

## 2. Teil: Rechtsgeltung und Rechtsanwendung

### § 5 Rechtsbegriff und Rechtsgeltung

Der Rechtsbegriff ist ein klassischer Gegenstand rechtsphilosophischen Streits, insbesondere zwischen Rechtspositivismus und Natur- oder Vernunftrechtslehren. Typischerweise wählen Rechtspositivisten eine deskriptiven Rechtsbegriff und verweisen auf die Tatsache, dass es ungerechte Rechtssysteme gibt, als Argument für die Notwendigkeit, zwischen Recht und Moral begrifflich zu unterscheiden. Anti-Positivisten wählen einen normativen Rechtsbegriff und verweisen darauf, dass der Anspruch des Rechts auf Anwendung und Befolgung in Fällen extrem ungerechten Rechts nicht haltbar ist und deshalb der Rechtsbegriff Kriterien moralischer Richtigkeit einschließen muss. Ein Konflikt beider Auffassungen setzt allerdings die Annahme voraus, dass nur ein einziger Rechtsbegriff möglich ist, eine Annahme, die durchaus zweifelhaft ist.

Eine allgemeine Definition des Rechts durch notwendige und hinreichende Bedingungen erscheint nicht möglich. Wie Recht definiert werden soll, hängt von der Art der Theorie ab, für die der Rechtsbegriff konzipiert wird. So ist für Theorien, die Recht als Grundlage für die Begründung juristischer Urteile verstehen, ein anderer Rechtsbegriff adäquat als für Theorien, die das Recht als in einer Gesellschaft existierende Ordnung beschreiben wollen.<sup>123</sup> In juristischen Begründungen geht es darum, wie gemäß rechtlicher Normen entschieden werden soll. Dies lässt sich nicht ohne weiteres mit der Feststellung beantworten, welche Normen in einer Gesellschaft tatsächlich als Recht angewandt werden. Unter der Annahme, dass juristische Entscheidungen gemäß dem Recht erfolgen sollen, erfordert die Beantwortung der Frage, wie rechtlich entschieden werden soll, einen normativen Rechtsbegriff, durch den die Normen bestimmt werden, nach denen juristische Entscheidungen getroffen werden sollen.

Das Prinzipienmodell des Rechts zielt darauf, Recht als Ergebnis juristischer Argumentation zu analysieren. Unter dieser Perspektive ist ein normativer Rechtsbegriff erforderlich, d.h. eine Definition des Rechts, der zufolge die rechtliche Geltung einer Norm ein Gebot der Anwendung und Befolgung dieser Norm durch die zuständigen Rechtsorgane impliziert. Zu untersuchen ist, welche Merkmale und Strukturen Recht sowie die Anwendung des Rechts entsprechend dem Prinzipienmodell aufweisen und welche theoretischen Aussagen sich über die Kriterien der Rechtsgeltung machen lassen. Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet eine Beschreibung von Merkmalen des Rechts, die den Gegenstand theoretischer Analyse bestimmen.

123 Vgl. auch Alexy 1994 zur Unterscheidung von Teilnehmer- und Beobachterperspektive.

## *I. Die Konzeption des Rechts als normatives System*

Recht ist dadurch gekennzeichnet, dass es systemischen Charakter hat.<sup>124</sup> Es besteht nicht aus isolierten Normen, sondern aus einer Menge von Normen, die wiederum in bestimmten Relationen zueinander stehen. Ein Rechtssystem ist zudem normativ, d.h. es verlangt, dass die zu ihm gehörenden, rechtlich geltenden Normen von ihren Adressaten angewandt und befolgt werden sollen. Recht als normatives System ist also nicht nur eine strukturierte Menge von Normen, sondern versucht zu bestimmen, wie entschieden oder gehandelt werden soll. Dieser Anspruch auf normative Geltung ist wichtig, um Bedingungen rechtlicher Geltung und Strukturen der Begründung rechtlicher Geltung herauszuarbeiten.

Das Recht als normatives System lässt sich durch verschiedene Merkmale charakterisieren. Sie können zur Bildung eines Rechtsbegriffs dienen. Einige können als notwendige Merkmale des Rechts angesehen werden, jedenfalls nach dem Verständnis des Rechts, wie es sich in modernen Rechtssystemen entwickelt hat. Insgesamt können sie als hinreichend angesehen werden, um ein Normensystem als Rechtssystem zu qualifizieren. Jedenfalls handelt es sich um Merkmale, die im Prinzipienmodell des Rechts adäquat wiedergegeben werden müssen.

