deren Beitritt in Kraft zu setzen.“ Heute ergibt er sich aus der Präambel: „Die Deutschen in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen haben in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands vollendet. Damit *gilt* dieses Grundgesetz für das gesamte Deutsche Volk.“

Art. 23 GG a.F. und die Präambel in der aktuellen Fassung kennzeichnen den Verpflichtungsanspruch des Grundgesetzes räumlich. Sie regeln, innerhalb welchen Gebiets die Normen des Grundgesetzes ihren Verpflichtungsanspruch erheben. Es bedient sich des Nomós im Sinn des räumlichen Gebiets, um die Geltung des Nómós im Sinn des Gesetzes zu spezifizieren. Daher lässt sich die Frage, ob das Grundgesetz auch in Frankreich oder den ehemals deutschen Gebieten Polens gilt, so klar verneinen. Ein Blick in das

71 Siehe etwa Art. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; Art. 1 und Präambel der Verfassung Indiens; Art. 1 und Präambel der Verfassung der Philippinen; Art. 1 der Verfassung Brasiliens.

Gesetz erleichtert nicht nur die Rechtsfindung, sondern zuweilen auch das Geschäft der Rechtstheorie.

b) Zeitliche Bestimmung

So wie der Verpflichtungsanspruch der Verfassung räumlich bestimmt wird, muss er auch zeitlich definiert werden. Auch wenn eine zeitliche Spezifizierung seltener erfolgt als die räumliche, findet sie sich etwa im Grundgesetz. Art. 146 GG spezifiziert den Verpflichtungsanspruch des Grundgesetzes zeitlich auf den Tag genau. Er bestimmt, dass das Grundgesetz „seine *Gültigkeit* an dem Tage [verliert], an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist“. An diesem Tag erlischt der Verpflichtungsanspruch des Grundgesetzes. Es hört auf zu gelten.

Komplexer verhält es sich mit der Geltung der Weimarer Reichsverfassung. Hier ließe sich differenziert antworten, dass nur die Art. 136–139 und 141 WRV Bestandteil des Grundgesetzes sind und aufgrund von Art. 140 GG nur noch diese Artikel der Weimarer Reichsverfassung aktuell einen Verpflichtungsanspruch erheben.

c) Geltung als hermeneutische Frage

Die Regelungen des Grundgesetzes und anderer Verfassungen machen deutlich, dass Rechtsgeltung eine Frage des positiven Rechts ist. Die Reichweite des Verpflichtungsanspruchs wird in den Normen geregelt, die diesen erheben. Geltung ist daher wie andere Norminhalte hermeneutisch zu bestimmen. Sie ergibt sich aus der Auslegung des Normtextes oder sonstiger Äußerungen, mit denen Normen kommuniziert werden. Der Verpflichtungsanspruch einer Norm, d. h. für wen sie verbindlich sein soll, ist durch Auslegung zu ermitteln.

Geltung kann daher auch zu einem hermeneutischen Problem werden. Es kann unklar sein, wie weit der Verpflichtungsanspruch einer Norm reicht, wen sie also adressiert. Unter dem Grundgesetz ist etwa umstritten, ob die Grundrechte auch für Handlungen deutscher Hoheitsträger

im Ausland gelten⁷² oder ob Art. 141 GG auch für die neuen Bundesländer gilt⁷³. Ähnlich ist für die Europäische Menschenrechtskonvention umstritten, ob sie auch bei Militäreinsätzen von Vertragsstaaten außerhalb von deren Gebiet gilt.⁷⁴

Wie andere Auslegungsfragen ist auch der Verpflichtungsanspruch durch Interpretation zu ermitteln oder, soweit diese keine eindeutigen Ergebnisse liefert, mit Hilfe von Rechtsfortbildung zu konstruieren.⁷⁵ Was etwa den Geltungsbereich des Grundgesetzes angeht, kann man bei aller berechtigten Skepsis gegenüber kollektiver Intentionalität parlamentarischer Gesetzgeber zuversichtlich sein, dass alle Landtagsabgeordneten, die über das Grundgesetz abstimmten, sich nicht nur – im Sinn einer Minimalintention nach Raz –⁷⁶ bewusst darüber waren, dass sie eine Verfassung verabschiedeten, sondern auch darüber, dass das Grundgesetz in den westdeutschen Bundesländern gelten sollte, die in der Verfassung benannt waren.

72 Dies bejahte das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich in BVerfGE 154, 152 (215 f.); zurückhaltender zuvor BVerfGE 100, 313 (362 f.); gegen eine transnationale Geltung deutscher Grundrechte zuvor *Christian Starck*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), v. Mangoldt / Klein / Starck GG (7. Aufl. 2018), Art. 1 Rn. 212; differenzierend *Klaus Ferdinand Gärditz*, Die Rechtsbindung des Bundesnachrichtendienstes bei Auslandstätigkeiten, Die Verwaltung 48 (2015), 463–497 (472–481).

73 Dazu etwa *Bernhard Schlink/Ralf Poscher*, Der Verfassungskompromiß zum Religionsunterricht, Art. 7 Abs. 3 und Art. 141 GG im Kampf des Parlamentarischen Rates um die „Lebensordnungen“ (Baden-Baden 2000).

74 Maßgeblich ist in der Rechtsprechung des EGMR das Kriterium der „effektiven Kontrolle“, siehe zusammenfassend EGMR, *Al-Skeini and Others v. United Kingdom*, Urteil vom 7. Juli 2011, Nr. 55721/07, §§ 132 f.; siehe auch EGMR, *Hassan v. United Kingdom*, Urteil vom 16. September 2014, Nr. 29750/09; *Al-Jedda v. United Kingdom*, Urteil vom 7. Juli 2011, Nr. 27021/08; *Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom*, Urteil vom 2. März 2010, Nr. 61498/08; siehe für Fälle unterhalb dieser Schwelle der „effektiven Kontrolle“ EGMR, *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Entscheidung zur Zulässigkeit vom 12. Dezember 2001, Nr. 52207/99; *Issa and Others v. Turkey*, Urteil vom 16. November 2004, Nr. 31821/96; zum Stand der kontroversen völkerrechtlichen Diskussion siehe *Helmut Philipp Aust*, Spionage im Zeitalter von Big Data, Globale Überwachung und der Schutz der Privatsphäre im Völkerrecht, Archiv des Völkerrechts 52 (2014), 375–406 (391).

75 Zum hermeneutischen Charakter auch der Rechtsfortbildung s. *Ralf Poscher*, The Hermeneutic Character of Legal Construction, in: Simone Glanert / Fabien Girard (Hrsg.), *Law's Hermeneutics* (New York, NY 2017), 207–227.

76 *Joseph Raz*, Intention in Interpretation, in: Joseph Raz (Hrsg.), *Between Authority and Interpretation* (Oxford / New York 2009), 265–298 (273–285); dazu *Ralf Poscher*, The Normative Construction of Legislative Intent, *Droit & Philosophie* 9 (2017), 107–133 (116 f.).

Hinsichtlich der Grundrechtsbindung deutscher Staatsorgane im Ausland dürfte es hingegen trotz Art. 1 Abs. 3 GG schwieriger sein, eine reale kollektive Intention der verfassungsgebenden Parlamente zu behaupten, da kaum einer der Abgeordneten überhaupt jemals darüber nachgedacht haben dürfte. Hier bedarf es entweder der Konstruktion eines entsprechenden Willens des Verfassungsgebers⁷⁷ oder einer Rechtsfortbildung der einschlägigen Bestimmung des Grundgesetzes.

d) Geltung und Anwendbarkeit einer Norm

Regelungen über den Geltungsbereich und die Geltungsdauer von Normen betreffen die Frage, ob eine Norm in einem bestimmten Gebiet oder zu einer bestimmten Zeit *überhaupt* einen Verpflichtungsanspruch erhebt. Jenseits ihres Geltungsbereichs und ihrer Geltungsdauer erheben Normen grundsätzlich gegenüber niemandem einen Verpflichtungsanspruch. Innerhalb davon wird der Verpflichtungsanspruch von Normen allgemein und auch der von Normen der Verfassung in vielfacher Weise durch eine Reihe von Tatbestandsmerkmalen konditioniert.

Die Pflicht zur Ausfertigung von Gesetzen nach Art. 82 GG gilt in Deutschland und für die Dauer der Geltung des Grundgesetzes, aber sie gilt – anders als das Betrugsverbot nach § 263 StGB – nicht für alle, die sich im deutschen Hoheitsgebiet aufhalten, sondern nur für denjenigen Deutschen, der das Amt des Bundespräsidenten bekleidet. Im einfachen Recht erstreckt sich der Verpflichtungsanspruch der deutschen Vorschriften über Amtsdelikte auf Deutschland, nicht etwa auch auf Frankreich. Er ist aber weiter dadurch konditioniert, dass jemand Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist.

Dem deutschen Sprachgebrauch jedenfalls ist es nicht zuwider, den Geltungsbegriff auch in Hinblick auf entsprechende Konditionierungen des Verpflichtungsanspruchs einer Norm anzuwenden. Es ist also etwa zu fragen, ob Amtsdelikte auch für Angestellte im öffentlichen Dienst *gelten*. Dieser Sprachgebrauch ist auch nicht nur zufällig, sondern hat seinen systematischen Grund darin, dass Tatbestandsmerkmale einer Norm ihren Verpflichtungsanspruch konditionieren. Letztlich sind auch räumliche und zeitliche Bedingungen des Verpflichtungsanspruch nur Arten seiner Konditionierung; sie weisen keine theoretische Besonderheit auf und genießen

77 Dazu Poscher, *The Normative Construction of Legislative Intent* (Fn. 76), 120–125.

keinen theoretischen Vorrang. Normen erheben ihren Verpflichtungsanspruch gegenüber Personen außerhalb ihres Geltungsgebiets ebenso wenig wie gegenüber Personen, die ihre sonstigen Anwendungsbedingungen nicht erfüllen.

Räumliche oder zeitliche Bedingungen des Verpflichtungsanspruchs sind in normtheoretischer Perspektive lediglich zwei Konditionierungsvariablen, d. h. zwei Tatbestandsmerkmale unter vielen. Normstrukturell weisen Geltungsraum und -zeit keine Besonderheiten auf. Inhaltlich zeichnen sie sich aber dadurch aus, dass Normen jenseits ihres räumlichen und zeitlichen Geltungsbereichs gegenüber niemandem einen Verpflichtungsanspruch erheben. Der Geltungsbegriff in der rechtstheoretischen Diskussion zielt auf dieses Phänomen und ist in diesem Sinn absolut. Er zielt auf Konstellationen, in denen die Normen gegenüber überhaupt jemandem einen Verpflichtungsanspruch erheben. Normen, die in einem Raum oder einer Zeit keinen Geltungsanspruch erheben, werden in einem rechtstheoretischen Sinn als nicht geltend erachtet. Ähnlich wurde bereits in der spätmittelalterlichen Geltungsdiskussion zwischen „valere“ und „ligare“ unterschieden. „Valere“ bezog sich auf die allgemeine Wirksamkeit einer statutarischen Regel, während „ligare“ deren Anwendbarkeit auf eine konkrete Person bezeichnete.⁷⁸

Es sei aber noch einmal betont, dass diese Verbindung des Geltungsbegriffs mit Merkmalen einer Norm, die ihren Verpflichtungsanspruch grundsätzlich einschränken, nicht auf einer strukturellen Besonderheit räumlicher und zeitlicher Konditionierungen beruht, sondern konventioneller Natur ist. Der rechtstheoretische Geltungsbegriff zeichnet solche Anwendungsvoraussetzungen oder kurz Tatbestandsmerkmale aus, deren Fehlen des Vorliegen dazu führt, dass eine Norm gegenüber niemandem einen Verpflichtungsanspruch erhebt. Die strukturelle Gleichartigkeit dieser Tatbestandsmerkmale und aller anderen Anwendungsvoraussetzungen einer Norm führt zu dem, dass der nicht-rechtstheoretische Sprachgebrauch den Geltungsbegriff auch mit anderen Tatbestandsmerkmalen verknüpft – z. B. „Amtsdelikte *gelten* nur für Amtsträger“. Zum anderen gerät auch die rechtstheoretische Diskussion in teils unfruchtbare Abgrenzungsdebatten, wenn versucht wird, Anwendungs- und Geltungsbedingungen

78 Boosfeld, Die Lehren von der Statutenkollision (Fn. 61), 43 f.

essentialistisch zu unterscheiden.⁷⁹ Die Verwirrung steigert sich zumeist noch, wenn die Frage der Zugehörigkeit zu einem Rechtssystem mit diesen Abgrenzungsversuchen verknüpft wird.⁸⁰

Entsprechend essentialistisch geführte Diskussionen verfehlen den letztlich konventionellen, terminologisch-pragmatischen Charakter der debatierten Unterscheidungen und Zuordnungen. Auch wenn die räumlichen und zeitlichen Konditionierungen des Verpflichtungsanspruchs keine formalen Besonderheiten aufweisen, kommt ihnen über die Verfassung eine besondere historische oder genetische Stellung zu. In der Verfassung werden mit ihrem Geltungsbereich und ihrer Geltungsdauer zumeist auch jene aller weiteren Normen einer Rechtsordnung festgelegt.

Diese Festschreibungen in der Verfassung haben jedoch lediglich einen grundsätzlichen und subsidiären Charakter. Besonders hinsichtlich der Geltungsdauer enthalten unterverfassungsrechtliche Normen sogar häufig speziellere Regelungen. Ebenso dehnt § 5 StGB – sogar für mehr Delikte als international üblich –⁸¹ den Geltungsbereich bestimmter Strafrechtsnormen über die Grenzen des Geltungsbereichs des Grundgesetzes hinaus aus. Doch soweit sie keine Regelung zum Geltungsgebiet und zur Geltungsdauer enthalten, kann regelmäßig auf die Regelung in der Verfassung zurückgegriffen werden. So ist etwa das Geltungsgebiet des Baugesetzbuchs durch das Grundgesetz auf die im Grundgesetz benannten Länder beschränkt.

e) Zwischenfazit

Die Besinnung auf die doppelte etymologische Wurzel des Nomos-Begriffs führt zu einer gewissen Entzauberung des Geltungsbegriffs. Geltung bezeichnet den Verpflichtungsanspruch einer Norm, der durch deren Tatbestandsmerkmale konditioniert ist. Dabei bezieht sich die rechtstheoretische Diskussion zumeist auf Konditionierungen, die insofern absolut über die Geltung entscheiden, als erst bei ihrem Vorliegen überhaupt jemand Adressat eines Verpflichtungsanspruchs wird. Entscheidend ist, dass die

79 Einen anschaulichen Eindruck von den Verwerfungen in dieser Diskussion vermittelt *Mathieu Carpentier*, *Validity versus Applicability: A (Small) Dose of Scepticism*, *Dirito & Questioni Pubbliche XVIII* (2018), 107–132.

