

III. Geltung

Auch wenn die Frage nach der Existenz von Normen jener nach ihrer Geltung systematisch vorausliegt, soll mit dem Geltungsbegriff begonnen werden, um ihn zunächst von seiner Verbindung mit der Existenz von Rechtsnormen zu befreien. Das schafft den Freiraum, neu über die Existenzfrage nachzudenken.

1. Geltung singulärer Normen

Für den Geltungsbegriff soll der Stier gleich bei den Hörnern gepackt werden, indem nach der Geltung von Normen in nicht-relationalen Zusammenhängen gefragt wird. Was bedeutet es, wenn wir von der Geltung der Verfassung sprechen, oder allgemeiner: Was bedeutet der Begriff der Geltung für singuläre Normen? Denn darüber, dass der Geltungsbegriff unterhalb der Verfassung, innerhalb eines hierarchischen Normsystems, eine sinnvolle Funktion erfüllt, besteht Einigkeit. Keine Einigkeit besteht hingegen hinsichtlich der Geltung der Verfassung als oberster Ebene eines Normsystems. Hier ist unklar, was mit Geltung gemeint ist, da man sich nicht mehr auf einen hierarchischen Ableitungszusammenhang beziehen kann. Ersatzweise greift man zu metaphysischen Spekulationen über transzendentale Grundnormen, weicht auf soziologische Anerkennungspraktiken aus oder nimmt wenig überzeugend einen Kategorienfehler an. Eine Erklärung dessen, was mit der Geltung einer Norm gemeint ist, muss daher an dieser Stelle ansetzen. Es gilt aufzuzeigen, was mit Geltung außerhalb gestufter Normsysteme gemeint ist und wie sich der Geltungsbegriff sinnvoll auf die oberste Ebene eines Normsystems – in modernen Rechtssystemen zumeist die Verfassung – anwenden lässt.

a) Geltung und Nomos

Zu diesem Zweck soll kurz ein Autor in die Geltungsdiskussion eingebracht werden, der zwar zu den meistrezipierten deutschsprachigen Juristen gehört, aber selten mit dem Geltungsbegriff in Verbindung gebracht wird – horribile dictu: Carl Schmitt.

In Schmitts Spätwerk steht der Begriff des Nomos im Zentrum. Er dient ihm in „Nomos der Erde“ dazu, den tullerischen Zusammenhang von Landnahme und Rechtsform zu entwickeln. Für Schmitt lässt sich anhand dieses Zusammenhangs der substanzielle Kern des Rechts unterschiedlicher Gesellschaftsformen erklären, den eine formale positivistische Perspektive nicht erfassen kann. Schmitt spannt den Bogen von den nomadischen Kulturen über frühe Agrargesellschaften, das Feudalsystem und die westfälische Ordnung bis in die Gegenwart, in der die Landnahme in den Weltraum ausgreift. Uns soll hier aber weder die Plausibilität dieser immer wieder spekulativen Reformulierung seiner Großraumtheorien interessieren⁴⁹ noch die haarsträubenden Rechtfertigungen schwerster Menschheitsverbrechen, zu denen er sie heranzieht.

Eine kleine Kostprobe soll genügen: „Bei völlig unzivilisierten Völkern war die Macht der eingeborenen Häuptlinge kein Imperium, die Nutzung des Bodens durch die Eingeborenen kein Eigentum. [...] Hier brauchte der landnehmende Staat hinsichtlich der Rechte am Boden [...] keine Rücksichten zu nehmen [...] Der landnehmende Staat kann das genommene koloniale Land hinsichtlich des Privateigentums [...] als herrenlos behandeln.“⁵⁰ Wenn es etwas Anzügliches mit einem Seitenhieb auf das Grundgesetz sein soll, kann Schmitts Nahme-Konzeption der Ehe als Beispiel dienen: „In jenen Zeiten also nahm der Mann die Frau. Die Frau erkannte den Mann und unterwarf sich demnach der Nahme. Dieses Nehmen der Frau war weder Raub und Vergewaltigung, noch war es ein Ferien-Erlebnis [...] Der Mann, der in jener besonderen Weise die Frau nahm, gab ihr seinen Namen; die Frau nahm den Namen des Mannes [...] Heute ist das alles ganz anders und sogar von Gesetzes- und Verfassungswegen desavouiert. Mann und Frau sind auf Grund einer automatisch wirkenden Bestimmung des Bonner Grundgesetzes gleichberechtigt. [...] Wir tuen jedoch gut daran, den tieferen Zusammenhang von Nahme und Namen zu bedenken, damit wir wissen, was die Ehe unserer Väter war [...] Wir würden ja nicht einmal mehr unseren eigenen Namen begreifen, wenn die Einheit von Nahme und Namen aus unserm Gedächtnis gestrichen würde.“⁵¹ Den kolonialistischen

49 Zu deren Aktualität und Modernisierbarkeit etwa *Reinhard Mehring*, Der „Nomos“ nach 1945 bei Carl Schmitt und Jürgen Habermas, *forum historiae iuris*, 30.04.2006, <https://forhistiur.net/2006-04-mehring/>.

50 Carl Schmitt, Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum (Berlin 1950), 171.

51 Carl Schmitt, Nomos – Nahme – Name, in: Siegfried Behn (Hrsg.), Der beständige Aufbruch (Nürnberg 1959), 92–105 (103).

III. Geltung

Rechtfertigungen und polysemierenden⁵² Geschmacklosigkeiten soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Der geltungstheoretische Punkt knüpft nicht nur nicht an Schmitts Theorie der Landnahme an, sondern er würde in ihm wohl eher eine Travestie erblicken, richtet sich sein Konzept des Nomos doch gerade gegen die „Übernahme moderner Fachabstraktionen [...] den *Nomos* als ‚das bei einer Gruppe von Lebewesen Geltende‘ definiert und ihn auf diese Weise in die neuzeitliche Kategorie des ‚Geltens‘ und in einen sehr speziellen Normativismus hineinzieht.“⁵³

Von theoretischem Interesse ist aber die von Schmitt an den Anfang seiner tullerischen Völkerrechtstheorie gestellte Etymologie des Nomos-Begriffs.⁵⁴ Demnach hat der Begriff im Altgriechischen mehrere, für Schmitt allerdings aufeinander bezogene Bedeutungen, die später von den Bibliothekaren in Alexandria, die die Homerischen Texte überlieferten, durch die Verwendung von Akzenten markiert wurden.⁵⁵ Das Wort hat demnach mit erstsilbiger Betonung „Νόμος“ die Bedeutung von „Ordnung“ und später auch „Gesetz“ – mit zweitsilbiger Betonung „Νομός“ hingegen die Bedeutung von „räumlicher Bezirk“. Schmitt führt beide auf eine gemein-

52 Zu Schmitts Ableitung von Name aus Nahme *Thomas Schestag*, Namen nehmen, Zur Theorie des Namens bei Carl Schmitt, *MLN (Modern Language Notes)* 122 (2007), 544–562.