Die Grundidee lautet, dass Recht eine verbindliche normative Ordnung für das Zusammenleben der Menschen in einer Gesellschaft bildet. Dementsprechend enthält Recht ein System von Normen mit Anspruch auf Verbindlichkeit für einen nicht individuell bestimmten Adressatenkreis. Seine Ordnungsfunktion erfordert verschiedene weitere Merkmale. Recht ist

- institutionalisiert, d.h. eine Ordnung mit Organen zur Festsetzung von Normen und/oder Entscheidungen;
- objektiv, d.h. nicht nur die subjektive Auffassung eines einzelnen Individuums;
- autoritativ, d.h. die Geltung des Rechts ist jedenfalls teilweise das Ergebnis positiver Entscheidung und nicht seiner inhaltlichen Richtigkeit;
- verbunden mit dem Anspruch auf die Legitimität rechtlicher Autorität.

Andere Merkmale sind umstritten, etwa der Gerechtigkeitsbezug des Rechts, die Respektierung eines Mindestmaßes an Gerechtigkeit oder von Menschenrechten, oder die Zwangsbewehrtheit des Rechts. Das Prinzipienmodell kann helfen zu klären, ob und in welchem Sinne Recht als normative Ordnung diese Merkmale aufweist. Zunächst geht es um die unstrittigen Merkmale des Rechts.

### *1. Der Ordnungscharakter des Rechts*

Der Charakter des Rechts als Ordnung impliziert, dass es sich um ein System von Normen handelt, das Verhalten reglementiert. Genauer lassen sich in einer Rechtsordnung verschiedene Systeme unterscheiden. Das Rechtssystem als Gesamtsystem weist eine zeitliche Dimension auf. Es ist ein System nicht nur aus Normen, sondern auch aus

124 Dies wird insbesondere von Raz 1983 betont.

Prozeduren, deren Existenz und Beziehungen untereinander sich über Zeiträume hinweg erstrecken.

Recht bildet somit ein permanentes System. Im Gegensatz dazu kann das System aus zu einem bestimmten Zeitpunkt geltenden Rechtsnormen als momentanes Rechtssystem<sup>125</sup> bezeichnet werden. Das Recht als permanentes System kann als Abfolge momentaner Rechtssysteme konstruiert werden. Allerdings enthalten Rechtssysteme prozedurale Elemente, die wegen ihrer zeitlichen Dauer in einem momentanen System keinen Platz finden. Das momentane System ist eine Konstruktion, die insbesondere dann praktisch relevant ist, wenn es um die Bestimmung der Rechtslage für einen zu entscheidenden Fall geht. Für diesen Zweck ist jedoch nicht die Ausarbeitung eines momentanen Systems gefordert, sondern nur die der sachlich einschlägigen Rechtsnormen. Insofern handelt es sich bei dem Begriff des Rechts als momentanes System um eine Konstruktion, die in erster Linie analytische Funktion hat, aber für komplexe Rechtssysteme nur punktuell oder in begrenzten Bereichen angewandt werden kann. Dennoch ist es wichtig, beide Konzeptionen des Rechts, die als permanentes und die als momentanes System, zur Verfügung zu haben.

Der systemische Charakter des Rechts schließt es nicht aus, auch einzelne in einem Rechtssystem geltende Normen als Recht zu bezeichnen. Als Recht wird insofern ein zu einem (momentanen) Rechtssystem gehörender normativer Inhalt bezeichnet.

Als normative Ordnung beansprucht Recht Verbindlichkeit gegenüber seinen Adressaten. Der Verbindlichkeitsanspruch des Rechts impliziert, dass Rechtsnormen ein Gebot an ihre Adressaten enthalten, diese Norm anzuwenden oder zu befolgen. Es gelten also Regeln der Struktur

(1)  $\text{VAL}_{\text{RS}} \text{ N} \rightarrow \text{VAL}_{\text{RS}} \text{ O APP N}$

(2)  $\text{VAL}_{\text{RS}} \text{ N} \rightarrow \text{VAL}_{\text{RS}} \text{ O FFM N.}$