80 *Eugenio Bulygin*, *Time and Validity* (1982), in: *Eugenio Bulygin* (Hrsg.), *Essays in Legal Philosophy* (Oxford 2015), 171.

81 *Wilhelm Gallas*, *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, *ZStW* 80 (1968), 1–33 (13–15); mit völkerrechtlichen Bedenken *Kai Ambos*, in: *Volker Erb / Jürgen Schäfer* (Hrsg.), *MüKo-StGB* (4. Aufl. 2020), § 5 Rn. 10–11.

Geltung einer Norm sich nach dem immanenten, durch die Norm selbst erhobenen Verpflichtungsanspruch richtet. Dieser Geltungsbegriff wirft allenfalls hermeneutische, aber keine theoretischen Probleme auf. In vielen Verfassungen – auch im Grundgesetz – wird die Geltung, vermittelt über die Festschreibung des Geltungsbereichs und der Geltungsdauer, sogar ausdrücklich geregelt. Die Lösung des Geltungsproblems der Verfassung, das sogar zu transzendentalen Spekulationen Anlass gegeben hat, war – wie man im Englischen sagt – „hidden in plain sight“.

3. Relationale Geltung

Über den Verpflichtungsanspruch lässt sich gut erklären, was mit der Geltung einzelner Normen und damit auch mit unserer Rede von der Geltung der Verfassung gemeint ist. Für die meisten herkömmlichen Geltungstheorien ist gerade dies das Problem, das sie zur Annahme von Grund- oder Anerkennungsnormen verleitet hat, da ihr Geltungsbegriff auf einer Relation zwischen Normen beruht. Für die hier vorgeschlagene Geltungstheorie bleibt nun aber noch umgekehrt zu erklären, wie sich in ihr die von den herkömmlichen Geltungstheorien als grundlegend erachteten relationalen Geltungsbeziehungen zwischen Normen verschiedener Normebenen darstellen. Was hat unsere Rede von der Ungültigkeit eines Gesetzes am Maßstab der Verfassung mit der Geltung im Sinne des normimmanenten Verpflichtungsanspruchs zu tun?

a) Einseitige Bedingtheit

Der grundlegende Zusammenhang lässt sich zunächst anhand eines einfachen Beispiels aus unserer Familie erfassen: Die Eltern wollen an einem Abend in die Oper gehen und haben dafür einen Babysitter beauftragt, auf die Kinder aufzupassen. Eltern und Kinder diskutieren unter Anwesenheit des Babysitters den Umgang mit Fernseher und Computer. Nach längerem Hin und Her verkünden die Eltern folgende Regel:

N_1 : Die Kinder sollen am Abend keinen Zugang zu Fernseher oder Computer haben, wenn es der Babysitter nach seiner Einschätzung ihres Betragens verbietet.

Am Abend spielt der Babysitter ausgelassen mit den Kindern. Danach wirken sie müde und werden immer ungezogener. Der Babysitter verkündet daher folgende Norm:

N_2 : Keines der Kinder darf den Fernseher oder Computer einschalten.

Wenn die Kinder trotzdem Fernseher oder Computer einschalten, verstoßen sie sowohl gegen die von den Eltern erlassene Norm N_1 als auch gegen die Norm N_2 , die der Babysitter gesetzt hat. Dabei ist der Verstoß gegen die Anordnung der Eltern durch jene des Babysitters bedingt. Da die Bedingung aber erfüllt ist, liegt nicht nur ein Verstoß gegen N_2 , sondern auch gegen N_1 vor.

Geltungstheoretisch gesprochen, löst die Anordnung des Babysitters den Verpflichtungsanspruch der Anordnung der Eltern gegenüber den Kindern aus. Darin liegt im Kern die Struktur von Kompetenzen. Die Eltern erteilen dem Babysitter die Kompetenz zum Erlass eines Medienverbots. Soweit sich der Babysitter an ihre Vorgaben hält – er macht das Verbot, der Vorgabe entsprechend, vom Betragen der Kinder und nicht etwa von seinen eigenen Interessen abhängig –, wahrt er die ihm erteilte Kompetenz und löst daher auch den Verpflichtungsanspruch des Verbots der Eltern aus.

Ganz ähnlich lassen sich Kompetenzen in einer Rechtsordnung verstehen. Soweit der Gesetzgeber die Vorgaben der Verfassung für den Erlass und den Inhalt von Gesetzen einhält, löst das Gesetz auch den Verpflichtungsanspruch der Verfassung aus. Ähnlich wie die Anordnung der Eltern, jener des Babysitters zu folgen, ordnet die Verfassung an, den Gesetzen zu folgen, die nach ihren Maßgaben erlassen wurden. Der Verpflichtungsanspruch der Verfassung erstreckt sich – wie der der Eltern – auf die Normen, deren Befolgung sie anordnet.

b) Asymmetrische gegenseitige Bedingtheit

Man kann sich aber auch für den Babysitter vorstellen, dass nicht nur eine Bedingtheit der Anordnung der Eltern durch die seine vorliegt, sondern dass auch seine Anordnung durch die der Eltern bedingt ist. Nehmen wir einmal an, er habe bei dem Hin und Her, bei dem es um die Unterschiede von Fernseher und Computer ging, den Überblick verloren. Er kann sich nicht mehr genau erinnern, ob die Anordnung der Eltern sich nur auf den Computer oder auch auf den Fernseher bezog. Er ist sich aber recht sicher, dass die Kinder sich sehr wohl erinnern – etwa weil er weiß, dass die Eltern

entsprechende Anordnungen auch schon bei anderen Babysittern erlassen haben. Der Babysitter erlässt daher folgende Anordnung:

N_3 : Soweit die Eltern angeordnet haben, dass Fernseher und Computer verboten werden können, verbiete ich Fernseher und Computer.

In diesem Fall wäre nicht nur der Verpflichtungsanspruch von N_1 durch N_3 , sondern auch N_3 durch N_1 bedingt. Auch wenn das Beispiel etwas artifiziell wirkt, spricht vieles dafür, dass der Delegation von normativer Entscheidungsmacht eine entsprechende gegenseitige Bedingtheit zugrunde liegt. Es ist eher unwahrscheinlich, dass der Babysitter eine Anordnung N_4 erlassen würde, deren Verpflichtungsanspruch er nicht von einer Deckung durch die Anordnung der Eltern abhängig macht. Er müsste sie dann auch gegen die Anordnung der Eltern behaupten wollen. Dies wäre auch deshalb unwahrscheinlich, weil sich der Babysitter dann vertragsbrüchig verhalten würde, da die Eltern ihn nicht beauftragen werden, von ihren Kindern ein Verhalten zu verlangen, das ihren ausdrücklichen Anordnungen widerspricht. Die Anordnungen der Eltern und des Babysitters stehen daher in einem gegenseitigen Bedingungsverhältnis. Doch die gegenseitige Bedingtheit ist asymmetrisch. Der Skopus der möglichen Anordnungen wird allein durch die Anordnung der Eltern bestimmt.

Anhand dieses einfachen Beispiels lässt sich die Grundstruktur relationaler Geltungsphänomene rekonstruieren. Sie entstehen, wenn zwei Normen in der Weise asymmetrisch gegenseitig konditioniert sind wie die Anordnung der Eltern und des Babysitters. Während die erste Norm für eine Rechtsfolge auf die zweite verweist, verweist die zweite auf Bedingungen der ersten. Für den generischen Fall ergibt sich daraus folgende Grundstruktur:

$N_1: X \wedge Tb N_2 \rightarrow NF N_2$

$N_{2n}: A \wedge X \rightarrow B$

Wobei:

X: Tatbestandsmerkmale N_1 ohne $Tb N_2$

$Tb N_2$: Tatbestand N_2 ohne X

$NF N_2$: Normfolge N_2

A: konkrete Tatbestandsmerkmale N_{2n} ohne X

B: konkrete Normfolge N_{2n}

N_1 ordnet unter den Bedingungen X, die typischerweise die Genese von N_2 betreffen, und der Wahrung des Tatbestands von N_2 die Rechtsfolge der X

entsprechenden Norm N_2 an. Im vorstehenden Beispiel steht X etwa für die Anordnung von N_2 durch den Babysitter. Vor Erlass von N_2 erhebt N_1 noch keinen Verpflichtungsanspruch. Bevor der Babysitter das Medienverbot ausgesprochen hat, gilt auch die Anordnung der Eltern gegenüber den Kindern noch nicht. Eine konkrete Norm N_{2n} wiederum ordnet unter den von ihr vorgesehenen Bedingungen A und X eine konkrete Normfolge B an. Indem die konkrete Normfolge auch durch die Wahrung der Bedingungen X konditioniert wird, ordnet sie sich N_1 unter. Im Beispiel spricht der Babysitter das Medienverbot nur insoweit aus, wie es der Anordnung der Eltern entspricht. Über die Bedingungen X, die in N_1 festgelegt und in N_2 aufgegriffen werden, ergibt sich die Asymmetrie der wechselseitigen Konditionierung. Über sie wird eine Hierarchie zwischen N_1 und N_2 erzeugt; mit ihr wird eine relationale Geltungsbeziehung konstruiert.

Auch wenn die Struktur der Bedingungen im Rechtssystem ungleich komplexer ist, kann man sich das Verhältnis von Verfassung und einfachem Recht in ähnlicher asymmetrischer gegenseitiger Bedingtheit der Verpflichtungsansprüche vorstellen. Die Verfassung erhebt einen Verpflichtungsanspruch nur für die Normen, die nach ihren Vorgaben erlassen oder anerkannt wurden. Umgekehrt bedingen die Normen, die durch die in der Verfassung vorgesehenen Organe erlassen wurden, ihren Verpflichtungsanspruch dadurch, dass sie den Anforderungen der Verfassung genügen. Das heißt, allein die Verfassung bestimmt gegenüber dem einfachen Gesetz den Skopus der möglichen Inhalte.

Dass dies eine recht plausible Rekonstruktion des Verhältnisses von Verfassung und einfachem Recht ist, zeigt sich, wenn man den Fall einer mangelnden gegenseitigen Bedingtheit explizit macht. Ein Gesetzgeber, der auf die verfassungsrechtliche Konditionierung der von ihm erlassenen Gesetze verzichtete, verhielte sich wie der vertragsbrüchige Babysitter. Es käme einem Staatsstreich gleich, wenn diejenigen, die dem Bundestag angehören, zusammenträten und eine Norm beschlössen, für die sie unabhängig davon einen Verpflichtungsanspruch erheben, ob die formellen und materiellen Vorgaben des Grundgesetzes eingehalten werden.

Dies spricht dafür, dass Verfassungen implizit die weitere Bedingung enthalten, dass nur solche Normen ihren Verpflichtungsanspruch auslösen, die nicht nur ihre Vorgaben wahren, sondern selbst die Vorgaben der Verfassung in ihren Tatbestand aufgenommen haben. Bei einer Norm, die ihren Verpflichtungsanspruch unabhängig davon erhebt, ob sie den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht, würde es sich nicht um ein Gesetz unter dem Grundgesetz handeln – auch dann nicht, wenn die Norm

und ihr Erlass zufällig mit den Vorgaben der Verfassung übereinstimmen. Implizit ist der Verpflichtungsanspruch der Normen, die auf der Grundlage der Verfassung erlassen werden, grundsätzlich als durch die Wahrung ihrer Vorgaben bedingt vorzustellen. Werden diese Bedingungen nicht eingehalten, entfällt ihr Verpflichtungsanspruch und damit ihre Geltung. Dass dies jedenfalls das Grundgesetz so sieht, zeigt sich etwa in Art. 123 Abs. 1 GG, der bestimmt: „Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages *gilt* fort, soweit es dem Grundgesetze nicht widerspricht.“ Vorkonstitutionelles Recht konnte naturgemäß keine Konditionierung im Sinn seiner Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz enthalten. Art. 123 Abs. 1 GG fügt daher diese Bedingung *ex post* in jede vorkonstitutionelle Norm ein. Für das nachkonstitutionelle Recht bleibt diese Konditionierung zwar implizit, aber auch für dieses kann nichts anderes gelten. An Art. 123 Abs. 1 GG zeigt sich, dass der Verpflichtungsanspruch der Verfassung nicht nur dadurch konditioniert ist, dass ihre formellen und materiellen Vorgaben durch das einfache Recht eingehalten werden, sondern auch dadurch, dass der Verpflichtungsanspruch des einfachen Rechts durch die Vorgaben der Verfassung konditioniert wird.

Idealtypisiert und vereinfacht ließe sich der Zusammenhang von Verfassung (V) und Gesetz (G) etwa mit folgenden Normen beschreiben:

V: Unter formellen Bedingungen X und materiellen Bedingungen Y soll G befolgt werden, wenn G die Bedingung enthält, dass die formellen Bedingungen X und die materiellen Bedingungen Y gewahrt sind.

G_n: Unter den Bedingungen A und der Bedingung der Wahrung der formellen Bedingungen X und der materiellen Bedingungen Y ist B gesollt.