53 *Carl Schmitt*, Nehmen/Teilen/Weiden (1953). Ein Versuch, die Grundfragen jeder Sozial- und Wirtschaftsordnung vom Nomos her richtig zu stellen, in: *Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954* (Berlin 1958), 489–504 (489 f.).

54 Zur Bedeutung des Nomos-Begriffs bei Schmitt s. etwa *Hermann Schmidt*, Der Nomosbegriff bei Carl Schmitt, *Der Staat* 2 (1963), 81–108 ; *Wolfgang Palaver*, Carl Schmitt on Nomos and Space, *Telos* 106 (1996), 105–127 ; *Katerina Stergiopoulou*, Taking “Nomos”: Carl Schmitt’s Philology Unbound, *October* 149 (2014), 95–122; *Jerzy Zajadlo*, The Concept of Nomos – Some Remarks, *KP* 12 (2020), 143–161 (148–155); zur antisemitischen Stoßrichtung des Nomos-Begriffs bei Schmitt *Raphael Gross*, Carl Schmitt’s „Nomos“ and die „Juden“, *Merkur* 47 (1993), 410–420; *Palaver*, Carl Schmitt on Nomos and Space (Fn. 54), 112–117. Schmitts Grabstein trägt die Inschrift: „ΚΑΙ ΝΟΜΟΝ ΕΓΝΩ“ (Und erkannte ihren Nomos), nach seiner Umdeutung eines Fragments aus dem ersten Satz der Odyssee: „Ich meine die bekannte Stelle am Anfang der Odyssee I, 3, die in der herrschenden Version καὶ νόον ἔγνω gelesen wird. Ich ziehe die Lesart καὶ νόμον ἔγνω vor.“ *Schmitt*, Nomos – Nahme – Name (Fn. 51), 55 f. Zum Grabmal *Reinhard Mehring*, Carl Schmitt, Aufstieg und Fall (München, 2. Aufl. 2022), 584; allgemein zum Professorengrab *Folker Reichert*, Tod und Verklärung. Das Professorengrab als biographisches Zeugnis, *Historische Zeitschrift* 307 (2018), 370–411, zu Schmitt 409. Zur Raumdimension des Nomos-Begriffs auch *Hannah Arendt*, *The Human Condition* (Chicago, 2. Aufl. 1998), 63 f.; *Hannah Arendt*, *On Revolution* (London 1963), 186–187, 275, 281.

55 *Schmitt*, Nomos – Nahme – Name (Fn. 51), 99.

same Wurzel zurück: „Nomos dagegen kommt von nemein, einem Wort, das sowohl ‚Teilen‘ wie auch ‚Weiden‘ bedeutet. Der Nomos ist demnach die unmittelbare Gestalt, in der die politische und soziale Ordnung eines Volkes raumhaft sichtbar wird, die erste Messung und Teilung der Weide, d. h. die Landnahme und die sowohl in ihr liegende wie aus ihr folgende konkrete Ordnung“⁵⁶

Den etymologischen Befund zieht Schmitt heran, um seine Annahme zu stützen, dass die Landnahme als Abgrenzung eines räumlichen Bezirks wie auch seine rechtliche Ordnung gleichursprünglich und in ihrem substantiellen Gehalt aufeinander verwiesen sind. Angesichts der komplexen Quellenlage ist Schmitts philologische Rekonstruktion nicht ohne Kritik geblieben. Philologische Kritiker räumen zwar ein, dass „nemein“ im Sinne von „verteilen“ verwendet wurde, allerdings ohne einen notwendigen oder auch nur im Vordergrund stehenden geographischen Bezug.⁵⁷ Auch soll „Nomós“ zeitlich deutlich vor „Nόμος“ Verwendung gefunden haben.⁵⁸ Schmitts Gleichursprünglichkeitsthese wird daher auch der Vorwurf des Anachronismus gemacht.⁵⁹ Letztlich geht dieser dahin, dass Schmitt eine reiche und vielschichtige Quellenlage willkürlich in seine Theorie der Landnahme zwängt.⁶⁰ Doch gleichgültig wie sich die Dinge im Detail etymologisch verhalten, wird nicht bestritten, dass Nomos – in welcher genauen zeitlichen Abfolge auch immer – beide Bedeutungen aufwies, die Schmitt wichtig waren. Im Übrigen gilt, dass auch philologische Missverständnisse sich im Detail als rechtstheoretisch produktiv erweisen können.

Für die Frage nach dem Gehalt des Geltungsbegriffs ist die philologisch umstrittene Doppelbedeutung von Nomos im Sinn von Gesetz und Bezirk von Interesse, weil sie auf einen systematischen Zusammenhang zwischen Normen und geographischen Räumen verweist, der in der Geltungs-

56 Schmitt, Der Nomos der Erde (Fn. 50), 39 f.

57 Thanos Zartaloudis, The Birth of Nomos (Edinburgh 2019), 119.

58 Zartaloudis, The Birth of Nomos (Fn. 57), 120.

59 Zartaloudis, The Birth of Nomos (Fn. 57), 117.

60 Zartaloudis, The Birth of Nomos (Fn. 57), 119; Schmitt, Nehmen/Teilen/Weiden (1953) (Fn. 53), 490, war sich der möglichen philologischen Kritik scheinbar bewusst: „Wir sind bereit, uns von den Philologen belehren zu lassen, aber wir möchten zugleich den ursprünglichen Sinn des Nomos für Probleme des menschlichen Zusammenlebens fruchtbare machen und laden die Philologen ein, uns einmal für einen Augenblick zu folgen. Wir suchen den einfachsten Ansatz, um durch alle fachlichen Spezialisierungen hindurch die Struktur verschiedener Sozialordnungen und Doktrinen zu erkennen und für den Kern ihrer Ethik und ihres Geschichtsbildes die richtige Fragestellung zu finden.“

III. Geltung

diskussion wenig beachtet wird, aber einen Hinweis darauf gibt, wie sich der Geltungsbegriff allgemein rekonstruieren lässt, d. h. auch für Normen, die nicht in einer Hierarchie eingebettet sind. Der Raumbezug des Nomos macht deutlich, inwiefern die Frage nach der Geltung auch hierarchisch nicht eingebundener Normen sinnvoll sein kann. So muss jeder Nόmos als Gesetz in einem Nomόs als Raum *gelten*. Jede Norm muss gleichsam einen räumlichen Index mit sich führen, der angibt, für welches geographische Gebiet sie gilt.