Anwendung (APP) heißt, die Konsequenzen der Norm für bestimmte Fälle festzulegen, Befolgung die Erfüllung (FFM) des von der Norm Verlangten. Anwendungsgebote richten sich dementsprechend an die zuständigen Rechtsanwendungsorgane, Befolgsgebote an die direkten Adressaten der betreffenden Norm.<sup>126</sup> Diese Implikationen müssen auch in einer rein deskriptiven Theorie des Rechts wiedergegeben werden. Sie folgen aus der Normativität des Rechts. Daraus ergeben sich notwendige Inhalte von Rechtsordnungen sowie die Unmöglichkeit rechtlicher Regelungen, die in Widerspruch zu ihnen stehen. So kann eine Rechtsordnung nicht explizit eine ungerechte Regelung als geltendes Recht setzen. Mit einer solchen Regelung würde ein Grund gegeben, die betreffende Norm nicht zu befolgen. Da Recht aber seinem Normativitätsanspruch gemäß Befolgung fordert, würde die Rechtsordnung widersprüchlich. Ein Normwider-

125 Vgl. Raz 1983, 187, zur Unterscheidung von momentanen und nicht-momentanen Systemen.

126 Entsprechend lassen sich primäres und sekundäres Rechtssystem unterscheiden. Vgl. Alchourrón/Bulygin 1971, 15.

spruch führt dazu, dass keine gültige definitive Norm existiert. Daher können nicht explizit ungerechte Normen gesetzt werden. Generell gilt, dass keine Normen als gelgendes Recht gesetzt werden können, die explizit den Voraussetzungen der Begründung verbindlicher Normen widersprechen.

Die Funktion des Rechts, eine verbindliche Ordnung für das Zusammenleben von Menschen in einer Gesellschaft zu bilden, schließt rein konsensuelle Regelungen vom Begriff des Rechts aus. Rein konsensuell meint, dass die Geltung einer Norm strikt von der Zustimmung ihrer Adressaten abhängt. Hingegen ist es ein Merkmal des Rechts, dass Rechtsnormen Geltung auch gegenüber Adressaten beanspruchen, die diese ablehnen. Daher ist der Adressatenkreis des Rechts nicht vorgegeben, sondern wird vom Recht selbst festgelegt.

## 2. *Recht als institutionalisierte Ordnung*

Die Konzeption des Rechts als Ordnung sieht dieses als ein zeitlich gestrecktes System aus Normen und Prozeduren. Dies erfordert irgendeine Form der Institutionalisierung des Rechts.<sup>127</sup> D.h. es muss Organe geben, die Prozeduren durchführen, und damit Regelungen darüber, wer diese Organe sind und welche Kompetenzen sie haben. Ferner bedarf es zumindest einiger Regelungen über die einzuhaltenden Verfahren. Diese Prozeduren können unterschiedlicher Art sein. Es kann um Rechtserzeugung, Rechtsanwendung oder Durchsetzung des Rechts gehen.

Entsprechend lassen sich in Rechtssystemen Geltungssystem, Anwendungssystem und Durchsetzungssystem unterscheiden. Zum Geltungssystem gehören diejenigen Normen, die für die Rechtsgeltung von Normen relevant sind, etwa die Einrichtung und Ermächtigung bestimmter Organe zu Rechtsetzungsakten sowie Regelungen des Verfahrens der Rechtsetzung. Hinzu kommen Prozeduren der Rechtssetzung oder Rechtserzeugung. Das Anwendungssystem bilden Normen, die Organe, Kompetenzen und Verfahren der Anwendung von Rechtsnormen auf bestimmte Fälle regeln, sowie die zu diesem Zweck durchzuführenden Prozeduren. Als Durchsetzungssystem schließlich sind diejenigen Normen und Prozeduren anzusehen, die die Erzwingung des Rechts zum Gegenstand haben.

Die Voraussetzung der Institutionalisierung des Rechts legt die Frage nahe, welche Teilsysteme oder Strukturen notwendig für das Vorliegen eines Rechtssystems sind. Dies führt jedoch auf Abgrenzungsprobleme, insbesondere im Fall primitiver Rechtsordnungen oder wenig entwickelter rechtlicher Systeme wie mancher Teile des internationalen Rechts, die möglicherweise nicht über Rechtssetzungsorgane und -verfahren, über eine institutionalisierte Rechtsanwendung oder formelle Verfahren der Rechtsdurchsetzung verfügen, oder bei denen das Vorliegen solcher Institutionen nicht leicht

<sup>127</sup> Damit wird nicht eine "institutionelle Rechtslehre" vertreten, sondern lediglich Institutionalisierung als ein notwendiges Merkmal des Rechts angenommen. Zu institutionellen Rechtslehren Maurice Haurious und Carl Schmitts Rowe 2003.

festzustellen ist. Für die Entwicklung des Prinzipienmodells des Rechts kommt es auf diese Fragen nicht an.