Formalisiert ließe sich der wechselseitige Bedingungs Zusammenhang etwa wie folgt darstellen:

V: $X \wedge Y \wedge \text{Tb } G \wedge Z \rightarrow \text{RF } G$

G_n: $A \wedge X \wedge Y \rightarrow B$

Wobei:

V: Verfassung

G: Gesetz

X: formelle Bedingungen Gesetzerlass

Y: materielle Bedingungen Gesetzerlass

Tb G: Tatbestand des Gesetzes jenseits X und Y

Z: Tatbestand G (TbG) enthält Bedingungen X und Y

RF G: Rechtsfolge des Gesetzes

A: Tatbestandsmerkmale G_n jenseits X und Y

B: Rechtsfolge von G_n

Irritieren könnte an dieser Rekonstruktion, dass die Artikel der Verfassung überhaupt erst mit Erlass eines Gesetzes einen Verpflichtungsanspruch zu entfalten scheinen, da dieser durch den Erlass konkreter Gesetze konditioniert ist. Es scheint, als würden alle Vorschriften zur Gesetzgebung überhaupt erst mit Erlass eines Gesetzes Geltung entfalten können. Dieser Eindruck kann aber nur dann entstehen, wenn außer Acht gelassen wird, dass ein Normtext verschiedene Normen zum Ausdruck bringen kann. Ähnlich wie ein Paragraph des Strafgesetzbuches sowohl eine Sanktions- als auch eine Verhaltensnorm zum Ausdruck bringen kann, können die Artikel zur Gesetzgebung in der Verfassung einerseits Verhaltensregeln für die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe statuieren und andererseits eine Bedingung für die verfassungsrechtliche Pflicht zur Befolgung der unter ihr erlassenen Gesetze enthalten. So kann Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG einerseits den Bundespräsidenten zur Ausfertigung von Gesetzen verpflichten und andererseits eine Bedingung für die verfassungsrechtliche Pflicht zur Befolgung der nach ihren formellen und materiellen Maßgaben zustande gekommenen Gesetze formulieren.

Die relationalen Geltungszusammenhänge erklären sich mithin durch asymmetrisch aufeinander bezogene Konditionierungen der Verpflichtungsansprüche der Verfassung und des einfachen Rechts. Diese sind natürlich zum einen im Einzelnen viel komplexer ausgestaltet als die vorstehende vereinfachende Schematisierung. Zudem sind nicht nur die einzelnen Bedingungen komplexer, sondern auch die Interdependenzen werden etwa durch Regelungen über prozessuale Anfechtungs-, Aufhebungs- und Heilungsvorschriften noch einmal wesentlich gesteigert. Dies macht gerade die Komplexität moderner Rechtsordnungen aus und erlaubt ihnen, anhand relationaler Geltungsphänomene eine Fülle von Instrumenten zu entwickeln, die die Leistungsfähigkeit moderner Rechtsordnungen ausmachen.⁸² Doch grundsätzlich liegt den relationalen Geltungszusammenhängen eine entsprechende asymmetrische gegenseitige Bedingtheit der Verpflichtungsansprüche zugrunde. Zum anderen sind die Konditionierungen, anders

82 Diesen Geltungsmechanismen und ihrer Leistungsfähigkeit gilt die Auseinandersetzung mit dem Geltungsphänomen bei *Maris Köpcke Tinturé*, *Legal Validity, The Fabric of Justice* (Oxford / New York 2019).

als in Art. 123 Abs. 1 GG, weitgehend implizit – ebenso wie die räumliche und zum Teil auch zeitliche Dimension des Verpflichtungsanspruchs gerade auch der Normen des einfachen Rechts häufig implizit bleiben. Die impliziten Konditionierungen offenbaren sich jedoch in unserem Umgang mit Fällen, in denen sie missachtet wurden. Ein Gesetz, das die Mitglieder des Bundestags mit der Maßgabe verabschieden, dass es unabhängig von den formellen und materiellen Vorgaben des Grundgesetzes befolgt werden soll, erhebt zwar auch einen Verpflichtungsanspruch, löst aber keinen grundgesetzlichen Verpflichtungsanspruch aus. Auch für unsere impliziten Regulationsintentionen gilt die biblische Paraphrase, dass man sie nicht an den Worten, sondern an den Taten erkennt. Niklas Luhmann beschrieb Geltung als Symbol: „Im Anschluß an Talcott Parsons kann man Geltung daher auch als ein zirkulierendes Symbol bezeichnen, das mit jeder Verwendung zu weiteren Operationen weitergereicht wird – so wie Zahlungsfähigkeit in der Wirtschaft oder kollektive Bindung in der Politik.“⁸³ Anhand des vorstehenden Vorschlags lässt sich beschreiben, wie das Geltungssymbol technisch weitergereicht wird: durch eine asymmetrisch verschränkte Konditionierung der Verpflichtungsansprüche.

4. Das Pferd von hinten aufzäumen

Der beim Verpflichtungsanspruch ansetzende Geltungsbegriff kann nicht nur Fehler der bisherigen Ansätze vermeiden, sondern auch erklären, warum diese überhaupt begangen wurden. Die herkömmlichen Geltungstheorien erachten das abgeleitete Phänomen der relationalen Geltung als das grundlegende und landen so in einem Regress, der sich nicht mehr stoppen lässt. Geltungsfragen lassen sich aber nicht nur in gestuften Normsystemen stellen, sondern zielen auf den Verpflichtungsanspruch, der sich mit jeder Norm verbindet und ihre Normativität ausmacht. Geltungstheoretisch grundlegend ist der Verpflichtungsanspruch jeder einzelnen Norm. Die theoretisch anspruchsvollere Aufgabe besteht weniger darin, dieses grundlegende Phänomen zu erklären, als darin, die relationalen Geltungsphänomene zu rekonstruieren, die sich durch komplexe asymmetrische Konditionierungen der Verpflichtungsansprüche in gestuften Normordnungen ergeben. Dass aus einem so einfachen Phänomen wie dem Verpflichtungsanspruch und seiner Konditionierbarkeit durch Wechselbeziehungen,

83 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt am Main 1995), 107.

Interdependenzen und Iterationen äußerst komplexe normative Phänomene emergieren können, die sich im Detail u. U. nur mühsam rekonstruieren lassen, ist keine Besonderheit von Rechtsordnungen. Das vielleicht beeindruckendste Beispiel für eine komplexitätsinduzierte Emergenz bei Artefakten bilden unsere Computerprogramme, bei denen durch komplexe Iterationen von Nullen und Einsen nicht nur Rechnungen, Texte, Bilder, Filme und realitätsnahe virtuelle Welten erzeugt werden können, sondern nun auch selbstlernende, d. h. sich selbst programmierende Systeme künstlicher Intelligenz. Wenngleich die Komplexität normativer Emergenz gegenüber diesen Phänomenen verblasst, kann auch die Rekonstruktion der Verschleifung häufig implizit bleibender Geltungsbedingungen im Einzelnen anspruchsvoll werden.

Dass die relationalen Geltungsphänomene in der herkömmlichen rechtsphilosophischen Diskussion so im Vordergrund standen, erklärt sich wohl durch eine Verzerrung der theoretischen Perspektive, die gerade auf die Stufung der Rechtsordnung ausgerichtet war. Hart hatte sogar seinen Rechtsbegriff an die Stufung der Normordnung gekoppelt. Recht zeichnet sich für ihn gegenüber anderen sozialen Normen dadurch aus, dass es über sekundäre Regeln zur Erzeugung, Änderung und seiner Anwendung verfügt.⁸⁴ Ihre Stufung kennzeichnet für Hart eine Normordnung als Rechtsordnung. Es wundert daher nicht, dass er Rechtsgeltung mit den Geltungsphänomenen identifizierte, die sich aus dieser Stufung ergeben.

Noch interessanter ist die Entwicklung bei Kelsen. Als der junge Peter Strawson seinen 1946 erschienen und später berühmt geworden Beitrag „Truth“⁸⁵ enthusiastisch einem Kollegen mit den Worten ankündigte, dass er eine neue Wahrheitstheorie entwickelt habe, antwortete dieser nur: „Come on now, which of the old ones is it?“⁸⁶ Die alte Geltungstheorie, die ich hier als neu präsentiere, ist jedenfalls sehr nahe an dem Geltungsverständnis des Kelsens der „Hauptprobleme“. Bereits ein kurzes Zitat aus den „Hauptproblemen“ macht die Parallele deutlich: „Warum sollen die Rechtsätze befolgt, resp. angewendet werden? [...] Die Geltung der Rechtsnorm – und darin ist gerade ihr normativer Charakter gelegen – besteht darin, daß sie befolgt, resp. angewendet werden *soll*. Und insofern kann die eingangs

84 Hart, *The Concept of Law* (Fn. 5), 94.

85 P.F. Strawson, *Truth, Analysis* 9 (1949), 83–97 (94).

86 Geert Keil, Wahrheiten, die niemand kennen kann. Zu Wolfgang Kühnes Verteidigung des alethischen Realismus, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 59 (2005), 404–415.

erwähnte Fragestellung auch den Sinn haben: Warum soll der Rechtssatz befolgt und angewendet werden? Allein, diese Fragestellung scheint zunächst widersinnig zu sein. Denn im Begriffe der Rechtsnorm liegt von vornherein, daß sie befolgt, resp. angewendet werden *soll*. Die Vorstellung des Rechtssatzes als ‚Norm‘ enthält schon diese Qualifizierung des Befolgt- und Angewendetwerden-*sollens*; so daß die Fragestellung etwa bedeutete: Warum soll ein Satz, der befolgt werden soll, befolgt werden?⁸⁷ Für den Kelsen der „Hauptprobleme“ ist Geltung lediglich der Ausdruck für den „normativen Charakter“ der Rechtsnormen. Auch für ihn drückt Geltung lediglich den Verpflichtungsanspruch, das „Befolgt- und Angewendetwerden-sollen“ der Rechtsnorm aus. Die Vorstellung einer Grundnorm taucht erst auf, als Kelsen beginnt, die Stufenbaulehre seines Schülers Adolf Julius Merkl zu rezipieren.⁸⁸ Erst dann beginnt er, auch die Geltungsfrage als

87 *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Fn. 9), 481 (352); dazu *Paulson*, The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm (Fn. 2), 45–48.

88 Zum genetischen und systematischen Zusammenhang von Stufenbau und Grundnormlehre bei Kelsen *Jestaedt*, Geltung des Systems und Geltung im System (Fn. 7), 1012 f. – Merkl erinnerte sich, dass er die Stufenbaulehre das erste Mal 1915 im Kreis der Schüler Kelsens vorgestellt hatte: *Adolf Julius Merkl*, Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz. Zum Streit um Kelsens Rechtslehre (1924), in: Merkl, Gesammelte Schriften (Fn. 46), 339–364 (343 Anmerkung 8); dazu *Martin Borowski*, Die Lehre vom Stufenaufbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Stanley L. Paulson / Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts (Tübingen 2005), 122–159 (124 f.). Nach *Matthias Jestaedt*, Editorischer Bericht zu „Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung (1914)“, in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke, Band 3 (Tübingen 2010), 725 f., steht bereits dieser Beitrag unter dem Einfluss der Stufenbaulehre Merkl's. Kelsen verwendete bereits Formulierungen, die später auch zur Kennzeichnung der Grundnorm verwendet wurden: „Alle juristische Konstruktion muß von bestimmten Normen als gültigen Rechtssätzen ausgehen. Ob es sich dabei um die Beurteilung konkreter Tatbestände oder bestimmter Normen selbst und deren gegenseitiges Verhältnis handelt, immer muß von irgendeiner letztlich selbst als gültig vorausgesetzten und obersten Norm (oder einem Normensystem) der Ausgang genommen werden. Die Frage der Gültigkeit dieser letzten als Voraussetzung aller juristischen Erkenntnis angenommenen Norm liegt dann außerhalb dieser juristischen Erkenntnis. Diese letzten Endes als oberste vorausgesetzte Norm ist dann gleichsam der archimedische Punkt, von dem aus die Welt der juristischen Erkenntnis in Bewegung gesetzt wird. Die Auswahl dieses Standpunktes ist im Grund keine juristische, sondern eine politische Frage und muß daher vom Standpunkt juristischer Erkenntnis immer den Anschein von Willkürlichkeit haben“ (ebd., 371 [217]). In der Sache macht Kelsen aber deutlich, dass sich das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetz nur durch eine Analyse der positivierten gegenseitigen Geltungsbedingungen klären lässt. Ohne entsprechende Geltungsinterdependenzen steht für ihn das Reichsrecht unvermittelt neben dem Landesrecht (ebd. 373 f. [220 f.]).

relationales Phänomen im Rahmen einer gestuften Rechtsordnung zu denken. Erst diese Umstellung seines Geltungsbegriffs – von dem intrinsisch normativistischen auf den relationalen – führt ihn in das Regressproblem und damit letztlich auch in die transzendental-logischen Grundnormspekulationen.

Bei den theoretischen Ausgangspositionen Harts und des späteren Kelsen, die auf die Stufung der Rechtsordnung fokussieren, war es nur zu naheliegend, das relationale Geltungsphänomen als grundlegend zu erachten. Es ist ein typischer Fall von Maslows Hammer.⁸⁹ Wenn alle Geltungsphänomene, die in den Blick genommen werden, relationaler Natur sind, dann muss auch Geltung ein relationales Phänomen sein. Auch rechtspraktisch stehen die relationalen Geltungsphänomene im Vordergrund. Während die Frage, ob eine Verordnung oder ein Gesetz mit höherrangigem Recht vereinbar ist, zum Alltagsgeschäft der Dogmatik und auch der Rechtspraxis gehört, stellt sich die Frage nach der Geltung einer Verfassung forensisch nur in seltenen Ausnahmekonstellationen, wie der Anwendbarkeit der Grundrechte bei Auslandseinsätzen. Aber die damit verbundene Verzerrung der theoretischen Perspektive, in der die relationalen Geltungsphänomene die grundlegenden werden, führt dazu, dass weite Teile der bisherigen Diskussion das Pferd von hinten aufgezäumt haben.

89 Dazu *Jestaedt*, Geltung des Systems und Geltung im System (Fn. 7), 1009.

IV. Existenz von Normen

Die Überlegungen zur Existenz von Rechtsnormen sollen relativ kurz ausfallen, denn für den vorliegenden Zweck reicht es aus zu zeigen, dass sie einen ganz anderen theoretischen Fragenkreis betreffen als den der Geltung, mit der die Existenzfrage in der rechtstheoretischen Diskussion häufig verknüpft wird.

1. Die ontologische Herausforderung

Die Frage, wie und ob Normen – und damit auch Rechtsnormen – unabhängig von ihren jeweiligen Verkörperungen in Normtexten, Sprechakten oder mentalen Episoden existieren, in denen sie vorgestellt werden, ist eine der Ontologie. Die Frage taucht unter anderem deshalb auf, weil wir gewöhnlich etwa davon ausgehen, dass verschiedene Übersetzungen einer Norm etwas teilen, nämlich dass sie dieselbe normative Proposition ausdrücken. Im Recht gehen wir etwa davon aus, dass die Normtexte in den 24 Amtssprachen der Europäischen Union dieselbe Rechtsnorm zum Ausdruck bringen. Wie existiert aber diese Rechtsnorm, die normative Proposition? Existiert eine Norm, die sich aus der Ableitung aus anderen Normen ergibt, erst, wenn jemand diese Ableitung vorgenommen hat? Erlischt ihre Existenz wieder, wenn sie nicht aufgeschrieben wird und der Ableitende nicht mehr an sie denkt?