Auch rechtshistorisch hat der Geltungsbegriff häufig diesen räumlichen Bezug. So wurden „validitas“ oder „valere“ etwa in den Lehren zu den Statutenkollisionen im Spätmittelalter herangezogen, um die Geltungsansprüche einzelner territorialer Statuten voneinander abzugrenzen.⁶¹ Erst später wird der Geltungsbegriff verwendet, um Normverhältnisse in hierarchisch gedachten Rechtsordnungen auszudrücken.⁶² Doch auch die Normen an der Spitze einer Normenhierarchie, die sich für herkömmliche Geltungsverständnisse als problematisch erwiesen haben, führen einen räumlichen Geltungsindex mit sich. Daher könnte etwa sinnvoll die Frage gestellt werden, ob das Grundgesetz auch in Frankreich oder den ehemals deutschen Gebieten in Polen *gilt*. Die doppelte Bedeutung von Nomos als Norm und Bezirk ist ein Hinweis darauf, dass für die Verfassung gilt,⁶³ was letztlich für alle Normen gilt: nämlich dass sie eine Angabe dazu enthalten müssen, für welchen Raum, oder kurz: wo sie *gelten*.

b) Geltung und Verpflichtungsanspruch

Im Sinne des Nomόs als Bezirk zielt Geltung auf den Raum, in dem eine Norm ihren Verpflichtungsanspruch erhebt. Der Verpflichtungsanspruch einer Norm unterscheidet sich sowohl von ihrer Wirksamkeit als auch von

61 *Kristin Boosfeld*, Die Lehren von der Statutenkollision. Eine Deutungsgeschichte aus Raum und Recht (2023), 6 f., 43 f.; Beispiele zur Verwendung des Geltungsbegriffs bei der Charakterisierung der zeitlichen Grenzen des Verpflichtungsanspruchs in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts bei *Jansen*, Die Geltung des Rechts (Fn. 36), 410.

62 *Maris Köpcke Tinturé*, A Short History of Legal Validity and Invalidity, Foundations of Private and Public Law (2019), 3 f., 128–135, 140 f.; s. auch *Jansen*, Die Geltung des Rechts (Fn. 36), 405–412.

63 Für den Verweis auf einen Gegenstandsbereich lässt sich „gelten“ nicht nur für Normen verwenden, sondern auch für deskriptive Aussagen. Geltung bezieht sich dann auf den Gegenstandsbereich, für den eine deskriptive Aussage ihren Wahrheitsanspruch erhebt.

ihrer Legitimität. Geltung hängt nicht davon ab, ob eine Norm tatsächlich eingehalten oder im Sinn einer empirischen Moral – Ross' Gültigkeit – von den Normunterworfenen anerkannt wird. Sie bezieht sich auch nicht darauf, ob es legitime Gründe einer objektiven Moral gibt, eine Norm zu befolgen. Sie meint vielmehr im Fall des Geltungsgebiets, in welchem Raum eine Norm gleichsam nach ihrem Selbstverständnis zu verpflichten beansprucht.

Nehmen wir das christliche Gebot der Nächstenliebe. Nach seinem Selbstverständnis erhebt es seinen Verpflichtungsanspruch an jedem Ort, ganz unabhängig davon, ob und inwieweit es tatsächlich an jedem Ort eingehalten und anerkannt wird, und auch unabhängig davon, ob es sich – etwa auch jenseits des christlichen Glaubens – moralisch rechtfertigen lässt. Geltung zielt allein auf den Anspruch auf Verpflichtung, den eine Norm erhebt, losgelöst von den unterschiedlichen Formen ihrer Wirksamkeit oder Legitimität.

c) Geltung als Relation zwischen Subjekten

Verpflichtungen und Verpflichtungsansprüche sind relationaler Natur. Normen stiften eine Verpflichtungsrelation. Diese besteht nicht zwischen Normen und Räumen, sondern zwischen intentionalen Subjekten. Nur sie können Normen erlassen, befolgen oder brechen. Dabei reicht es freilich aus, wenn die verpflichtende Instanz lediglich als intentionales Subjekt vorgestellt wird. Das Gebot der Nächstenliebe wird im Christentum nicht durch irdische Subjekte erhoben, sondern durch einen persönlich vorgestellten Gott. Ähnlich werden die Normen des Vernunftrechts nicht als Schöpfung einzelner realer Personen vorgestellt, sondern als Ausdruck einer überindividuellen, mit Intentionalität begabten Vernunft.

Die doppelte sprachliche Wurzel des Nomos-Begriffs verweist also nicht darauf, dass ein Verpflichtungsanspruch gegenüber einem Raum erhoben wird, sondern darauf, dass ein Nomós als Gebiet genutzt wird, um die Adressaten des Verpflichtungsanspruchs des Nόμος als Gesetz zu bestimmen. Der Verweis auf den Geltungsraum von Normen dient dazu, die dadurch ansprechbaren Subjekte zu identifizieren, die Adressaten des Verpflichtungsanspruchs sind; der Raum hat hier eine Vermittlungsfunktion: Er vermittelt die Adressaten des Verpflichtungsanspruchs. In einem ersten Zugriff lässt sich sagen, dass sich Geltung auf den Verpflichtungsanspruch

III. Geltung

einer Norm gegenüber ihren Adressaten bezieht. Durch unterschiedliche Parameter wie den Geltungsbereich oder die Geltungszeit kennzeichnet Geltung die Adressaten des Verpflichtungsanspruchs einer Norm. Dies entspricht auch der historischen Verwendung des Geltungsbegriffs. Bei Bartolus etwa bezeichnet „valere“ die personale Bindungswirkung territorialer Statuten gegenüber Mitgliedern des Klerus.⁶⁴

Im Zusammenhang mit der Geltungsdiskussion hat Dietmar von der Pfördten daran erinnert, dass Rechtsnormen nicht nur verpflichten, sondern auch verbieten, erlauben und ermächtigen.⁶⁵ Diese Ausdifferenzierung der normativen Funktionen sei im Folgenden aus zwei Gründen vernachlässigt. Zum einen spricht einiges dafür, dass sich jedenfalls fast alle normativen Funktionen in Verbindung mit dem Negationsoperator im Rahmen der deontischen Standardlogik auch als Verpflichtung darstellen lassen.⁶⁶ Zum anderen ändert sich an der nachfolgenden Argumentation nichts dadurch, dass neben der Verpflichtungsfunktion noch andere normative Funktionen angenommen werden. Auch wenn man der Ansicht ist, dass sich etwa die Ermächtigungsfunktion nicht mit Hilfe der Verpflichtungsfunktion darstellen lässt⁶⁷ – wenn also an die Stelle des Verpflichtungsanspruchs für manche Normen ein Ermächtigungsanspruch tritt, dessen Umfang der Geltungsbegriff adressiert –, ändert sich an dem nachfolgenden Argument nichts Grundsätzliches. Entscheidend ist vielmehr, dass Geltung sich auf eine Eigenschaft von Normen bezieht, die sie gleichsam selbstreferenziell mit ihrem normativen Anspruch festlegen, der unabhängig von seiner faktischen Wirksamkeit und seiner moralischen oder politischen Legitimität ist.