Es lässt sich allerdings aus dem Verbindlichkeitsanspruch des Rechts als normatives System ableiten, dass es prinzipiell geboten ist, die Anwendung und Befolgung des Rechts zu gewährleisten. Weil und soweit dies nicht freiwillig geschieht, lässt sich begründen, dass Rechtssysteme ein Gebot der effektiven Durchsetzung des Rechts und der Schaffung entsprechender Institutionen mit Befugnis zu auch zwangsweiser Durchsetzung des Rechts enthalten müssen.<sup>128</sup>

### 3. *Objektivität des Rechts*

Objektivität des Rechts bedeutet, dass die rechtliche Geltung einer Norm mehr als nur ein subjektives normatives Urteil erfordert. Recht enthält normative Regelungen. Individuen können Auffassungen haben, welche Regelungen als Recht gelten oder gelten sollten. Jemand kann etwa der Ansicht sein, niemand dürfe durch seine Meinungsäußerungen die religiösen Gefühle anderer verletzen. Aber eine solche subjektive Auffassung eines Individuums genügt nicht, die von ihm als Recht angesehene Norm tatsächlich zu geltendem Recht zu machen. Recht ist nicht eine Privatangelegenheit, auch nicht der privaten Meinung von Richtern oder anderen Rechtsanwendungsorganen.

Die Unterscheidung von Aussagen über geltendes Recht zu subjektiven normativen Überzeugungen führt zu der Frage, was erforderlich ist, um Rechtsgeltung in einem objektiven Sinn zu begründen. Es kommen in Betracht

- (1) empirisch feststellbare Umstände, wie Gesetzgebungsakte und richterliche Urteile,
- (2) objektive Gültigkeit von Normen,
- (3) Verbindlichkeit im Sinne objektiv gerechtfertigter Behauptung der Verbindlichkeit von Normen,
- (4) der Richtigkeitsanspruch normativer Urteile.

Rein empirische Fakten genügen allerdings nicht, Rechtsgeltung in einem normativen Sinn zu begründen. Objektive Gültigkeit im Sinne rationaler Notwendigkeit, d.h. dass jeder vernünftig Urteilende eine Norm als gültig anerkennen muss, ist in einer Konzeption autonomer Normbegründung nur für wenige, aus Rationalitätsgrundsätzen ableitbare Normen möglich. Selbst die Anerkennung der Autorität des Rechts und der in ihm etablierten Verfahren der Rechtserzeugung bleibt eine Abwägungsfrage.

Die Begründung der Verbindlichkeit von Normen aufgrund des Kriteriums vernünftiger Konvergenz stellt hingegen eine Variante dar, die möglich erscheint. Voraussetzung ist, dass weitgehend geteilte Rechtsüberzeugungen bestehen, die intersubjektiver Reflektion standhalten. Da vernünftige Konvergenz über die Geltung einer Norm es ausschließt, dass Alternativnormen verbindliche Geltung beanspruchen können, können konvergenzgestützte Normen im Bereich des Rechts zwar moralisch kritisiert werden. Es kann aber keine Alternativnorm als rechtlich gültig begründet werden, und es muss

128 Vgl. die Argumentation in BVerfGE 116, 24 - Rücknahme der Einbürgerung, mit dem Prinzip der Verteidigung des Rechts.

akzeptiert werden, dass die Befürworter dieser Norm diese als verbindlich behaupten.<sup>129</sup> Vernünftige Konvergenz über Normen eines Rechtssystems begründet in diesem Sinne deren objektive rechtliche Geltung.