In der Philosophie betrifft die Frage nach der Existenz von Rechtsnormen – einem besonderen Fall normativer Propositionen – die Diskussion um die Existenz abstrakter Gegenstände. Darin stehen neben der Existenz von Propositionen vor allem die Philosophie der Mathematik und die Existenz von Zahlen im Fokus. Denn auch für Zahlen lässt sich fragen, ob sie neben ihren Verkörperungen in Ziffern, Sprechakten und mentalen Episoden existieren. Gibt es die Zahl $12,257 + 10^{37}$ auch dann, wenn sie noch nie berechnet wurde und niemals jemand an sie gedacht hat, oder gelangt sie erst dadurch zur Existenz, dass sie in diesem Satz erwähnt wird?

Ontologisch sind abstrakte Gegenstände wie Propositionen und Zahlen suspekt. Das ontologische Paradigma für Dinge, die existieren, bilden körperliche Gegenstände. Im Unterschied zu diesen fehlen abstrakten Ge-

genständen aber einige Eigenschaften, die für die Existenz körperlicher Gegenstände entscheidend sind. Das Fehlen zweier Eigenschaften ist ontologisch besonders besorgniserregend: Körperliche Gegenstände haben eine Ausdehnung in Zeit und Raum, abstrakte Gegenstände scheinen zeit- und ortlos. Die Frage, wo sich gerade die Zahl Fünf befindet oder die Proposition, die mit dem Satz „Es regnet“ ausgedrückt wird, erscheint uns sinnlos. Körperliche Gegenstände können kausal auf die Welt einwirken, abstrakten Gegenständen fehlt eine kausale Wirksamkeit. Zwar können raum-zeitliche Instantiierungen abstrakter Gegenstände kausal wirksam sein. Allein der Anblick der Ziffern 1 und 3 mag bei abergläubischen Menschen Unruhe auslösen, weshalb sie etwa bei Zimmernummern häufig ausgelassen werden. Doch kausal wirksam ist nicht die Zahl, sondern das Zeichen auf der Zimmertür und dessen Wahrnehmung durch abergläubische Gäste.

Ihre ontologischen Mängel machen abstrakte Gegenstände auch epistemologisch suspekt. Wenn sie sich weder räumlich noch zeitlich lokalisieren lassen, wird auch fraglich, wie wir einen epistemischen Zugang zu ihnen haben sollten. Einen epistemischen Zugang zur Welt haben wir grundsätzlich über unsere Sinne. Diese erfassen aber nur Gegenstände in Raum und Zeit, die kausal auf sie einwirken können. Wie sollten wir also Zugang zu abstrakten Gegenständen haben, denen es an raum-zeitlichen und kausalen Eigenschaften mangelt?

2. Abstrakte Gegenstände in der philosophischen Diskussion

Angesichts dieser ontologischen und epistemologischen Belastungen und der allgemeinen Dualismusfeindlichkeit der zeitgenössischen naturalismusaffinen Philosophie könnte man fast erwarten, dass abstrakte Gegenstände ebenso wie andere Formen des Platonismus auf der Müllhalde der Philosophiegeschichte gelandet wären. Doch ganz im Gegenteil erfreuen sie sich weiterhin großer Aufmerksamkeit und werden auch aktuell mit den unterschiedlichsten ontologischen Ansätzen diskutiert. Einige Argumente der Diskussion erhalten nun sogar in andere Gebiete der Philosophie – wie der Metaethik – Einzug und markieren dort einflussreiche Positionen.⁹⁰

90 Siehe etwa die Beiträge in *Mary Leng, Taking Morality Mathematically. Enoch's Indispensability Argument*, in: Uri D. Leibowitz/Neil Sinclair (Hrsg.), *Explanation in Ethics and Mathematics* (Oxford 2016), 204–219.

Philosophiehistorisch beginnt die moderne Diskussion um abstrakte Gegenstände – wie so viele andere – in der analytischen Philosophie mit Gottlob Frege. In seinen „Grundlagen der Arithmetik“ von 1884 wendete er sich gegen einen Psychologismus in der Mathematik. Zahlen sind für ihn weder eine Eigenschaft physischer Gegenstände noch unserer subjektiven Vorstellungen: „So ist auch die Zahl etwas Objektives. [...] So verstehe ich unter Objektivität eine Unabhängigkeit von unserem Empfinden, Anschauen und Vorstellen [...]“⁹¹ In seinem Aufsatz „Der Gedanke“ folgerte Frege 1918 daraus die Existenz eines „dritten Reiches“ neben den physischen Gegenständen und unseren psychologischen Vorstellungen: „Die Gedanken sind weder Dinge der Außenwelt noch Vorstellungen. Ein drittes Reich muß anerkannt werden. Was zu diesem gehört, stimmt mit den Vorstellungen darin überein, daß es nicht mit den Sinnen wahrgenommen werden kann, mit den Dingen aber darin, daß es keines Trägers bedarf, zu dessen Bewußtseinsinhalte es gehört. So ist z. B. der Gedanke, den wir im pythagoreischen Lehrsatz aussprachen, zeitlos wahr, unabhängig davon, ob irgendjemand ihn für wahr hält. Er bedarf keines Trägers. Er ist wahr nicht erst, seitdem er entdeckt worden ist, wie ein Planet, schon bevor jemand ihn gesehen hat, mit andern Planeten in Wechselwirkung gewesen ist.“⁹²

Damit war die ontologische Frage nach der Existenz abstrakter Gegenstände aufgeworfen.⁹³ Doch die Geschichte wäre nicht eine der Philosophie, wenn nicht auch diese Frage wieder in Frage gestellt worden wäre: In seinem die Diskussion bis heute beeinflussenden Beitrag „Empiricism, Semantics, and Ontology“ von 1950 bestritt Rudolf Carnap die Sinnhaftigkeit der ontologischen Fragen, zu denen Freges Überlegungen Anstoß gegeben hatten. Für Carnap muss zwischen zwei Arten der Existenzfrage unterschieden werden: eine dem jeweiligen Sprachsystem wie dem der Wissenschaft interne und eine externe. Die interne Frage muss relativ zum jeweiligen Sprachsystem beantwortet werden. Wenn das wissenschaftliche Sprachsystem etwa Zahlen als real betrachtet, wenn etwa die Physik ohne die Annahme von Zahlen nicht auskommt, dann existieren sie in diesem Sprachsystem. Entsprechend würden dann wohl auch Rechtsnormen existieren.

91 Gottlob Frege, *Grundlagen der Arithmetik*. Eine logisch mathematische Untersuchung über den Begriff der Zahl (Breslau 1884), § 26.

92 Gottlob Frege, *Der Gedanke*. Eine logische Untersuchung, in: *Deutsche Philosophische Gesellschaft* (Hrsg.), *Beiträge zur Philosophie des Deutschen Idealismus* (1918/1919), 58–77 (69).

93 Zur Rezeption in den „Dreireichelehren“ bei Adolf Reinach und Herrmann Kantorowicz s. *Jansen*, *Die Geltung des Rechts* (Fn. 36), 403.

tieren, da Juristen davon ausgehen, dass sie existieren. Die externe Frage hingegen, ob es Zahlen oder Rechtsnormen unabhängig vom jeweiligen Sprachsystem gibt, ist für Carnap sinnlos. „From these questions we must distinguish the external question of the reality of the thing world itself. In contrast to the former questions, this question is raised neither by the man in the street nor by scientists, but only by philosophers. [...] it cannot be solved because it is framed in a wrong way. To be real in the scientific sense means to be an element of the system; hence this concept cannot be meaningfully applied to the system itself.“⁹⁴ Welche Sprachsysteme wir unserem Umgang mit der Welt zugrunde legen, ist für Carnap keine ontologische, sondern eine pragmatische Frage.⁹⁵ Wie nützlich ist uns das System? Als nützlich hat sich jedenfalls unser wissenschaftliches Sprachsystem erwiesen. Innerhalb dieses Sprachsystems steht für Carnap die Existenz von Zahlen, aber auch von Propositionen außer Frage.⁹⁶ Auf Rechtsnormen geht er nicht ein, doch dürfte sein Urteil für das juristische und rechtswissenschaftliche Sprachsystem kaum anders ausfallen. Auch für Rechtsnormen würde er die Sinnhaftigkeit einer externen Existenzfrage bestreiten.

Willard Van Orman Quine rehabilitierte die Ontologie abstrakter Gegenstände, indem er Carnaps Unterscheidung von sprachinternen und -externen Perspektiven in Frage stellte. Quine vermutete hinter ihr lediglich eine Variante der Unterscheidung zwischen analytischen und synthetischen Urteilen,⁹⁷ die er in seinem bahnbrechenden Beitrag zu den „Two Dogmas of Empiricism“ mit seinem Holismus-Argument einflussreich in Frage gestellt hatte.⁹⁸ Quine erkannte daher die Existenz abstrakter Gegenstände an, wenn die Annahme ihrer Existenz unseren besten wissenschaftlichen Theo-

94 Rudolf Carnap, *Empiricism, Semantics, and Ontology*, *Revue Internationale de Philosophie* 4 (1950), 20–40 (22 f.).

95 Carnap, *Empiricism, Semantics, and Ontology* (Fn. 94), 23 f.

96 Carnap, *Empiricism, Semantics, and Ontology* (Fn. 94), 26 f.; für eine aktualisierte Variante von Carnaps Ansatz s. Amie L. Thomasson, *Ontology Made Easy* (New York 2015).

97 Willard Van Orman Quine, *On Carnap's Views on Ontology*, in: Willard Van Orman Quine (Hrsg.), *The Ways of Paradox and Other Essays* (1976), 203–211 (210 f.).

98 Willard Van Orman Quine (Hrsg.), *From a Logical Point of View* (2. Aufl. 1961), 20–46 (42–46); Mary Leng, *Is There a Fact of the Matter About the Existence of Abstract Objects?*, in: José L. Falguera/Concha Martínez-Vidal (Hrsg.), *Abstract Objects* (Cham 2020), 111–130 (115).

rien zugrunde liegt.⁹⁹ Wenn unsere besten wissenschaftlichen Erklärungen nicht ohne die Annahme von Zahlen auskommen, dann müssen wir von ihrer Existenz ebenso ausgehen wie von jener anderer Objekte dieser Theorien, etwa der physischer Gegenstände in Raum und Zeit. Aufgrund ihrer Unverzichtbarkeit führt nach Quine daher kein Weg an der Existenz der Gegenstände der Mathematik (wie Zahlen, Mengen und Funktionen) vorbei. Angesichts der Tatsache, dass Propositionen der Gegenstand sowohl der Standard- als auch der Normlogik sind, gilt für sie nichts anderes.

Die aktuelle Debatte dreht sich auch nach Quine allerdings immer auch um die meta-metaphysische Frage Carnaps. Neuere Arbeiten betonen, dass auch Quine zwischen der nur heuristischen Annahme wissenschaftlicher Gegenstände, die lediglich der leichteren Systematisierung der Erkenntnisse dient, und dem tatsächlichen Voraussetzen ihrer Existenz unterscheiden müsse. Da diese Unterscheidung aber kaum zu treffen sei, könne von der bloßen Verwendung eines Gegenstands in einer besten Theorie nicht auf seine Existenz geschlossen werden. Innerhalb der Theorie existieren alle ihre Gegenstände notwendigerweise, aber welche Theorie mit welchen Gegenständen zugrunde gelegt wird, ist wiederum eine forschungspragmatische Frage, für die das Existenzkriterium ganz im Sinn Carnaps sinnlos sei.¹⁰⁰

Neben Carnap'schen und Quine'schen Formen des modernen, eher weichen Platonismus kommen nominalistische Ansätze in zwei Spielarten vor: Sogenannte Hard-road-Nominalisten akzeptieren das Unvermeidlichkeitsargument. Sie müssen dann zeigen, wie sich Aussagen, die auf abstrakte Gegenstände zu referieren scheinen, so reformulieren lassen, dass sie in ihnen nicht mehr vorkommen. Hartry Field etwa ist es gelungen, die Grundgesetze der Newtonschen Physik ohne den Rückgriff auf Zahlen oder andere mathematische Entitäten zu reformulieren.¹⁰¹ Unsere Rede von Normen müsste nach dieser Variante des Nominalismus in ähnlicher Weise durch den Bezug auf ihre sprachlichen oder sonstigen Instantiierungen ersetzt werden. Dann wäre auch die Existenz von Normen an jene entsprechender

99 Willard Van Orman Quine, *On what there is*, in: Willard Van Orman Quine (Hrsg.), *From a Logical Point of View* (2. Aufl. 1961), 1–19 (15–19).

100 Stephen Yablo, *Does Ontology Rest on a Mistake? (I)*, *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes* 72 (1998), 229–261 (244–260); zu neueren Entwicklungen in diesem neo-Carnapianischen Strang der Diskussion: Leng, *Taking Morality Mathematically* (Fn. 90), 118–129.

101 Hartry H. Field, *Science without numbers. A defence of nominalism* (Princeton 1980).

Instantiierungen geknüpft. Würden alle Kopien des Grundgesetzes vernichtet, so würde Art. 1 Abs. 1 GG nur noch existieren, wenn jemand gerade an ihn denken würde. Gleiches würde für alle Ableitungen von Normen aus Normsätzen gelten.

Sogenannte Easy-road-Nominalisten akzeptieren das Unvermeidlichkeitsargument, bestreiten aber, dass daraus die Existenz abstrakter Gegenstände folgt. Fiktionalisten etwa nehmen an, dass es sich bei abstrakten Gegenständen um nützliche Fiktionen handelt, die wir nicht vermeiden können, wenn wir uns die Welt erschließen wollen. Hans Vaihingers nominalistische Philosophie des Als-ob etwa kann als eine frühe Spielart dieses Gedankens gelten.¹⁰² Die Annahmen von Zahlen, Propositionen, Normen und Rechtsnormen wären dann unvermeidliche Fiktionen, um der Komplexität der Welt Herr zu werden. Existieren würden aber nicht Zahlen, Propositionen, Normen und Rechtsnormen, sondern lediglich ihre Instantiierungen in unserem Bewusstsein.

