

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 Unmöglichkeitsbedingungen, 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 einer 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.