Es wird jedoch Fälle geben, in denen keine vernünftige Konvergenz der Rechtsauffassungen gegeben ist. Dann bleibt lediglich der normative Richtigkeitsanspruch autonomer Urteile als Differenz zu rein subjektiven Auffassungen. Dieser setzt voraus, dass das normative Urteil durch rechtlich gültige Prinzipien gefordert ist. Ferner muss das normative Urteil, insofern es auf allgemeine Verbindlichkeit zielt, das Ergebnis intersubjektiver Reflektion sein. Daraus folgt, dass eine Form von Objektivität gegeben ist, wenn intersubjektiv reflektierte Urteile aufgrund der Abwägung anerkannter rechtlicher Prinzipien einer Norm definitive Geltung zuschreiben.

Vertritt etwa jemand die Auffassung, die Abwägung von Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit führe zu einem definitiven Verbot, Fotos von Prominenten ohne deren Zustimmung zu veröffentlichen, weil kein gewichtiges legitimes Interesse an solchen Fotoveröffentlichungen bestehe, muss dieses Urteil als durch das vorrangige Grundrecht des Persönlichkeitsschutzes und somit verfassungsrechtlich geboten vertreten werden, auch wenn es sich lediglich um eine vereinzelte, individuelle Rechtsauffassung handelt.

Es ist allerdings fraglich, ob solche Urteile als Aussagen über geltendes Recht verstanden werden können. Denn als individuelle Rechtsauffassung können sie keine Verbindlichkeit beanspruchen. Die Aussage der rechtlichen Geltung einer Norm müsste aber diesen Anspruch erheben. Es sind zu unterscheiden:

- (1) Rechtliche Urteile, dass eine Norm als geltendes Recht anerkannt werden soll.
- (2) Rechtliche Aussagen, dass eine Norm geltendes Recht ist.

Bei beiden geht es um Geltung im normativen Sinn, nicht um Beschreibung des tatsächlich geltenden Rechts. Eine rechtliche Aussage der Geltung einer Norm stellt sich als Erfüllung der in einem entsprechenden rechtlichen Urteil enthaltenen Forderung dar, die rechtliche Geltung dieser Norm anzuerkennen. Dennoch ist der Übergang nicht ohne weiteres möglich, sondern erst dann, wenn der mit der Rechtsgeltung verbundene Anspruch auf Verbindlichkeit gerechtfertigt werden kann.

Andererseits müssen Rechtsanwendungsorgane, wenn keine allgemein anerkannte Rechtsauffassung besteht, aufgrund einer lediglich individuellen Rechtsauffassung entscheiden. Sie behaupten dann die Rechtsgeltung einer Norm, die nach ihrer Überzeugung geboten, aber nicht bereits unabhängig von ihrem Urteil festzustellen ist. Jedoch haben sie einerseits die Verpflichtung, andererseits die Kompetenz zu einer solchen Feststellung im Hinblick auf den von ihnen zu entscheidenden Fall. Rechtsanwendung kann daher rechtliche Aussagen erfordern, die die sich lediglich auf individuelle normative Rechtsauffassungen stützen.

129 S.o., § 4, IV.

Als methodische Anforderung folgt aus dem objektiven Charakter des Rechts, dass rechtliche Urteile sich um objektive Begründung bemühen müssen, zumindest auf ein rechtlich anerkanntes Prinzip gestützt sein müssen oder auf nicht-positivrechtliche Gründe, deren Verbindlichkeit objektiv gerechtfertigt werden kann. Die Forderung, rechtliche Urteile soweit wie möglich objektiv zu begründen und den Rekurs auf bloße individuelle Überzeugungen zu vermeiden, erfordert die Auseinandersetzung mit der herrschenden Rechtspraxis, den Lehren der Rechtswissenschaft sowie auch den in der Gesellschaft vorhandenen Rechtsauffassungen.

Allerdings können die Begründungsanforderungen positivrechtlich geregelt werden. So kann Gerichten die Kompetenz zugewiesen werden, ohne Rücksicht auf andere im Rechtssystem vertretene Rechtsauffassungen zu entscheiden. Dafür mag es sogar Gründe geben, da unterstellt werden kann, dass Richter für die Aufgabe der Rechtsprechung am besten qualifiziert sind und eine Orientierung an in der Gesellschaft herrschenden Rechtsvorstellungen eher schädlich wäre. Es ist jedenfalls nicht notwendig der Fall, dass Gerichte verpflichtet sind, die Rechtsauffassungen anderer Institutionen oder Personen zu berücksichtigen, geschweige denn, ihnen zu folgen. Auch bei subjektiven Rechtsüberzeugungen bleibt allerdings als letztes Element von Objektivität der Anspruch, die geltenden Rechtsprinzipien anzuwenden und nach den im konkreten Fall stärkeren rechtlichen Argumenten zu entscheiden.