3. Ansätze zur Ontologie von Rechtsnormen in der juristischen Diskussion

Besonders in der neueren englischsprachigen Rechtstheorie hat die Ontologie von Rechtsnormen in den letzten Jahren zunehmend Beachtung gefunden. Ansatzpunkt ist hier zumeist die Diskussion um den Artefakt-Charakter des Rechts.¹⁰³ Sie hat viele Facetten und changiert zudem zwischen dem Artefakt-Charakter des Rechts als solchem und jenem konkreter Rechtsnormen – sowie zwischen dem des Rechts als sozialer Praxis und als Normsystem.¹⁰⁴ Auch die Frage nach den ontologischen Implikationen des Artefakt-Charakters wird gestellt. Einige Autoren lehnen sich dabei besonders an die Theorie abstrakter Artefakte an, die Amie Thomasson für fiktionale

102 Hans Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivism* (Leipzig 9. Aufl. 1927).

103 Siehe die Beiträge in *Luka Burazin / Kenneth E. Himma / Corrado Rovetsi, Law as an Artifact* (Oxford / New York 2018) und *Luka Burazin / Kenneth E. Himma / Corrado Rovetsi / Paweł Banaś, The Artifactual Nature of Law* (Cheltenham / Northampton 2022); s. aber auch *George Pavlakos, Normativity versus Ontology: Law, Facts and Practical Reason, Rechtstheorie* 34 (2003), 393–419 (403–408).

104 Zu einigen Verwirrungen, die daraus entstehen: *Kenneth M. Ehrenberg, Intentions in artifactual understandings of law*, in: *Luka Burazin/Kenneth E. Himma/Corrado Rovetsi/Paweł Banaś* (Hrsg.), *The Artifactual Nature of Law* (Cheltenham / Northampton 2022), 16–36 (22–27).

Gegenstände entwickelt hat.¹⁰⁵ Diese scheint gerade auch die Besonderheit von Rechtsnormen – jedenfalls in einem positivistischen Verständnis – gut zu erfassen, die anders als andere abstrakte Gegenstände und wie fiktionale Literatur erst durch Menschen planvoll geschaffen werden. Anders als platonische Abstrakta scheinen Fiktionen in ihrer Existenz von menschlichen Aktivitäten abhängig zu sein. Für Thomasson bilden Fiktionen daher eine eigene Art abstrakter Gegenstände. Ihren fiktionalen Realismus verteidigt sie dann u. a. damit, dass sonst auch so wirkmächtigen Artefakten wie dem Recht die Existenz abgesprochen werden müsste. „Of course this ‘companions in guilt’ argument leaves us with two choices: allow that there are abstract artifacts and accept the existence of fictional characters, literary works, laws, etc., or deny the existence of all of these and find some way of paraphrasing talk about the latter entities as well as about fictional characters.“¹⁰⁶ Wenn Thomasson dann aber die Fortexistenz der fiktionalen Artefakte davon abhängig macht, dass Kopien davon oder Erinnerungen an sie existieren,¹⁰⁷ bleibt unklar, inwieweit es sich bei den Gegenständen ihrer Theorie tatsächlich noch um abstrakte Gegenstände handelt, oder ob sie letztlich doch nur ihrer raum-zeitlichen Instantiierung gilt.¹⁰⁸ Auch für Thomasson handelt es sich bei abstrakten Artefakten um Gegenstände, die in ihrer Existenz von basalen Entitäten, raum-zeitlichen Gegenständen und mentalen Phänomenen abhängig sind.¹⁰⁹ Die Unterschiede zwischen dieser Spielart des Realismus abstrakter Artefakte und nominalistischen Positionen dürften allenfalls subtil ausfallen.

Für die Geltungstheorie geht es bei der rechtsontologischen Frage aber nicht darum, sich für eine nominalistische, realistische, platonistische oder – wie jüngst Lorenz Kähler¹¹⁰ – eine eigenwillige „idealistische“ Position

105 *Luka Burazin*, Legal systems as abstract artifacts, in: Luka Burazin/Kenneth E. Himma/Corrado Rovorsi/Paweł Banaś (Hrsg.), *The Artifactual Nature of Law* (Cheltenham/Northampton 2022), 1–15; Thomasson ist ferner eine der am häufigsten angeführten Quellen in den beiden in Fn. 103 genannten Sammlungen.

106 *Amie L. Thomasson*, Fictional Entities, in: Jaegwon Kim/Ernest Sosa/Gary S. Rosenkrantz (Hrsg.), *A Companion to Metaphysics* (Oxford 2. Aufl. 2009), 10–18 (16); s. auch *Amie L. Thomasson*, *Fiction and Metaphysics* (Cambridge 1999), 35–38.

107 *Thomasson*, Fictional Entities (Fn. 106), 15.

108 *Thomasson*, Fiction and Metaphysics (Fn. 106), 37, verwirft diesen Gedanken mit dem Argument, dass ein fiktionales Werk sich nicht dadurch verändert, dass einige Kopien zerstört werden.

109 *Thomasson*, Fiction and Metaphysics (Fn. 106), 150–153.

110 *Lorenz Kähler*, Weder Idealismus noch Naturalismus. Zum Anliegen einer Idealitätstheorie des Rechts, *ARSP* 107 (2021), 392–416.

auszusprechen. Es geht vielmehr darum zu zeigen, dass die theoretischen Fragen, die mit der Existenz von Rechtsnormen aufgerufen sind, ganz anderer Natur sind als die mit dem Geltungsbegriff verbundenen. Die Geltung von Rechtsnormen betrifft die hermeneutische Frage nach der Reichweite des von der Norm erhobenen Verpflichtungsanspruchs. Geltung bezieht sich auf den propositionalen Gehalt der Norm und damit auf eine semantische Frage. Die Existenz von Normen betrifft hingegen die ontologische Frage danach, ob und wie sie im Mobilium des Universums neben ihren Instantiierungen in sprachlichen Verkörperungen und mentalen Episoden zu denken sind.

V. Ordnung im Teilchenzoo

Die Klärung der Begriffe der Geltung und der Existenz des Rechts erlaubt es nun, die in der Geltungsdiskussion immer wieder miteinander verwobenen Begriffe Existenz, Geltung, Wirksamkeit und Legitimität klar voneinander zu unterscheiden und die damit bezeichneten Eigenschaften von Rechtsnormen in ihren Verhältnissen zueinander zu erfassen.

1. Existenz

Für diese Klärung der Verhältnisse kann mit der Existenz von Normen begonnen werden. Wie gerade gesehen, handelt es sich dabei um eine metaphysische Frage, die einen Sonderfall der Ontologie abstrakter Gegenstände betrifft. Die Existenz ist die grundlegendste der vier hier zu ordnenden Eigenschaften. Es handelt sich um eine diskrete Eigenschaft: Eine Rechtsnorm existiert oder sie existiert nicht.

Ihr Vorliegen ist die Bedingung der Möglichkeit des Vorliegens der drei anderen Eigenschaften. Nicht-existente Rechtsnormen können weder gelten noch wirksam oder legitim sein. Doch das Verhältnis zu Geltung, Wirksamkeit und Legitimität ist asymmetrisch. Rechtsnormen können existieren, obwohl sie nicht gelten. Die Weimarer Reichsverfassung war auch noch Gegenstand der juristischen Forschung, als sie nicht mehr in Geltung war.¹¹¹ Das Grundgesetz kann auch in den USA Gegenstand der Forschung sein.¹¹² Lorenz Kähler etwa hat auch darauf hingewiesen, dass Normen, die im Gesetzgebungsverfahren diskutiert werden, bereits existieren, obwohl sie erst mit der Verkündung in Kraft treten sollen.¹¹³ Gleiches gilt für verfassungswidrige Normen, die trotz ihrer Ungültigkeit Gegenstand von Normenkontrollverfahren sein können.¹¹⁴

111 Etwa *Christoph Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung (Tübingen 1997).

112 Etwa *Donald P. Kommers/Russell A. Miller*, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (Durham NC, 3. Aufl. 2012),

113 *Kähler*, Weder Idealismus noch Naturalismus (Fn. 110), 406.

114 *Sandro*, Unlocking Legal Validity: Some Remarks on the Artificial Ontology of Law (Fn. 45), 112–114.

Gerade das Beispiel der Verfassungswidrigkeit zeigt, dass auch Normen existieren, deren Verpflichtungsanspruch sich nie aktualisiert, wenn man relationale Geltungsphänomene mit dem vorgestellten Vorschlag auf implizite asymmetrische Konditionierungen des einfachen Rechts zurückführt. Verfassungswidrige Normen enthalten eine Bedingung, die unmöglich erfüllt sein kann, und damit gleichsam einen Selbstwiderspruch. Unter dem Grundgesetz kann ein zustimmungsbedürftiges Gesetz nicht gelten, das ohne die Zustimmung des Bundesrats zustande gekommen ist. Es erhebt seinen Verpflichtungsanspruch nur unter der Bedingung, dass es gemäß den Vorgaben des Grundgesetzes zustande gekommen ist. Fehlt es einem verkündeten zustimmungsbedürftigen Gesetz an der Zustimmung des Bundesrats, steht sein Verpflichtungsanspruch unter einer Bedingung, die nicht mehr erfüllt werden kann. Nichts anders gilt für Gesetze, die einen verfassungswidrigen Verpflichtungsanspruch erheben. Ein Beispiel wäre etwa eine Norm der Strafprozessordnung, die die Folter als Aussageerzwingungsmittel bei Tötungsdelikten unter der Bedingung anordnet, dass sie nicht gegen die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes verstößt. Rechtsnormen enthalten zwar einen konditionierten Verpflichtungsanspruch, der aber unter eine Unmöglichkeit¹¹⁵ gestellt sein kann, so dass er sich nie aktualisiert. Neben den zeitlichen und räumlichen Bedingungen des Verpflichtungsanspruchs bezieht sich der rechtstheoretische Geltungsbegriff gerade auch auf solche Unmöglichkeitbedingungen, die – wie zeitliche und räumliche Grenzen des Verpflichtungsanspruchs – die Aktualisierung des Verpflichtungsanspruchs absolut ausschließen. Die Geltung einer Rechtsnorm ist mithin keinesfalls ihre spezifische Existenzform. Richtig ist lediglich, dass die Existenz einer Norm Bedingung ihrer Geltung ist; umgekehrt liegt aber kein Bedingungsverhältnis vor. Eine Norm kann durchaus einen Verpflichtungsanspruch erheben und damit existieren, ohne dass sie gilt. Ihr Verpflichtungsanspruch kann unter eine Bedingung gestellt sein, die entweder unmöglich, noch nicht oder nicht mehr erfüllt ist. Dies erklärt die Existenz von verfassungswidrigen Normen, von Normen in Gesetzentwürfen oder von Normen, die außer Kraft getreten sind.

Rechtsnormen können auch unabhängig von ihrer Wirksamkeit existieren. Dies zeigt gerade auch die Frage, ob eine Norm Wirksamkeit entfaltet.

115 Zu unmöglichen Bedingungen in Rechtsgeschäften etwa *Harm Peter Westermann*, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), *MüKo-BGB* (München, 9. Aufl. 2021), § 158 Rn. 48.

Die Frage hätte keinen Gegenstand, wenn die Norm, deren Wirksamkeit untersucht werden soll, nicht existieren würde.

Ebenso ist die Existenz von Normen unabhängig von ihrer Legitimität. Auf eine andere Idee kann man nur kommen, wenn man zum einen die Geltung von Rechtsnormen mit ihrer Existenz gleichsetzt und zum anderen die Legitimität einer Rechtsnorm zu ihrer Geltungsvoraussetzung macht. Doch hätte eine solche Auffassung dann auch wieder Probleme, die Frage nach der Legitimität einer Rechtsnorm überhaupt nur zu formulieren, da auch diese Frage die Existenz der Norm supponiert.

2. Geltung

Geltung bezeichnet den Verpflichtungsanspruch einer Rechtsnorm, wobei sich der rechtstheoretische Geltungsbegriff nicht auf dessen beliebige Konditionierungen bezieht, sondern auf solche, die ihn für einen Raum oder eine Zeit grundsätzlich ausschließen. Wie die Existenz von Normen ist auch ihre Geltung ein diskretes, kein graduelles Phänomen. Der Verpflichtungsanspruch kann konditioniert sein, aber unter der Konditionierung besteht er oder er besteht nicht. Zwar kennt das Recht auch die Teilnichtigkeit von Normen. Dies bedeutet aber lediglich, dass die Bedingungen, unter denen der Verpflichtungsanspruch der Rechtsnorm steht, nur für einen Teilbereich erfüllt sind. Dort, wo sie erfüllt sind, gilt die Norm; dort, wo sie es nicht sind, gilt sie nicht.

Bereits bei der Erläuterung der Existenz wurde gezeigt, dass Existenz und Geltung von Normen auseinanderfallen können, wenn die Bedingungen, unter die der Verpflichtungsanspruch der Norm gestellt ist, nicht mehr, noch nicht, nicht an diesem Ort etc. erfüllt sind. Das Auseinanderfallen von Existenz und Geltung kann auch die Existenz verfassungswidriger oder sonst nichtiger Normen erklären. Die gegenseitige Konditionierung der Tatbestände höher- und niederrangiger Normen kann dazu führen, dass die niederrangige Norm eine Bedingung enthält, die nicht erfüllt sein kann. Die Bedingung, unter der ihr Verpflichtungsanspruch steht, kann sich nicht realisieren; sie existiert, gilt aber nicht.

Die Geltung von Normen ist – entgegen Kelsen, Hart und Ross – unabhängig von ihrer sozialen oder psychologischen Wirksamkeit und auch von der des Rechtssystems, dem sie angehört. Geltung betrifft die Frage, ob eine Norm gegenüber einem bestimmten Adressaten – gleichsam nach ihrem Selbstverständnis – einen Verpflichtungsanspruch erhebt. Ob diesem

entsprochen wird, ist davon unabhängig. Es liegt in der Natur von Normen und damit auch von Rechtsnormen, dass die Welt sich nicht notwendigerweise nach ihnen richtet. Die „direction of fit“ verläuft in Richtung der Norm und nicht, wie bei unseren tatsächlichen Überzeugungen, in Richtung der Welt. Die Welt soll der Norm entsprechen, nicht die Norm der Welt. Eine Verbindung zwischen Geltung und Wirksamkeit gibt es lediglich dann, wenn die Norm sie selbst herstellt, wie dies im Baurecht etwa über die dogmatische Figur der Obsoleszenz geschieht. Doch ob der Verpflichtungsanspruch einer Rechtsnorm durch ihre Wirksamkeit oder die Chance auf Befolgung konditioniert wird, ist kontingent. Vernünftige Gründe mögen dafür sprechen, aus einer begrifflichen Verknüpfung von Geltung und Wirksamkeit folgt dies jedoch nicht.

