

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.