#### *4. Autoritativer Charakter des Rechts*

Autoritative Begründung der Rechtsgeltung einer Norm erfolgt nicht aufgrund ihrer inhaltlichen Richtigkeit, sondern aufgrund eines Normsetzungsakts.<sup>130</sup> Der autoritative Charakter des Rechts bedeutet, dass zumindest einige Rechtsnormen autoritativ begründet sind. Wäre dies nicht der Fall, bestünde kein Unterschied zwischen dem Rechtssystem und einem System reiner Moral. Andererseits erfordert der autoritative Charakter des Rechts nicht notwendig, dass sämtliche Rechtsnormen autoritativ begründet sind.

Die autoritative Begründung einer Norm ist von ihrem objektiven Charakter zu unterscheiden. Es kann eine objektive, aber nicht autoritative Geltungsbegründung geben. Besteht vernünftige Konvergenz über die rechtliche Geltung einer Norm, gilt sie objektiv. Da die Geltungsbegründung auf die Überzeugung ihrer Richtigkeit gestützt ist, gilt die betreffende Norm aufgrund ihrer inhaltlichen Richtigkeit. Einwände gegen ihre Geltung können nur aus inhaltlichen Gründen zurückgewiesen, nicht, wie im Fall autoritativer Geltung, mit dem Verweis auf die Tatsache ihrer autoritativen Anerkennung.

Umgekehrt erlaubt eine autoritative Normbegründung Rechtsetzung aufgrund subjektiver normativer Überzeugungen. Der objektive Charakter des Rechts wird in diesem Fall durch die Existenz der Kompetenz zur Rechtsetzung begründet. Allerdings unterliegen auch subjektive autoritative Rechtsetzungen der Bedingung, dass sie Legitimität beanspruchen müssen.

130 Vgl. auch Raz 1986, 35, der Autorität als "inhaltsunabhängigen" Grund bezeichnet.

## *5. Legitimitätsanspruch*

Legitimität des Rechts setzt voraus, dass seine Anwendung und u.U. zwangswise Durchsetzung gerechtfertigt ist,<sup>131</sup> also von allen vernünftig Urteilenden zwar nicht unbedingt für richtig, aber jedenfalls für rechtfertigbar gehalten werden muss. Der Anspruch des Rechts auf Legitimität besagt dementsprechend, dass der mit der Rechtsgeltung verbundene Verbindlichkeitsanspruch gerechtfertigt ist. Rechtfertigung verlangt, dass es Gründe gibt, die es zumindest erlauben, den Anspruch auf Verbindlichkeit zu erheben. Diese Gründe müssen die Struktur von normativen Argumenten haben, also der Struktur nach Geltungsgebote enthalten. Sie sind gegen kollidierende Argumente abzuwagen. Es ist nicht notwendig, dass für diese Abwägung nur ein einziges Ergebnis als richtig anzusehen ist. Es genügt, dass der Verbindlichkeitsanspruch verteidigt werden kann, also vertretbar ist. Daraus ergeben sich Konsequenzen für die Theorie der Rechtsgeltung. Kriterien der Rechtsgeltung müssen derart sein, dass der mit ihnen verbundene Verbindlichkeitsanspruch zumindest verteidigt werden kann. Sie müssen folgende Legitimitätsbedingung erfüllen:

- (L) Wenn in einem Rechtssystem RS ein Geltungskriterium CV gilt, dann gilt definitiv, dass es erlaubt ist, dieses Kriterium in dem Rechtssystem RS anzuwenden.

$$\text{VAL}_{\text{RS}}(\text{CV}) \rightarrow \text{VAL}_{\text{DEF}} \text{ P APP}_{\text{RS}} \text{ CV}.$$

Es ist nicht notwendig, dass dieser Anspruch auf Verbindlichkeit objektiv gerechtfertigt ist. Es kann sein, dass Rechtssysteme Verbindlichkeit für Normen beanspruchen, die tatsächlich nicht befolgt werden sollten. Dennoch ist es ein notwendiges Merkmal von Rechtssystemen zu beanspruchen, dass die in ihm enthaltenen Normen nicht willkürlich sind. Wenn vom Standpunkt eines Systems selbst anzunehmen ist, dass kein hinreichender Grund für die Anerkennung der Geltung seiner Normen existiert, kann nicht ernsthaft ein Verbindlichkeitsanspruch für diese Normen erhoben werden. Ohne Anspruch auf Verbindlichkeit kann ein solches System aber nicht als eine Rechtsordnung angesehen werden, die darauf zielt, das Zusammenleben einer Gesellschaft zu regeln.