3. Wirksamkeit

Wirksamkeit betrifft das Verhältnis der Norm zur Welt. Dabei können die Verhältnisse zwischen Rechtsnormen und sozialer Wirklichkeit vielfältig sein. Sie müssen nicht einmal kausal sein. Wird einfach nur gemessen, ob eine Rechtsnorm eingehalten oder gebrochen wird, kann aus der Messung zunächst nur eine Korrelation abgeleitet werden, da unklar ist, ob Menschen sich aufgrund der Rechtsnorm normkonform verhalten oder aus anderen, etwa habituellen Gründen.

Ross' Begriff der Geltung hingegen zielt über seinen Begriff der Gültigkeit auf eine kausale Wirkung von Rechtsnormen mittels der Verbindlichkeitsvorstellungen ihrer Adressaten. Eine Rechtsnorm ist in seinem Sinn gültig, wenn sich ihre Adressaten zu ihrer Einhaltung verpflichtet fühlen. Rechtsnormen zielen insoweit auf die empirische Rechtsmoral, die faktische Anerkennung durch die Rechtsunterworfenen. Da sie häufig zwangsbewehrt sind, kann der Grund für ihre Befolgung allerdings auch die Furcht vor Sanktionen sein, die mit ihrer Missachtung verbunden werden. Spiegelbildliches gilt für Rechtsnormen, deren Befolgung mit einem Vorteil verknüpft ist.

Daneben können noch viele weitere Formen der Wirksamkeit treten. Sie kann sie sich z. B. in der Häufigkeit manifestieren, mit der ihre Missachtung die gesetzlich vorgesehene oder erlaubte Sanktion zur Folge hat. Ferner lässt sich danach fragen, wie Rechtsnormen Moralvorstellungen beeinflussen, das Investitionsklima prägen oder zum Klimawandel beitragen. Auch wenn sich die Eigenschaft der Wirksamkeit auf all diese unter-

schiedlichen empirischen Verhältnisse zwischen einer Rechtsnorm und der sozialen Wirklichkeit beziehen kann, ist allen ihren Erscheinungsformen gemein, dass es sich im Unterschied zu Existenz und Geltung um graduelle Phänomene handelt. Es lässt sich nicht nur fragen, ob eine Rechtsnorm überhaupt kausal auf die Wirklichkeit einwirkt, sondern auch, ob sie im jeweiligen Kontext mehr oder weniger wirksam ist.

Zu Existenz und Geltung verhält sich die Wirksamkeit von Normen unterschiedlich. Während sie, wie gesehen, die Existenz der Norm voraussetzt – etwas, das nicht existiert, kann auch nicht wirken –, können auch ungültige Rechtsnormen Wirkungen entfalten. Zwar werden regelmäßig lediglich gültige Normen auch empirisch relevant, aber in Ausnahmefällen können auch ungültige Normen befolgt werden. Wenn die Verfassungswidrigkeit einer Norm erst nach vielen Jahren festgestellt wird, kann es sein, dass sie zuvor weitgehend angewandt wurde. Ebenso könnte es vorkommen, dass außer Kraft getretene Normen aus bloßer Gewohnheit oder auch aus Unwissenheit weiterhin befolgt werden.

4. Legitimität

Legitimität zielt auf die Vereinbarkeit von Rechtsnormen mit einem außerrechtlichen normativen Standard, etwa der Moral, der Religion oder der normativen politischen Theorie. Da die außerrechtlichen Standards gradueller Natur sein können, kann die Legitimität von Rechtsnormen auch graduelle Formen annehmen. So kann etwa die normative Verfassungstheorie oder die politische Moral mehrdimensionale graduelle Anforderungen an die formelle demokratische Legitimität stellen, denen Rechtsnormen besonders auch durch die Art ihres Zustandekommens in unterschiedlichem Maß genügen. So wird in demokratischen Verfassungssystemen von einer höheren formellen demokratischen Legitimität parlamentarischer Gesetze ausgegangen.

Konzeptionell ist sowohl die Existenz als auch die Geltung als auch die Wirksamkeit von Normen unabhängig von ihrer Legitimität. Legitimität stellt auf die Bewertung von Rechtsnormen anhand anderer – typischerweise moralischer – Normen ab. Um eine solche Bewertung vornehmen zu können, müssen die Rechtsnormen existieren, sonst fehlt der Bewertung ihr Gegenstand. Die Existenz von Rechtsnormen kann daher nicht an ihre moralische Bewertung geknüpft werden.

Gänzlich unabhängig von der Legitimität ist hingegen die Geltung von Rechtsnormen. Es kann sowohl illegitime geltende Rechtsnormen geben als auch ungültige, aber legitime. Der Verpflichtungsanspruch einer Rechtsnorm ist normimmanent. Er ist konzeptionell nicht von der Bewertung durch außerrechtliche Normen abhängig. Allerdings kann er beliebig konditioniert werden. Thesen, die die Geltung von Rechtsnormen von der Übereinstimmung mit – jedenfalls bestimmten grundlegenden – moralischen Normen abhängig machen wollen, konditionieren den Verpflichtungsanspruch über den Rechtsbegriff.¹¹⁶ Wie zwingend dies für diesen ist, ist eine Diskussion, die ganz unabhängig vom Geltungsbegriff im Sinn des Verpflichtungsanspruchs ist. Die hier vertretenen Geltungs- und Existenzbegriffe erlauben es jedoch präzise zu beschreiben, worum es in der Diskussion um minimale moralische Legitimitätsanforderungen an die Geltung von Rechtsnormen geht: um den Rechts-, nicht den Geltungsbegriff.

Die hier vorgeschlagene konzeptionelle Trennung von Existenz-, Geltungs- und Legitimitätsfragen erlaubt es auch, die Ambivalenzen aufzuheben, die zum Teil der Frage anhaften, ob es eine Rechtsbefolgungspflicht gibt. Geltende Rechtsnormen statuieren mit ihrem Verpflichtungsanspruch eine Rechtspflicht, sie zu befolgen. Noch einmal sei der Kelsen der „Hauptprobleme“ zitiert: „Warum sollen die Rechtssätze befolgt, resp. angewendet werden? [...] Die Vorstellung des Rechtssatzes als ‚Norm‘ enthält schon diese Qualifizierung des Befolgt- und Angewendetwerden-*sollens*; so daß die Fragestellung etwa bedeutete: Warum soll ein Satz, der befolgt werden soll, befolgt werden?“¹¹⁷

Ob diese Pflicht auch aus der Perspektive eines anderen Normsystems wie dem der Moral besteht, muss ganz nach den Verpflichtungsansprüchen dieses Systems beantwortet werden. Dabei können rechtliche und ethische Verpflichtungen auch dann auseinanderfallen, wenn das Recht nicht gegen moralische Normen verstößt. Die durch die Straßenverkehrsordnung statuierte Rechtspflicht, als Fußgänger bei roter Ampel die Straße nicht zu überqueren, ist ethisch unbedenklich. Sie besteht als Rechtspflicht auch spät in der Nacht an einer gut einsehbaren, unbefahrenen Landstraße. Gleichwohl könnte aber etwa eine ethische Beurteilung auf der Grundlage eines Utilitarismus auch unter Berücksichtigung der Fernwirkungen eines

116 Etwa Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg/München, 2. Aufl. 2020), 218–230; 235–241.

117 Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Fn. 9), 481 (352); dazu Paulson, *The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm* (Fn. 2), 45–48.

Rechtsnormverstoßes zu dem Schluss kommen, dass in diesem Szenario ein Verstoß gegen die Straßenverkehrsordnung nicht zugleich unethisch ist. Hinsichtlich ihres Verpflichtungsanspruchs sind Rechtsnormen und ethische Normen unabhängig – auch diejenigen, die sich auf die Befolgung des Rechts beziehen. Jede Norm erhebt ihren eigenen Verpflichtungsanspruch.

Die Legitimität von Rechtsnormen ist grundsätzlich auch unabhängig von ihrer Wirksamkeit. Das 20. Jahrhundert hat in kaum vorstellbarer Monstrosität gezeigt, dass Rechtsnormen, die in nicht zu überbietender Antithese zu moralischen Vorstellungen standen, grausamste Wirksamkeit entfalten konnten. Jedoch kann die Unwirksamkeit einer Rechtsnorm in extremen Fällen, wie bei Obsoleszenz, eine Bedeutung für ihre Legitimität entfalten. Wenn als solche legitime Rechtsnormen nur sehr selektiv angewandt werden, kann dies nicht nur die Legitimität der Rechtsanwendung, sondern auch die Legitimität der Norm selbst in Frage stellen.¹¹⁸

5. Übersicht

Die Verhältnisse zwischen den vier Eigenschaften der Existenz, Geltung, Wirksamkeit und Legitimität von Rechtsnormen sind von weitgehender konzeptioneller Unabhängigkeit geprägt. Sie lassen sich zusammenfassend in einer Matrix kreuztabellieren, die die weitgehende Unabhängigkeit der vier Eigenschaften anschaulich macht:

| | Existenz | Geltung | Wirksamkeit | Legitimität |
|-------------|----------|---------|-------------|-------------|
| Existenz | | (+) | (+) | (+) |
| Geltung | (+) | | (-) | (-) |
| Wirksamkeit | (+) | (-) | | (-) |
| Legitimität | (+) | (-) | (-) | |

-(+) – Abhängigkeit der Eigenschaften

-(-) – Unabhängigkeit der Eigenschaften

Einzig die fehlende Existenz einer Rechtsnorm schließt das Vorliegen der anderen Eigenschaften konzeptionell aus.

¹¹⁸ Vgl. BVerfGE 84, 239 (271), nach dem die selektive Durchsetzung eines Gesetzes sogar zu seiner Verfassungswidrigkeit führen kann.

VI. Konkurrenz von Geltungsansprüchen

Dem hier vorgeschlagenen Verständnis der Existenz und Geltung von Normen ist eine gewisse Liberalität eigen. Mit Ausnahme der Existenz ist die Geltung von Rechtsnormen von deren anderen Eigenschaften entkoppelt. Die Geltung existierender Normen bestimmt sich selbstreferenziell nach dem von ihnen erhobenen Verpflichtungsanspruch. Diese Liberalität kann zu einer über den Geltungsbegriff nicht eindämmbaren Konkurrenz von Geltungsansprüchen führen. Jede Norm, die für ein bestimmtes Gebiet einen Verpflichtungsanspruch erhebt, der nicht durch die Übereinstimmung mit der wirksamen und legitimen Rechtsordnung konditioniert ist, gilt in dem Geltungsraum, auf den sie sich bezieht.

In seiner Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von Bundes- und Landesrecht scheute auch der frühe Kelsen diese Konkurrenz von Geltungsansprüchen nicht. Anders als nach einer damals weit verbreiteten Lehre wird für ihn die Konkurrenz von Bundes- und Landesrecht auch durch den *Lex-posterior*-Grundsatz nur dann aufgehoben, wenn eine der beiden Ordnungen eine entsprechende Konditionierung enthält. „Dieser Fall ins Allgemeine erhoben, zeigt die Möglichkeit, daß Normen der einen Autorität *kraft eigner Bestimmung* durch jüngere einer anderen Autorität abgeändert oder aufgehoben werden können.“¹¹⁹ Kelsen hebt hier noch hervor, dass der Konflikt der Geltungsansprüche nur durch „eigne Bestimmung“ der Rechtsnormen vermieden werden kann – nicht durch soziologische Gegebenheiten oder staatliche Einheitsideologien. Denn das „Objekt rechtstheoretischer Erkenntnis sind Rechtsnormen und nichts als Rechtsnormen.“¹²⁰ Seine Analyse des österreichischen Februarpatents von 1861 führte ihn dann auch zu dem Schluss, dass dieses in Österreich „die Reichsgesetzgebung wie die Landesgesetzgebung als oberste souveräne, d.h. mit Kompetenzhoheit ausgestattete normsetzende Autoritäten etabliert hat.“¹²¹ Für den Rechtsunterworfenen bedeutete dies: „Das zur Beobachtung oder

119 Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung (Fn. 88), 368 (212).

120 Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung (Fn. 88), 370 (216).

121 Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung (Fn. 88), 380 (229).

Anwendung der Gesetze verpflichtete Subjekt (Untertan oder Staatsorgan) steht vor einem rechtslogisch unlösbaren Pflichtenkonflikt, der durchaus analog demjenigen ist, in dem man sich gegenüber einer Kollision von Rechts- und Moralnormen, oder Rechtsnormen verschiedener und gegenseitig unabhängiger Staaten befindet. [...] Die [...] feierlich verkündigte Absicht, die in der Beilage gegebenen Grundgesetze (Grundgesetz über die Reichsvertretung und Landesordnungen), als einheitliche Verfassung des Reiches in Geltung zu setzen, ist juristisch völlig irrelevant, da die tatsächliche Gestaltung dieser Grundgesetze mit dieser Absicht in Widerspruch steht.¹²² Ob ein Grundgesetz in einem Gebiet gilt, bestimmt sich hier noch nicht nach einer Grundnorm, sondern einzig nach seiner „tatsächlichen Gestaltung“. Die tatsächliche Gestaltung des jeweiligen Grundgesetzes oder, in der hiesigen Terminologie, der positivierten Verpflichtungsanspruch bestimmt seine Geltung.