Von der Pfördten hat allerdings ebenfalls berechtigterweise herausgearbeitet, dass eine sprachliche Funktion des Geltungsbegriffs darin gesehen werden kann, dass er von den einzelnen normativen Funktionen abstrah-

⁶⁴ *Bartolus de Saxoferrato*, Codex Iustinianus in duodecim libros Codicis Commentaria, Nachdruck der Ausgabe Basel (Frankfurt am Main 2007), urspr. Erscheinungsjahr: 1562, C. 1, 1, 1 no. 29: „Dicit enim ibi, quod non valeant statuta laicorum contra libertatem ecclesiarum, et eorum personas“; dazu *Boosfeld*, Die Lehren von der Statutenkollision (Fn. 61), 44.

⁶⁵ *Von der Pfördten*, Kritik der Geltung (Fn. 11), 694.

⁶⁶ *Paul McNamara/Frederik van de Putte*, Notes to Deontic Logic, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 11.03.2021, <https://plato.stanford.edu/entries/logic-deontic/notes.html>, Abschn. 1.2.

⁶⁷ Optimistischer etwa *Ross*, On Law and Justice (Fn. 23), 61; *Torben Spaak*, Norms that Confer Competence, *Ratio Juris* 16 (2003), 89–104.

hiert. Er kann als Sammelbegriff verwandt werden, mit dessen Hilfe über den Umfang der unterschiedlichen normativen Funktionen gesprochen werden kann.⁶⁸ Darin ist der Geltungsbegriff dem Wahrheitsbegriff deflationärer Theorien ähnlich, nach denen seine prosentinale Funktion darin besteht, eine komplexe Aussage oder ein Aussagenbündel ohne Wiederholung der Aussagen affirmieren zu können.⁶⁹

d) Geltung als konstitutive Eigenschaft von Normen

Jede Norm muss eine Art Geltungsindex mit sich führen, der spezifiziert, gegenüber wem sie ihren Verpflichtungsanspruch erhebt. Die Bestimmung der Adressaten des Verpflichtungsanspruchs ist für Normen konstitutiv. Adressatenlose Normen sind nicht denkbar. Allerdings bleibt der adressatenbezogene Geltungsindex in den Normformulierungen häufig implizit und wird allein durch den Kontext bestimmt.

Wenn die Mutter beim Abendessen mit der Familie sagt, dass nun, nach dem Ende der Ferien, die Schlafenszeit wieder 8 Uhr ist, dann erhebt die von ihr erlassene Norm ihren Verpflichtungsanspruch nur gegenüber den Schulkindern, nicht aber gegenüber dem ebenfalls anwesenden Vater.⁷⁰ Die Norm gilt nur für die Kinder und natürlich nur für die Kinder ihrer Familie, nicht etwa auch für jene der Nachbarn. Die Mutter hätte die Adressaten des Verpflichtungsanspruchs auch explizit bestimmen können. „Für alle Kinder meiner Familie gilt ...“. Doch wie bei den meisten elliptischen Äußerungen erlaubt uns der Kontext, die impliziten Äußerungsinhalte mühelos und auch meist ohne weitere Reflexion zu ergänzen.

Wenn Geltung daher eine notwendige, wenn auch oft lediglich implizit ausgedrückte Eigenschaft von Normen ist, dann kann sie sich auch für Rechtsnormen nicht auf solche beschränken, die sich in hierarchisch gestuften Rechtssystemen finden. Geltung muss dann jeder Rechtsnorm zukommen. Um sie zu bestimmen, ist beim Verpflichtungsanspruch der Rechtsnorm anzusetzen. Es bedarf weder metaphysischer Spekulationen noch soziologischer Erhebungen, weder transzendentaler Grund- noch empirischer Anerkennungsnormen.

68 Von der Pfördten, Kritik der Geltung (Fn. 11), 694.

69 Ralf Poscher, Wahrheit und Recht. Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorie, ARSP 89 (2003), 201–215.

70 Auf das Beispiel der Familie greift auch Raz, Legal Validity (Fn. 44), 349 f., zurück.

III. Geltung

2. Geltung der Verfassung

Die Bestimmung der Geltung einer Rechtsnorm anhand ihres selbsterhobenen Verpflichtungsanspruchs kann auch für die historisch erste Verfassung erfolgen, die den landläufigen Geltungstheorien so viel Kopfzerbrechen bereitet. Auch die Geltung der Verfassung ergibt sich aus dem von ihr erhobenen Verpflichtungsanspruch. Wo die Verfassung insoweit keine entsprechenden expliziten Regelungen enthält, wird ihre Geltung implizit bestimmt und ist durch ihren Text und Kontext zu ermitteln.

a) Räumliche Bestimmung

Aber ganz entsprechend der doppelten sprachlichen Wurzel des Nomos-Begriffs benennen viele Verfassungen ihren räumlichen Verpflichtungsanspruch explizit über den Ausweis eines Geltungsgebiets.⁷¹ So verfährt auch das Grundgesetz. Ursprünglich lautete Art. 23 GG: „Dieses Grundgesetz gilt zunächst im Gebiete der Länder Baden, Bayern, Bremen, Groß-Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern. In anderen Teilen Deutschlands ist es nach deren Beitritt in Kraft zu setzen.“ Heute ergibt er sich aus der Präambel: „Die Deutschen in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen haben in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands vollendet. Damit gilt dieses Grundgesetz für das gesamte Deutsche Volk.“

Art. 23 GG a.F. und die Präambel in der aktuellen Fassung kennzeichnen den Verpflichtungsanspruch des Grundgesetzes räumlich. Sie regeln, innerhalb welchen Gebiets die Normen des Grundgesetzes ihren Verpflichtungsanspruch erheben. Es bedient sich des Nomós im Sinn des räumlichen Gebiets, um die Geltung des Nómös im Sinn des Gesetzes zu spezifizieren. Daher lässt sich die Frage, ob das Grundgesetz auch in Frankreich oder den ehemals deutschen Gebieten Polens gilt, so klar verneinen. Ein Blick in das

⁷¹ Siehe etwa Art. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; Art. 1 und Präambel der Verfassung Indiens; Art. 1 und Präambel der Verfassung der Philippinen; Art. 1 der Verfassung Brasiliens.

