

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 eigener 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 positivierte 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 höherrangigen 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, dass 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 Rechtsanwendungsstabs 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.