Unter dem Einfluss der Stufenbaulehre und seines damit entwickelten relationalen Geltungsbegriffs wird Kelsen später weniger tolerant gegenüber konkurrierenden Geltungsansprüchen. Um einen möglichen Geltungspluralismus zu vermeiden, fordert er später für die Geltung einer Rechtsnorm, dass sie jedenfalls einem Normsystem angehört, das im Großen und Ganzen wirksam ist.¹²³ Geltung bestimmt sich nicht mehr allein anhand von „Rechtsnormen und nichts als Rechtsnormen“, sondern anhand sozialer Wirksamkeit. Ähnlich vermeidet auch Hart einen Geltungspluralismus, indem er für seine Anerkennungsregel auf die Haltung der offiziellen Rechtsanwender rekurriert. Beide wollten so vermeiden, dass jedermann Rechtsnormen verkünden und von ihnen behaupten kann, dass sie gölten. Kelsen versucht dies durch die Differenz von subjektiver und objektiver Geltung auch begrifflich deutlich zu machen.¹²⁴ Objektive Geltung sollen nur diejenigen Rechtsnormen haben, die zu einem Rechtssystem gehören, das im Großen und Ganzen auch befolgt wird.

Der Impuls, nur solche Rechtsnormen ernst zu nehmen, die einem Rechtssystem angehören, das im Großen und Ganzen wirksam ist, oder die vom offiziellen Rechtsstab anerkannt werden, ist aus vielerlei Gründen verständlich. Der alltagssprachliche Geltungsbegriff ist wohl ein *Mixtum compositum* aus Geltung im theoretischen Sinn und – je nach Kontext – unter-

122 Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung (Fn. 88), 382 (232 f.).

123 Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 1), 37 f.

124 Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 1), 32–34.

schiedlich dosierten Aspekten der Wirksamkeit oder auch der Legitimität der zur Diskussion stehenden Norm. Es kann sogar Kontexte geben, in denen er etwa ausschließlich auf Wirksamkeitsaspekte zielt. Eine ausländische Unternehmerin, die lediglich wissen will, wie sie möglichst rasch an eine Betriebsgenehmigung kommt, wird sich möglicherweise nicht dafür interessieren, dass eine der Anforderungen gegen die Verfassung verstößt, sondern möchte einfach wissen, was in Deutschland „gilt“. Da Forschungszeit zumeist knapp, aber jedenfalls begrenzt ist, muss auch die wissenschaftliche Beschäftigung mit Normsystemen ihren Gegenstandsbereich beschränken. Auch insoweit spricht alles dafür, nur solche Normsysteme in den Blick zu nehmen, die im Großen und Ganzen wirksam oder vom offiziellen Rechtsstab anerkannt sind. Es spricht auch nicht grundsätzlich etwas dagegen, das jeweils favorisierte Mixtum compositum aus Geltung, Wirksamkeit von einzelnen Normen oder Normsystemen oder auch (wie bei Robert Alexy) bestimmten Legitimitätsanforderungen mit einem eigenen Begriff zu belegen, wie dies Kelsen etwa für sein Mixtum compositum mit dem Begriff der objektiven Geltung vorschlägt. Problematisch werden solche Begriffsbildungen aber dann, wenn sie, wie bei Kelsen, zu essentiellen Eigenschaften hypostasiert werden, wenn aus dem Auge verloren wird, dass der Begriff keine neue grundlegende Eigenschaft von Normen beschreibt, sondern lediglich auf einer Kombination grundlegender Eigenschaften beruht.

Kelsens Begriff der subjektiven Geltung erfasst zunächst ganz zutreffend den Verpflichtungsanspruch von Normen, der ihre Geltung ausmacht und auf den sich der rechtstheoretische Begriff der Geltung bezieht. Aus den vorgenannten Gründen postuliert Kelsen aber dann seinen Begriff der objektiven Geltung. Er bindet diesen auch nicht einfach an die Wirksamkeit einer Norm als solcher im Großen und Ganzen, da er wohl sieht, dass dies zu einer beträchtlichen Instabilität seines Geltungsbegriffs führen würde, sondern an die Zugehörigkeit zu einem Rechtssystem, das im Großen und Ganzen wirksam ist. Er erreicht damit die gewünschte Stabilität seines Geltungsbegriffs, der nun nicht für einzelne Normen eines Rechtssystems mit den Kontingenzen der – wie auch im Einzelnen zu bestimmenden – Wirksamkeit schwankt, sondern in der selten kontroversen Wirksamkeit eines Rechtssystems im Ganzen einen festen Halt gefunden hat. Doch diesen festen Halt bezahlt Kelsen nicht nur mit einer Vermengung seines Geltungsbegriffs mit einer von ihm sonst verhassten synkretistischen Vermengung von normativistischer und soziologischer Betrachtung, sondern vor allem mit

einer Verengung seines Geltungsbegriffs auf relationale Geltungsphänomene. Kelsens Begriff der objektiven Geltung bestimmt die für ihn konstitutive Zugehörigkeit zu einem Normsystem über die Ableitung aus einer höher-rangigen Norm des Rechtssystems. Dies lässt seinen Geltungsbegriff dann ratlos vor der ersten Verfassung stehen und Kelsen zur Grundnorm greifen. In diese Schwierigkeit gerät er jedoch nur, weil er seinen Begriff der objektiven Geltung, ein *Mixtum compositum* aus relationaler Geltung und Wirksamkeit des Normsystems, zu einem grundlegenden, irreduziblen Begriff hypostasiert. Die Schwierigkeiten lösen sich hingegen gleichsam in Luft auf, wenn die einzelnen Elemente des objektiven Geltungsbegriffs offengelegt und unabhängig von dem Mischbegriff analysiert werden. Kelsens objektiver Geltungsbegriff gleicht somit Currypulver. Jemand, der Currypulver für ein Gewürz wie Pfeffer erachtet, wird überrascht sein, Currypulver über die einzelnen Stufen des Curry-Einzel-, -Groß- und -Importhandels zurückverfolgen, aber dann keine Currypflanze finden zu können¹²⁵. Auch die Verwirrung des Freundes scharfer Gewürze löst sich erst auf, wenn er merkt, dass es sich bei Curry um ein *Mixtum compositum* aus Kurkuma, Chili, Koriander, Kreuzkümmel, Bockshornklee und anderen Gewürzen handelt. In Kelsens Fall ist freilich kurios, dass er die Mischung selbst hergestellt hat.

Zur Verdeutlichung der Konsequenzen, die sich ergeben, wenn der Geltungsbegriff nicht durch die Beimengung anderer Eigenschaften von Rechtsnormen verengt wird, sei noch ein Blick auf Phänomene geworfen, die kaum praktische, aber theoretische Relevanz haben und sowohl bei Kelsen als auch bei Hart die Verengung des Geltungsbegriffs motiviert haben dürften.

1. Verfassungskonkurrenz

So schwer es einem über die Lippen kommen will, dass die von Reichsbürgergruppen¹²⁶ am 10. November 2020 vom obersten Souverän Peter I. ver-

125 Er wird allenfalls Currykraut finden, das aber weder die Ursprungspflanze des Currypulvers ist, noch zu seinen Ingredienzien gehört.

126 Zu Reichsbürgern und anderen „sovereign citizen“-Bewegungen: *Stefan Goertz*, Identitäre Bewegung – Reichsbürger – Selbstverwalter, *Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis* 2021, 56–68; *Christine M. Sarteschi*, Sovereign citizens: A narrative review with implications of violence towards law enforcement, *Aggress Violent Behav* 60 (2021), 101509/1-11.

kündete „Verfassung des Königreichs Deutschland“¹²⁷ für Deutschland gelte – so sicher ist doch, dass diese Verfassung genau diesen Verpflichtungsanspruch erhebt. Insbesondere macht sie ihn auch nicht von Art. 146 GG abhängig, dessen Voraussetzungen die Reichsbürgerverfassung nicht im Ansatz erfüllt. Auch die Fragen „In welchem Gebiet soll die ‚Verfassung des Königreichs Deutschland‘ denn gelten?“ oder „Ab wann soll sie gelten?“ sind keineswegs sinnlos.

Was das Grundgesetz von der „Verfassung des Königreichs Deutschland“ unterscheidet, sind die Wirksamkeit des Ersteren und die Unwirksamkeit der Letzteren sowie die politische Legitimität des Ersteren und deren vollständiger Mangel bei der Letzteren. Wirksamkeit und Legitimität unterscheiden das Grundgesetz von Reichsbürgerverfassungen, nicht aber ihr Verpflichtungsanspruch und damit nicht ihre Geltung. Es liegen schlicht zwei Verfassungen mit konkurrierenden Geltungsansprüchen vor, ganz wie nach Kelsens Analyse im Fall des Februarpatents von 1861.

Natürlich hat die „Verfassung des Königreichs Deutschland“ keine Geltung auf der Grundlage des Grundgesetzes, dessen Verpflichtungsanspruch erstreckt sich nicht auf sie. Im Gegenteil wird der implizite Verpflichtungsanspruch des Grundgesetzes wohl richtig interpretiert, wenn angenommen wird, dass er die Anerkennung des Verpflichtungsanspruchs anderer Verfassungen in seinem Geltungsgebiet verbietet. Verfassungen beanspruchen in diesem Sinn zumeist exklusive Geltung. Doch spiegelbildlich gilt dasselbe wohl auch für die Verfassung des Königreichs Deutschland. Welcher exklusive Verpflichtungsanspruch sich in der Konkurrenz faktisch durchsetzt, ist eine Frage der Wirksamkeit der Verfassung, nicht ihrer Geltung. Welcher exklusive Verpflichtungsanspruch Gefolgschaft verdient, ist eine Frage der Legitimität der Verfassung, nicht ihrer Geltung. Es sind auch die Wirksamkeit und politische Legitimität des Grundgesetzes, die es zu einem Gegenstand ernsthaften juristischen und rechtswissenschaftlichen Interesses erheben und deren vollständiger Mangel im Hinblick auf die Verfassungen der Reichsbürger die diese in das juristische Kuriositätenkabinett verbannen.

127 <https://koenigreichdeutschland.org/de/verfassung.html>.

2. Geltung und Einheit des Rechtssystems

Niklas Luhmann hat ganz treffend Geltung als Symbol beschrieben, das in der Rechtsordnung weitergereicht wird. Der Aufriss der asymmetrisch interdependenten Konditionierungszusammenhänge hatte aufgezeigt, wie das Weiterreichen des Geltungssymbols technisch bewerkstelligt wird. Luhmann erkannte auch, dass darin die Einheit des Rechtssystems begründet liegt. „Den Begriff ‚Symbol‘ wählen wir deshalb, weil es darum geht, in der Verschiedenheit der Operation die Einheit des Systems zu wahren und zu reproduzieren. Dies leistet im Rechtssystem das Symbol der Rechtsgeltung.“¹²⁸ Über die asymmetrische gegenseitige Konditionierung der Verpflichtungsansprüche werden zum einen die Hierarchiestufen in einer Rechtsordnung erzeugt, und zum anderen wird so ihre Einheit konstruiert. Im idealtypischen Verfassungsstaat gehören die Normen, die in entsprechenden wechselbezüglichen asymmetrischen Konditionierungszusammenhängen – letztlich mit der Verfassung – stehen, zu der über diese Konditionierungszusammenhänge konstruierten Rechtsordnung. Die – wie in Art. 123 Abs. 1 GG – zum Teil expliziten oder sonst impliziten Konditionierungen erzeugen die Zugehörigkeit einer Norm zu einer Rechtsordnung und fügen diese zu einer Einheit. Der Zusammenhang von Zugehörigkeit und Geltung ist nicht – wie oft angenommen – der, dass Zugehörigkeit Geltung vermittelt; vielmehr fügt die asymmetrische Konditionierung von Verpflichtungsansprüchen Normen zu einem Normsystem und vermittelt damit Zugehörigkeit. Existieren und gelten können Normen auch ohne System; einem solchen angehören können sie aber nur, wenn es durch wechselseitige Konditionierung von Verpflichtungsansprüchen etabliert wird.

Natürlich können reale Rechtssysteme von diesem idealtypischen Fall des Verfassungsstaats abweichen und neben den auf die Verfassung zurückführbaren Normbeständen auch noch andere in die Rechtsordnung einbeziehen. Im Ausgang ist immer der Verpflichtungsanspruch der einzelnen Normbestände entscheidend. Wenn dieser sich auf dasselbe Gebiet und denselben Zeitraum bezieht, existieren jedenfalls erst einmal mehrere geltende Normbestände. Sie können, wie es Kelsen für das Verhältnis von Bundes- und Landesrecht gegen Ende der K.-u.-K.-Monarchie in Österreich konstatiert hatte, auch unvermittelt nebeneinanderstehen. Sie können aber auch durch Kompetenzabgrenzungen oder Vorrangregelungen

128 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (Fn. 83), 98.

koordiniert werden. Ob und wie dies geschieht, muss sich nicht notwendigerweise aus expliziten Regelungen ergeben, sondern kann auch implizit oder gewohnheitsrechtlich bestimmt sein. Nur im Fall einer entsprechenden Koordination kann von der Einheit einer Rechtsordnung gesprochen werden. Wie Kelsen anhand der Rechtsordnung gegen Ende der Habsburger-Monarchie gezeigt hat, ist eine solche Einheit aber kein notwendiges begriffliches Merkmal von Rechtsordnungen.

3. Der Befehl des Räubers

Eine Sorge, die Kelsen und Hart teilen, gilt dem Befehl des Räubers¹²⁹ oder des „gunman“.¹³⁰ Beide wollen verhindern, dass dem Befehl des Räubers die Eigenschaft der Geltung zugesprochen werden muss. Anhand seiner Grundnorm unterscheidet Kelsen daher zwischen der subjektiven Geltung des Befehls des Räubers und der ihm nicht zukommenden objektiven Geltung, die nur eine Grundnorm vermitteln kann, die sich auf eine im Großen und Ganzen wirksame Rechtsordnung bezieht. Hart kommt zu einem ähnlichen Ergebnis, indem seine Anerkennungsregel an die Befolgungsbereitschaft des Rechtsanwendungstabs bindet. Beiden gelingt es so, dem Befehl des Räubers die Eigenschaft der Geltung zu versagen. Allerdings gelingt ihnen dies nur, indem sie ihren Geltungsbegriff – im Fall Kelsens unter Verstoß gegen seinen Normativismus – mit Wirksamkeitsaspekten anreichern.

Nur aufgrund der Wirksamkeitselemente ihres synkretistischen Geltungsbegriffs können sie dem Befehl des Räubers die Eigenschaft der Geltung versagen. Dies zeigt aber lediglich, dass die Unterschiede zwischen einem Steuerbescheid und dem Befehl eines Räubers – neben der Legitimität des einen und der Illegitimität des anderen – jedenfalls auch in Aspekten der empirischen Wirksamkeit liegen, aber nicht in ihrer Geltung. Erst dadurch, dass Geltung und Wirksamkeit vermengt werden, können Kelsen und Hart dem Befehl des Räubers Geltung absprechen. Geltung im Sinn eines Verpflichtungsanspruchs hingegen kommt auch dem Befehl des Räubers zu.