Gesetz erleichtert nicht nur die Rechtsfindung, sondern zuweilen auch das Geschäft der Rechtstheorie.

b) Zeitliche Bestimmung

So wie der Verpflichtungsanspruch der Verfassung räumlich bestimmt wird, muss er auch zeitlich definiert werden. Auch wenn eine zeitliche Spezifizierung seltener erfolgt als die räumliche, findet sie sich etwa im Grundgesetz. Art. 146 GG spezifiziert den Verpflichtungsanspruch des Grundgesetzes zeitlich auf den Tag genau. Er bestimmt, dass das Grundgesetz „seine Gültigkeit an dem Tage [verliert], an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist“. An diesem Tag erlischt der Verpflichtungsanspruch des Grundgesetzes. Es hört auf zu gelten.

Komplexer verhält es sich mit der Geltung der Weimarer Reichsverfassung. Hier ließe sich differenziert antworten, dass nur die Art. 136–139 und 141 WRV Bestandteil des Grundgesetzes sind und aufgrund von Art. 140 GG nur noch diese Artikel der Weimarer Reichsverfassung aktuell einen Verpflichtungsanspruch erheben.

c) Geltung als hermeneutische Frage

Die Regelungen des Grundgesetzes und anderer Verfassungen machen deutlich, dass Rechtsgeltung eine Frage des positiven Rechts ist. Die Reichweite des Verpflichtungsanspruchs wird in den Normen geregelt, die diesen erheben. Geltung ist daher wie andere Norminhalte hermeneutisch zu bestimmen. Sie ergibt sich aus der Auslegung des Normtextes oder sonstiger Äußerungen, mit denen Normen kommuniziert werden. Der Verpflichtungsanspruch einer Norm, d. h. für wen sie verbindlich sein soll, ist durch Auslegung zu ermitteln.

Geltung kann daher auch zu einem hermeneutischen Problem werden. Es kann unklar sein, wie weit der Verpflichtungsanspruch einer Norm reicht, wen sie also adressiert. Unter dem Grundgesetz ist etwa umstritten, ob die Grundrechte auch für Handlungen deutscher Hoheitsträger

III. Geltung

im Ausland gelten⁷² oder ob Art. 141 GG auch für die neuen Bundesländer gilt⁷³. Ähnlich ist für die Europäische Menschenrechtskonvention umstritten, ob sie auch bei Militäreinsätzen von Vertragsstaaten außerhalb von deren Gebiet gilt.⁷⁴

Wie andere Auslegungsfragen ist auch der Verpflichtungsanspruch durch Interpretation zu ermitteln oder, soweit diese keine eindeutigen Ergebnisse liefert, mit Hilfe von Rechtsfortbildung zu konstruieren.⁷⁵ Was etwa den Geltungsbereich des Grundgesetzes angeht, kann man bei aller berechtigten Skepsis gegenüber kollektiver Intentionalität parlamentarischer Gesetzgeber zuversichtlich sein, dass alle Landtagsabgeordneten, die über das Grundgesetz abstimmten, sich nicht nur – im Sinn einer Minimalintention nach Raz –⁷⁶ bewusst darüber waren, dass sie eine Verfassung verabschiedeten, sondern auch darüber, dass das Grundgesetz in den westdeutschen Bundesländern gelten sollte, die in der Verfassung benannt waren.

-
- 72 Dies bejaht das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich in BVerfGE 154, 152 (215 f.); zurückhaltender zuvor BVerfGE 100, 313 (362 f.); gegen eine transnationale Geltung deutscher Grundrechte zuvor *Christian Starck*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), v. Mangoldt / Klein / Starck GG (7. Aufl. 2018), Art. 1 Rn. 212; differenzierend *Klaus Ferdinand Gärditz*, Die Rechtsbindung des Bundesnachrichtendienstes bei Auslandstätigkeiten, *Die Verwaltung* 48 (2015), 463–497 (472–481).
- 73 Dazu etwa *Bernhard Schlink/Ralf Poscher*, Der Verfassungskompromiss zum Religionsunterricht, Art. 7 Abs. 3 und Art. 141 GG im Kampf des Parlamentarischen Rates um die „Lebensordnungen“ (Baden-Baden 2000).
- 74 Maßgeblich ist in der Rechtsprechung des EGMR das Kriterium der „effektiven Kontrolle“, siehe zusammenfassend EGMR, Al-Skeini and Others v. United Kingdom, Urteil vom 7. Juli 2011, Nr. 55721/07, §§ 132 f.; siehe auch EGMR, Hassan v. United Kingdom, Urteil vom 16. September 2014, Nr. 29750/09; Al-Jedda v. United Kingdom, Urteil vom 7. Juli 2011, Nr. 27021/08; Al-Saadoon and Mufidhi v. United Kingdom, Urteil vom 2. März 2010, Nr. 61498/08; siehe für Fälle unterhalb dieser Schwelle der „effektiven Kontrolle“ EGMR, Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States, Entscheidung zur Zulässigkeit vom 12. Dezember 2001, Nr. 52207/99; Issa and Others v. Turkey, Urteil vom 16. November 2004, Nr. 31821/96; zum Stand der kontroversen völkerrechtlichen Diskussion siehe *Helmut Philipp Aust*, Spionage im Zeitalter von Big Data, Globale Überwachung und der Schutz der Privatsphäre im Völkerrecht, *Archiv des Völkerrechts* 52 (2014), 375–406 (391).
- 75 Zum hermeneutischen Charakter auch der Rechtsfortbildung s. *Ralf Poscher*, The Hermeneutic Character of Legal Construction, in: Simone Glanert / Fabien Girard (Hrsg.), *Law's Hermeneutics* (New York, NY 2017), 207–227.
- 76 *Joseph Raz*, Intention in Interpretation, in: *Joseph Raz* (Hrsg.), *Between Authority and Interpretation* (Oxford / New York 2009), 265–298 (273–285); dazu *Ralf Poscher*, The Normative Construction of Legislative Intent, *Droit & Philosophie* 9 (2017), 107–133 (116 f.).

Hinsichtlich der Grundrechtsbindung deutscher Staatsorgane im Ausland dürfte es hingegen trotz Art. 1 Abs. 3 GG schwieriger sein, eine reale kollektive Intention der verfassungsgebenden Parlamente zu behaupten, da kaum einer der Abgeordneten überhaupt jemals darüber nachgedacht haben dürfte. Hier bedarf es entweder der Konstruktion eines entsprechenden Willens des Verfassungsgebers⁷⁷ oder einer Rechtsfortbildung der einschlägigen Bestimmung des Grundgesetzes.

d) Geltung und Anwendbarkeit einer Norm

Regelungen über den Geltungsbereich und die Geltungsdauer von Normen betreffen die Frage, ob eine Norm in einem bestimmten Gebiet oder zu einer bestimmten Zeit *überhaupt* einen Verpflichtungsanspruch erhebt. Jenseits ihres Geltungsbereichs und ihrer Geltungsdauer erheben Normen grundsätzlich gegenüber niemandem einen Verpflichtungsanspruch. Innerhalb davon wird der Verpflichtungsanspruch von Normen allgemein und auch der von Normen der Verfassung in vielfacher Weise durch eine Reihe von Tatbestandsmerkmalen konditioniert.