## *6. Eine Definition des Rechtssystems*

Die genannten Bedingungen sind als notwendige Merkmale des Rechts anzusehen. Zusammen können sie als hinreichend für das Vorliegen eines Rechtssystem angesehen werden. Es sind keine Fälle von Normensystemen ersichtlich, die diese Merkmale erfüllen, aber nicht als Recht einzuordnen sind, oder zumindest so eingeordnet werden können. Es erscheint demnach folgende Definition adäquat:

131 Vgl. auch Dworkin 1986, 190.

(D<sub>RS</sub>) Ein Rechtssystem ist ein institutionalisiertes System von Normen mit dem Anspruch, das Zusammenleben in einer Gesellschaft verbindlich zu regeln, in dem die Rechts-geltung von Normen unter Berücksichtigung objektiver Kriterien und autoritativer Entscheidungen begründet wird und das Anspruch auf die Legitimität seines Verbind-lichkeitsanspruchs erhebt.

Rechtssystemen werden allerdings weitere Merkmale zugeschrieben, die nicht als begriffliche Merkmale behandelt werden sollten. Dazu gehören die Zwangsbewehrtheit des Rechts<sup>132</sup> sowie der Anspruch auf höchste Autorität,<sup>133</sup> d.h. Verbindlichkeit des Rechts auch gegenüber anderen Normenordnungen.

Die Zwangsbewehrtheit des Rechts wird in der Regel damit begründet, dass zwanglose Rechtssysteme angesichts der menschlichen Eigenschaften nicht funktionieren würden. In der Tat dürften alle bekannten Rechtssysteme zwangsbewehrt sein. Dies lässt sich jedoch als eine empirische Aussage über Rechtssysteme auffassen und muss nicht als ein begriffliches Merkmal behandelt werden.

Hinsichtlich des Anspruchs auf höchste Autorität erscheint es nicht zwingend, den Rechtscharakter von diesem Merkmal abhängig zu machen.<sup>134</sup> Es kann Rechtssysteme geben, die bereit sind, im Konflikt gegenüber anderen Systemen zurückzutreten. Dies kann etwa im Fall nationaler Rechtssysteme gegenüber dem internationalen Recht gelten. Man wird den Anspruch auf höchste Autorität des Rechts daher nur insofern auf-rechterhalten können, dass Rechtssysteme nur gegenüber anderen Rechtssystemen, nicht gegenüber anderen normativen Systemen, ihren Verbindlichkeitsanspruch zurückneh-men können.

## *II. Rechtsgeltung*

Vom Rechtsbegriff zu unterscheiden ist der Begriff der Rechtsgeltung, und zwar zum einen im Sinne der Existenz eines Rechtssystems, zum anderen im Sinne der Rechts-geltung einzelner Normen.

Die Existenz eines Rechtssystems kann deskriptiv oder normativ verstanden wer-den. Deskriptiv besteht sie in der sozialen Wirksamkeit des Rechts, also in der tat-sächlichen Anerkennung, Anwendung, Befolgung und Durchsetzung des Rechts. Diese Form der empirischen Existenz ist eine Frage des Grades. Das Rechtssystem als ein System von Normen hat keine direkte Entsprechung in der empirischen Realität. Seine empirische Existenz ist eine Eigenschaft, die dem Rechtssystem in mehr oder weniger hohem Grad und in unterschiedlicher Form zukommen kann. Eine Frage des Rechts-begriffs ist, ob empirische Existenz bereits in den notwendigen Merkmalen des Rechts-systems impliziert ist. Die Merkmale der Institutionalisierung, Objektivität und Autori-tativität sowie allgemein der prozedurale Charakter des Rechts können so verstanden werden, dass sie Handlungen und soziale Tatsachen voraussetzen. Die Definition des

132 Vgl. Raz 1983, 3.

133 Vgl. Raz 1999, 150; 1979, 116ff.

134 So auch Marmor 2001, 39, der dies lediglich als Merkmal modernen staatlichen Rechts ansieht.