

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 Vaihingenschen 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), 101f.

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 Normbefolungsabsicht 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).