Die Pflicht zur Ausfertigung von Gesetzen nach Art. 82 GG gilt in Deutschland und für die Dauer der Geltung des Grundgesetzes, aber sie gilt – anders als das Betrugsverbot nach § 263 StGB – nicht für alle, die sich im deutschen Hoheitsgebiet aufhalten, sondern nur für denjenigen Deutschen, der das Amt des Bundespräsidenten bekleidet. Im einfachen Recht erstreckt sich der Verpflichtungsanspruch der deutschen Vorschriften über Amtsdelikte auf Deutschland, nicht etwa auch auf Frankreich. Er ist aber weiter dadurch konditioniert, dass jemand Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist.

Dem deutschen Sprachgebrauch jedenfalls ist es nicht zuwider, den Geltungsbegriff auch in Hinblick auf entsprechende Konditionierungen des Verpflichtungsanspruchs einer Norm anzuwenden. Es ist also etwa zu fragen, ob Amtsdelikte auch für Angestellte im öffentlichen Dienst *gelten*. Dieser Sprachgebrauch ist auch nicht nur zufällig, sondern hat seinen systematischen Grund darin, dass Tatbestandsmerkmale einer Norm ihren Verpflichtungsanspruch konditionieren. Letztlich sind auch räumliche und zeitliche Bedingungen des Verpflichtungsanspruch nur Arten seiner Konditionierung; sie weisen keine theoretische Besonderheit auf und genießen

77 Dazu Poscher, The Normative Construction of Legislative Intent (Fn. 76), 120–125.

III. Geltung

keinen theoretischen Vorrang. Normen erheben ihren Verpflichtungsanspruch gegenüber Personen außerhalb ihres Geltungsgebiets ebenso wenig wie gegenüber Personen, die ihre sonstigen Anwendungsbedingungen nicht erfüllen.

Räumliche oder zeitliche Bedingungen des Verpflichtungsanspruchs sind in normtheoretischer Perspektive lediglich zwei Konditionierungsvariablen, d. h. zwei Tatbestandsmerkmale unter vielen. Normstrukturell weisen Geltungsraum und -zeit keine Besonderheiten auf. Inhaltlich zeichnen sie sich aber dadurch aus, dass Normen jenseits ihres räumlichen und zeitlichen Geltungsbereichs gegenüber niemandem einen Verpflichtungsanspruch erheben. Der Geltungsbegriff in der rechtstheoretischen Diskussion zielt auf dieses Phänomen und ist in diesem Sinn absolut. Er zielt auf Konstellationen, in denen die Normen gegenüber überhaupt jemandem einen Verpflichtungsanspruch erheben. Normen, die in einem Raum oder einer Zeit keinen Geltungsanspruch erheben, werden in einem rechtstheoretischen Sinn als nicht geltend erachtet. Ähnlich wurde bereits in der spätmittelalterlichen Geltungsdiskussion zwischen „valere“ und „ligare“ unterschieden. „Valere“ bezog sich auf die allgemeine Wirksamkeit einer statutarischen Regel, während „ligare“ deren Anwendbarkeit auf eine konkrete Person bezeichnete.⁷⁸

Es sei aber noch einmal betont, dass diese Verbindung des Geltungsbegriffs mit Merkmalen einer Norm, die ihren Verpflichtungsanspruch grundsätzlich einschränken, nicht auf einer strukturellen Besonderheit räumlicher und zeitlicher Konditionierungen beruht, sondern konventioneller Natur ist. Der rechtstheoretische Geltungsbegriff zeichnet solche Anwendungsvoraussetzungen oder kurz Tatbestandsmerkmale aus, deren fehlendes Vorliegen dazu führt, dass eine Norm gegenüber niemandem einen Verpflichtungsanspruch erhebt. Die strukturelle Gleichartigkeit dieser Tatbestandsmerkmale und aller anderen Anwendungsvoraussetzungen einer Norm führt zum einen dazu, dass der nicht-rechtstheoretische Sprachgebrauch den Geltungsbegriff auch mit anderen Tatbestandsmerkmalen verknüpft – z. B. „Amtsdelikte gelten nur für Amtsträger“. Zum anderen gerät auch die rechtstheoretische Diskussion in teils unfruchtbare Abgrenzungsdebatten, wenn versucht wird, Anwendungs- und Geltungsbedingungen

78 Boosfeld, Die Lehren von der Statutenkollision (Fn. 61), 43 f.

essentialistisch zu unterscheiden.⁷⁹ Die Verwirrung steigert sich zumeist noch, wenn die Frage der Zugehörigkeit zu einem Rechtssystem mit diesen Abgrenzungsversuchen verknüpft wird.⁸⁰

Entsprechend essentialistisch geführte Diskussionen verfehlten den letztlich konventionellen, terminologisch-pragmatischen Charakter der debatierten Unterscheidungen und Zuordnungen. Auch wenn die räumlichen und zeitlichen Konditionierungen des Verpflichtungsanspruchs keine formalen Besonderheiten aufweisen, kommt ihnen über die Verfassung eine besondere historische oder genetische Stellung zu. In der Verfassung werden mit ihrem Geltungsbereich und ihrer Geltungsdauer zumeist auch jene aller weiteren Normen einer Rechtsordnung festgelegt.

Diese Festschreibungen in der Verfassung haben jedoch lediglich einen grundsätzlichen und subsidiären Charakter. Besonders hinsichtlich der Geltungsdauer enthalten unterverfassungsrechtliche Normen sogar häufig speziellere Regelungen. Ebenso dehnt § 5 StGB – sogar für mehr Delikte als international üblich –⁸¹ den Geltungsbereich bestimmter Strafrechtsnormen über die Grenzen des Geltungsbereichs des Grundgesetzes hinaus aus. Doch soweit sie keine Regelung zum Geltungsgebiet und zur Geltungsdauer enthalten, kann regelmäßig auf die Regelung in der Verfassung zurückgegriffen werden. So ist etwa das Geltungsgebiet des Baugesetzbuchs durch das Grundgesetz auf die im Grundgesetz benannten Länder beschränkt.

e) Zwischenfazit

Die Besinnung auf die doppelte etymologische Wurzel des Nomos-Begriffs führt zu einer gewissen Entzauberung des Geltungsbegriffs. Geltung bezeichnet den Verpflichtungsanspruch einer Norm, der durch deren Tatbestandsmerkmale konditioniert ist. Dabei bezieht sich die rechtstheoretische Diskussion zumeist auf Konditionierungen, die insofern absolut über die Geltung entscheiden, als erst bei ihrem Vorliegen überhaupt jemand Adressat eines Verpflichtungsanspruchs wird. Entscheidend ist, dass die

79 Einen anschaulichen Eindruck von den Verwerfungen in dieser Diskussion vermittelt Mathieu Carpentier, *Validity versus Applicability: A (Small) Dose of Scepticism*, *Dirito & Questioni Pubbliche* XVIII (2018), 107–132.