Natürlich unterscheiden sich der Steuerbescheid und der Befehl des Räubers auch hinsichtlich ihrer Geltung insoweit, als der Befehl des Räubers

129 Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Fn. 1), 32; 94–104.

130 Hart, *The Concept of Law* (Fn. 5), 20–25; 82–85; 281.

nicht von einem Verpflichtungsanspruch der Rechtsordnung erfasst ist. Er wird anders als der Steuerbescheid weder von der Verfassung noch von einem Gesetz noch einer Verordnung gedeckt. Vielmehr verletzt er den Verpflichtungsanspruch einer ganzen Reihe von Strafgesetzen. Er erhebt seinen eigenen Verpflichtungsanspruch neben der Rechtsordnung. Der Räuber konditioniert seinen Befehl nicht durch die Wahrung von Bedingungen, die die Rechtsordnung für den Erlass von Anordnungen fordert. Das nimmt ihm aber nicht Geltung im normtheoretischen Sinn. Sollte etwa ein Bandenmitglied einen Befehl erteilen, der im Widerspruch zu einem Befehl des Räuberhauptmanns steht, so wäre die Frage des Adressaten „Was gilt denn nun?“, vielleicht nicht ungefährlich, so aber doch nicht sinnlos.

VII. Geltung und Rechtsbegriff

Das Beispiel des Räubers zeigt auch, dass sich Recht von anderen Formen der Normativität nicht durch die Eigenschaft der Geltung abgrenzen lässt. Es ist keineswegs so, dass lediglich Rechtsnormen die Eigenschaft der Geltung zukommt. Das heißt nicht, dass sie nicht typischerweise besondere Geltungseigenschaften aufweisen können. Im Unterschied zu anderen Formen der Normativität erheben Rechtsnormen ihren Verpflichtungsanspruch etwa insofern unbedingt, als sie typischerweise Suprematie beanspruchen, da sie ihren Verpflichtungsanspruch nicht durch die Wahrung anderer Normordnungen konditionieren. Jedenfalls typischerweise beanspruchen Rechtsnormen Vorrang vor anderen Normordnungen. Sie sind etwa regelmäßig nicht dadurch konditioniert, dass sie nicht gegen religiöse Normen verstoßen. Ein begriffliches Merkmal von Rechtsnormen ist die mangelnde Konditionierung ihres Verpflichtungsanspruchs durch andere Normordnungen allerdings wohl nicht, wie allein ein Blick auf Art. 4 GG zeigt, der den Verpflichtungsanspruch der Rechtsnormen unter dem Grundgesetz gegenüber Gewissensentscheidungen zurücknimmt. Auch umgekehrt können andere Normordnungen – wie etwa die von Verbrecherorganisationen wie der 'Ndrangheta oder der Camorra – unbedingte Gefolgschaft auch im Widerspruch zum staatlichen Recht verlangen, durchsetzen und insoweit Suprematie beanspruchen.

Ein weiteres typischerweise mit dem Geltungsbegriff verknüpftes Charakteristikum von Rechtsordnungen hat Hart mit seinem Hinweis auf sekundäre Regeln gegeben, die über Rechtssetzung, -anwendung, -änderung und Zugehörigkeit zu einem Rechtssystem entscheiden. Entsprechende Stufungen von Normsystemen sind jedenfalls typisch für höher entwickelte Rechtsordnungen. Sekundäre Regeln entstehen durch die interdependente Konditionierung der Verpflichtungsansprüche verschiedener Normen, die dadurch ein hierarchisiertes Normsystem bilden können. Der Grad der Komplexität dieser Systeme kann variieren. Selbstverständlich kann es auch Normsysteme mit gestuften Regeln geben, die keinen Rechtscharakter aufweisen. Wenn sich ein Kegelklub darauf einigt, dass Streitfälle in der Gruppe durch das älteste Mitglied entschieden werden, dann entsteht damit noch keine Rechtsordnung. Doch für Rechtsordnungen ist typisch, dass sie besonders komplexe hierarchisierte Normsysteme aufweist.

Eine weitere mit dem Geltungsbegriff verbundene Besonderheit von Rechtsordnungen ist, dass sie grundsätzlich für jeden sozialen Konflikt einen Verpflichtungsanspruch vorhalten, der den Konflikt entscheidet. Dies liegt an der Befriedungsfunktion des Rechts, die unvollständig bliebe, falls sie Konflikte mit Gewaltpotential den Streitparteien überließe. Rechtsordnungen können gesellschaftliche Konflikte nur befrieden, wenn sie sie zur Not entscheiden können. Außerrechtliche Normordnungen sind in ihren Geltungsansprüchen zumeist wesentlich beschränkter. Doch auch religiöse Normordnungen können einen alle Lebensbereiche er- und umfassenden Anspruch erheben und sogar noch ausgreifender sein als Rechtsordnungen, die typischerweise etwa keine Pflichten gegen sich selbst erfassen.

Weitere Unterschiede zwischen Rechtsordnungen und anderen Normordnungen liegen eher in der Ausprägung anderer Eigenschaften begründet. Die Mechanismen, mit denen Rechtsnormen soziale Wirksamkeit verliehen wird, sind besonders elaboriert, weshalb das Element des organisierten physischen Zwangs oft mit dem Rechtsbegriff in Verbindung gebracht wird.¹³¹ Auch hier sind die Dinge gradueller Natur. In manchen Regionen der Welt ist die physische Zwangsorganisation von Drogenkartellen und anderen Verbrecherorganisationen sogar effektiver als die des Staates.

Vieles spricht dafür, dass der Rechtsbegriff insgesamt multidimensionaler gradueller Natur ist. Er ist daher auch mit allen Inkommensurabilitätsproblemen behaftet, die sich durch die Notwendigkeit einer Verrechnung der graduellen Erfüllung der Eigenschaften in den einzelnen Dimensionen ergeben. Es verwundert daher nicht, dass es bislang nicht gelungen ist, eine diskrete Definition des Rechtsbegriffs zu entwickeln, die auf allgemeine Anerkennung stößt.¹³² Jedenfalls sollten die Überlegungen gezeigt haben, dass sich – anders als Kelsen und Hart es versuchen – die diskrete Eigenschaft der Geltung nicht als Abgrenzungskriterium eignet, auch wenn Rechtsordnungen typischerweise in der Geltungsdimension einige Phänomene aufweisen, die sich in vielen anderen Normordnungen typischerweise nicht zeigen.

131 *Frederick Schauer*, *The Force of Law* (Cambridge, Massachusetts 2015), 23–42.

132 *Brian Z. Tamanaha*, *Sociological Approaches to Theories of Law* (Cambridge 2022), 50–59.



Prof. Dr. Ralf Poscher

- Frühjahr 2024 Gastprofessur an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Roma Tre, Rom, Italien.
- Frühjahr 2022 Gastprofessur an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Panthéon Assas, Paris 2, Frankreich.
- seit November 2019 Honorarprofessur,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.
- seit Mai 2019 Direktor
am Max-Planck-Institut zur Erforschung von
Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg.
Leiter der Abteilung Öffentliches Recht
(Instituts- und Abteilungsname geändert seit März
2020)
- Oktober 2009 –
Juli 2019 Universitätsprofessur,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Direktor des Instituts für Staatswissenschaft und
Rechtsphilosophie, Abteilung 2: Rechtsphilosophie.

| | |
|-------------------------------|--|
| Oktober 2018 – Mai 2019 | Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät |
| Frühjahr 2018 | Gastprofessur an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Jean Moulin, Lyon 3, Frankreich. |
| Oktober 2015 – Juli 2016 | Rector's Fellow am FRIAS (Freiburg Institut for Advanced Studies) |
| Wintersemester 2013 | Fernand Braudel Senior Fellow am European University Institute in Florenz, Department of Law, Legal Theory. |
| März 2013 – September 2018 | Geschäftsführender Direktor des Centre for Security and Society, Albert-Ludwigs Universität Freiburg. |
| Frühjahr 2012 | Gastwissenschaftler im Programm „Program in Law and Public Affairs“, Princeton University, USA. |
| September 2007 – Juli 2008 | Mitglied des Institute for Advanced Study, School of Social Sciences, Princeton, USA. |
| Februar – März 2007 | Forschungsprofessur an der Juristischen Fakultät der Universität Osaka, Japan. |
| 2004 – 2009 | Universitätsprofessor, Juristische Fakultät, Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie. |
| Wintersemester 2003/2004 | Lehrstuhlvertretung, Juristische Fakultät, Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtssoziologie. |
| 2002 | Habilitation, Erteilung der Lehrbefugnis für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin. Privatdozent, Juristische Fakultät, Humboldt-Universität zu Berlin. |

- 1999 – 2002 Wissenschaftlicher Assistent,
Juristische Fakultät, Institut für Öffentliches Recht,
Lehrstuhl Prof. Dr. Bernhard Schlink,
Humboldt-Universität zu Berlin.
- 1999 Promotion, Juristische Fakultät, Humboldt-
Universität zu Berlin.
- 1995 – 1999 Wissenschaftlicher Mitarbeiter,
Juristische Fakultät, Institut für Öffentliches
Recht, Lehrstuhl Prof. Dr. Bernhard Schlink,
Humboldt-Universität zu Berlin.
- 1995 Zweites Juristisches Staatsexamen.
- 1992 – 1995 Referendar, Kammergericht Berlin.
Wissenschaftlicher Mitarbeiter,
Juristische Fakultät, Humboldt-
Universität zu Berlin.
- 1991 – 1992 Wissenschaftlicher Mitarbeiter,
Juristische Fakultät, Johann Wolfgang Goethe-
Universität, Frankfurt.
- 1990 – 1991 Wissenschaftlicher Mitarbeiter,
Juristische Fakultät, Rheinische Friedrich-
Wilhelms-Universität, Bonn.
- 1990 Erstes Juristisches Staatsexamen.
- 1984 – 1990 Studium der Rechtswissenschaften,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn;
Université de Bourgogne, Dijon;
London School of Economics and Political Science.
- 1983 – 1984 Zivildienst St. Josefs Hospital Krefeld.
Studium der Philosophie und Germanistik,
Fernuniversität Hagen.
- 6.6.1983 Abitur am Gymnasium Fabritianum; Krefeld.
- 4.10.1962 geboren in Krefeld.

Schriftenverzeichnis – Auswahl

Selbständige Schriften

Grundrechte. Staatsrecht II, 39. Aufl., Heidelberg 2023, C.F. Müller (gemeinsam mit Thorsten Kingreen).

Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 12. Aufl., München 2022, C.H. Beck (gemeinsam mit Thorsten Kingreen).

Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, München Mai 2021, C.H. Beck (Hrsg. gemeinsam mit Matthias Herdegen/Johannes Masing/Klaus Ferdinand Gärditz).

Vagueness and Law. Philosophical and Legal Perspectives, New York 2016, Oxford University Press (Hrsg. gemeinsam mit Geert Keil).

Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003, Mohr Siebeck.

Gefahrenabwehr. Eine dogmatische Rekonstruktion, Berlin 1999, Duncker & Humblot.

Unselbständige Schriften

The Hermeneutics of Legal Precedent, in: Timothy Endicott/Hafsteinn Kristjánsson/Sebastian Lewis (Eds), *Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford 2023, Oxford University Press, S. 143–157.

§ 129 Beurteilungsspielräume, in: Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Band V, Heidelberg 2023, C.F. Müller, S. 265–313.

Verhältnismäßigkeit und Inkommensurabilität, in: Weyma Lübke/Thomas Grosse-Wilde (Hrsg.), *Abwägung. Voraussetzungen und Grenzen einer Metapher für rationales Entscheiden*, Paderborn 2022, Brill Mentis, S. 285–326.

Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights, in: Emmanouil Billis/Nandor Knust/Jon Petter Rui (Eds), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Oxford 2021, Hart Publishing, S. 49–68.

§ 17 Menschenwürde, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus Ferdinand Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, München 2021, C.H. Beck, S. 1101–1161.

§ 3 Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus Ferdinand Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, München 2021, C.H. Beck, S. 149–220.

The Normative Construction of Legislative Intent, in: *Droit & Philosophie. Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Université Paris II, Volume 9–1, 2017, S. 107–133.

The common error in theories of adjudication: An inferentialist argument for a doctrinal conception, in: Janet Giltrow/Dieter Stein (Eds), *The Pragmatic Turn in Law. Inference and Interpretation in Legal Discourse*, Boston/Berlin 2017, Walter de Gruyter, S. 307–334.

The Hermeneutic Character of Legal Construction, in: Simone Glanert/Fabien Girard (Eds), *Law's Hermeneutics. Other Investigations*, London 2017, Routledge, S. 207–227.

Why We Argue About the Law: An Agonistic Account of Legal Disagreement, in: Pawel Banas/Adam Dyrda/Tomasz Gizbert-Studnicki (Eds), *Metaphilosophy of Law*, Oxford 2016, Hart Publishing, S. 191–225.

The Common Error in Theories of Adjudication. An Argument for a Doctrinal Conception, in: Franziska C. Eickhoff (Hrsg.), *Wissen. Epistemologische Überlegungen aus verschiedenen Disziplinen*, Reihe Septem, Band 4, Rombach Verlag 2015, S. 51–76.

Hermeneutics, Jurisprudence and Law, in: Jeff Malpas/Hans-Helmuth Gander (Eds), *The Routledge Companion to Hermeneutics*, London 2014, Routledge, S. 451–465.

Interpretation and Rule-Following in Law. The Complexity of Easy Cases, in: Michal Araszkiewicz/Pawel Banaś/Tomasz Gizbert-Studnicki/Krzysztof Pleszka (Eds), *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, Cham 2014, Springer, S. 281–293.

Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation, in: Lawrence Solan/Peter Tiersma (Eds), *Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford 2012, Oxford University Press, S. 128–144.

The Hand of Midas: When Concepts Turn Legal, or Deflating the Hart-Dworkin Debate, in: Jaap C. Hage/Dietmar von der Pfordten (Eds), *Concepts in Law*, Dordrecht u. a. 2009, Springer, S. 99–116.

Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, in: *VVDStRL*, Bd. 67, 2008, S. 163–192.