80 Eugenio Bulygin, *Time and Validity* (1982), in: Eugenio Bulygin (Hrsg.), *Essays in Legal Philosophy* (Oxford 2015), 171.

81 Wilhelm Gallas, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, *ZStW* 80 (1968), 1–33 (13–15); mit völkerrechtlichen Bedenken Kai Ambos, in: Volker Erb / Jürgen Schäfer (Hrsg.), *MüKo-StGB* (4. Aufl. 2020), § 5 Rn. 10–11.

III. Geltung

Geltung einer Norm sich nach dem immanenten, durch die Norm selbst erhobenen Verpflichtungsanspruch richtet. Dieser Geltungsbegriff wirft allenfalls hermeneutische, aber keine theoretischen Probleme auf. In vielen Verfassungen – auch im Grundgesetz – wird die Geltung, vermittelt über die Festschreibung des Geltungsbereichs und der Geltungsdauer, sogar ausdrücklich geregelt. Die Lösung des Geltungsproblems der Verfassung, das sogar zu transzendentalen Spekulationen Anlass gegeben hat, war – wie man im Englischen sagt – „hidden in plain sight“.

3. Relationale Geltung

Über den Verpflichtungsanspruch lässt sich gut erklären, was mit der Geltung einzelner Normen und damit auch mit unserer Rede von der Geltung der Verfassung gemeint ist. Für die meisten herkömmlichen Geltungstheorien ist gerade dies das Problem, das sie zur Annahme von Grund- oder Anerkennungsnormen verleitet hat, da ihr Geltungsbegriff auf einer Relation zwischen Normen beruht. Für die hier vorgeschlagene Geltungstheorie bleibt nun aber noch umgekehrt zu erklären, wie sich in ihr die von den herkömmlichen Geltungstheorien als grundlegend erachteten relationalen Geltungsbeziehungen zwischen Normen verschiedener Normebenen darstellen. Was hat unsere Rede von der Ungültigkeit eines Gesetzes am Maßstab der Verfassung mit der Geltung im Sinne des normimmanenten Verpflichtungsanspruchs zu tun?

a) Einseitige Bedingtheit

Der grundlegende Zusammenhang lässt sich zunächst anhand eines einfachen Beispiels aus unserer Familie erfassen: Die Eltern wollen an einem Abend in die Oper gehen und haben dafür einen Babysitter beauftragt, auf die Kinder aufzupassen. Eltern und Kinder diskutieren unter Anwesenheit des Babysitters den Umgang mit Fernseher und Computer. Nach längerem Hin und Her verkünden die Eltern folgende Regel:

N₁: Die Kinder sollen am Abend keinen Zugang zu Fernseher oder Computer haben, wenn es der Babysitter nach seiner Einschätzung ihres Betragens verbietet.

Am Abend spielt der Babysitter ausgelassen mit den Kindern. Danach wirken sie müde und werden immer ungezogener. Der Babysitter verkündet daher folgende Norm:

N₂: Keines der Kinder darf den Fernseher oder Computer einschalten.

Wenn die Kinder trotzdem Fernseher oder Computer einschalten, verstößen sie sowohl gegen die von den Eltern erlassene Norm N₁ als auch gegen die Norm N₂, die der Babysitter gesetzt hat. Dabei ist der Verstoß gegen die Anordnung der Eltern durch jene des Babysitters bedingt. Da die Bedingung aber erfüllt ist, liegt nicht nur ein Verstoß gegen N₂, sondern auch gegen N₁ vor.

Geltungstheoretisch gesprochen, löst die Anordnung des Babysitters den Verpflichtungsanspruch der Anordnung der Eltern gegenüber den Kindern aus. Darin liegt im Kern die Struktur von Kompetenzen. Die Eltern erteilen dem Babysitter die Kompetenz zum Erlass eines Medienverbots. Soweit sich der Babysitter an ihre Vorgaben hält – er macht das Verbot, der Vorgabe entsprechend, vom Betragen der Kinder und nicht etwa von seinen eigenen Interessen abhängig –, wahrt er die ihm erteilte Kompetenz und löst daher auch den Verpflichtungsanspruch des Verbots der Eltern aus.

Ganz ähnlich lassen sich Kompetenzen in einer Rechtsordnung verstehen. Soweit der Gesetzgeber die Vorgaben der Verfassung für den Erlass und den Inhalt von Gesetzen einhält, löst das Gesetz auch den Verpflichtungsanspruch der Verfassung aus. Ähnlich wie die Anordnung der Eltern, jener des Babysitters zu folgen, ordnet die Verfassung an, den Gesetzen zu folgen, die nach ihren Maßgaben erlassen wurden. Der Verpflichtungsanspruch der Verfassung erstreckt sich – wie der der Eltern – auf die Normen, deren Befolgung sie anordnet.

b) Asymmetrische gegenseitige Bedingtheit

Man kann sich aber auch für den Babysitter vorstellen, dass nicht nur eine Bedingtheit der Anordnung der Eltern durch die seine vorliegt, sondern dass auch seine Anordnung durch die der Eltern bedingt ist. Nehmen wir einmal an, er habe bei dem Hin und Her, bei dem es um die Unterschiede von Fernseher und Computer ging, den Überblick verloren. Er kann sich nicht mehr genau erinnern, ob die Anordnung der Eltern sich nur auf den Computer oder auch auf den Fernseher bezog. Er ist sich aber recht sicher, dass die Kinder sich sehr wohl erinnern – etwa weil er weiß, dass die Eltern

III. Geltung

entsprechende Anordnungen auch schon bei anderen Babysittern erlassen haben. Der Babysitter erlässt daher folgende Anordnung:

N_3 : Soweit die Eltern angeordnet haben, dass Fernseher und Computer verboten werden können, verbiete ich Fernseher und Computer.

In diesem Fall wäre nicht nur der Verpflichtungsanspruch von N_1 durch N_3 , sondern auch N_3 durch N_1 bedingt. Auch wenn das Beispiel etwas artifiziell wirkt, spricht vieles dafür, dass der Delegation von normativer Entscheidungsmacht eine entsprechende gegenseitige Bedingtheit zugrunde liegt. Es ist eher unwahrscheinlich, dass der Babysitter eine Anordnung N_4 erlassen würde, deren Verpflichtungsanspruch er nicht von einer Deckung durch die Anordnung der Eltern abhängig macht. Er müsste sie dann auch gegen die Anordnung der Eltern behaupten wollen. Dies wäre auch deshalb unwahrscheinlich, weil sich der Babysitter dann vertragsbrüchig verhalten würde, da die Eltern ihn nicht beauftragen werden, von ihren Kindern ein Verhalten zu verlangen, das ihren ausdrücklichen Anordnungen widerspricht. Die Anordnungen der Eltern und des Babysitters stehen daher in einem gegenseitigen Bedingungsverhältnis. Doch die gegenseitige Bedingtheit ist asymmetrisch. Der Skopus der möglichen Anordnungen wird allein durch die Anordnung der Eltern bestimmt.

Anhand dieses einfachen Beispiels lässt sich die Grundstruktur relationaler Geltungsphänomene rekonstruieren. Sie entstehen, wenn zwei Normen in der Weise asymmetrisch gegenseitig konditioniert sind wie die Anordnung der Eltern und des Babysitters. Während die erste Norm für eine Rechtsfolge auf die zweite verweist, verweist die zweite auf Bedingungen der ersten. Für den generischen Fall ergibt sich daraus folgende Grundstruktur:

$N_1: X \wedge Tb\ N_2 \rightarrow NF\ N_2$

$N_{2n}: A \wedge X \rightarrow B$

Wobei:

X : Tatbestandsmerkmale N_1 ohne $Tb\ N_2$

$Tb\ N_2$: Tatbestand N_2 ohne X

$NF\ N_2$: Normfolge N_2

A : konkrete Tatbestandsmerkmale N_{2n} ohne X

B : konkrete Normfolge N_{2n}

N_1 ordnet unter den Bedingungen X , die typischerweise die Genese von N_2 betreffen, und der Wahrung des Tatbestands von N_2 die Rechtsfolge der X

entsprechenden Norm N_2 an. Im vorstehenden Beispiel steht X etwa für die Anordnung von N_2 durch den Babysitter. Vor Erlass von N_2 erhebt N_1 noch keinen Verpflichtungsanspruch. Bevor der Babysitter das Medienverbot ausgesprochen hat, gilt auch die Anordnung der Eltern gegenüber den Kindern noch nicht. Eine konkrete Norm N_{2n} wiederum ordnet unter den von ihr vorgesehenen Bedingungen A und X eine konkrete Normfolge B an. Indem die konkrete Normfolge auch durch die Wahrung der Bedingungen X konditioniert wird, ordnet sie sich N_1 unter. Im Beispiel spricht der Babysitter das Medienverbot nur insoweit aus, wie es der Anordnung der Eltern entspricht. Über die Bedingungen X, die in N_1 festgelegt und in N_2 aufgegriffen werden, ergibt sich die Asymmetrie der wechselseitigen Konditionierung. Über sie wird eine Hierarchie zwischen N_1 und N_2 erzeugt; mit ihr wird eine relationale Geltungsbeziehung konstruiert.

Auch wenn die Struktur der Bedingungen im Rechtssystem ungleich komplexer ist, kann man sich das Verhältnis von Verfassung und einfacherem Recht in ähnlicher asymmetrischer gegenseitiger Bedingtheit der Verpflichtungsansprüche vorstellen. Die Verfassung erhebt einen Verpflichtungsanspruch nur für die Normen, die nach ihren Vorgaben erlassen oder anerkannt wurden. Umgekehrt bedingen die Normen, die durch die in der Verfassung vorgesehenen Organe erlassen wurden, ihren Verpflichtungsanspruch dadurch, dass sie den Anforderungen der Verfassung genügen. Das heißt, allein die Verfassung bestimmt gegenüber dem einfachen Gesetz den Skopus der möglichen Inhalte.

Dass dies eine recht plausible Rekonstruktion des Verhältnisses von Verfassung und einfacherem Recht ist, zeigt sich, wenn man den Fall einer mangelnden gegenseitigen Bedingtheit explizit macht. Ein Gesetzgeber, der auf die verfassungsrechtliche Konditionierung der von ihm erlassenen Gesetze verzichtete, verhielte sich wie der vertragsbrüchige Babysitter. Es käme einem Staatsstreich gleich, wenn diejenigen, die dem Bundestag angehören, zusammentraten und eine Norm beschlossen, für die sie unabhängig davon einen Verpflichtungsanspruch erhöben, ob die formellen und materiellen Vorgaben des Grundgesetzes eingehalten werden.

Dies spricht dafür, dass Verfassungen implizit die weitere Bedingung enthalten, dass nur solche Normen ihren Verpflichtungsanspruch auslösen, die nicht nur ihre Vorgaben wahren, sondern selbst die Vorgaben der Verfassung in ihren Tatbestand aufgenommen haben. Bei einer Norm, die ihren Verpflichtungsanspruch unabhängig davon erhebt, ob sie den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht, würde es sich nicht um ein Gesetz unter dem Grundgesetz handeln – auch dann nicht, wenn die Norm

III. Geltung

und ihr Erlass zufällig mit den Vorgaben der Verfassung übereinstimmten. Implizit ist der Verpflichtungsanspruch der Normen, die auf der Grundlage der Verfassung erlassen werden, grundsätzlich als durch die Wahrung ihrer Vorgaben bedingt vorzustellen. Werden diese Bedingungen nicht eingehalten, entfällt ihr Verpflichtungsanspruch und damit ihre Geltung. Dass dies jedenfalls das Grundgesetz so sieht, zeigt sich etwa in Art. 123 Abs. 1 GG, der bestimmt: „Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages gilt fort, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht.“ Vorkonstitutionelles Recht konnte naturgemäß keine Konditionierung im Sinn seiner Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz enthalten. Art. 123 Abs. 1 GG fügt daher diese Bedingung *ex post* in jede vorkonstitutionelle Norm ein. Für das nachkonstitutionelle Recht bleibt diese Konditionierung zwar implizit, aber auch für dieses kann nichts anderes gelten. An Art. 123 Abs. 1 GG zeigt sich, dass der Verpflichtungsanspruch der Verfassung nicht nur dadurch konditioniert ist, dass ihre formellen und materiellen Vorgaben durch das einfache Recht eingehalten werden, sondern auch dadurch, dass der Verpflichtungsanspruch des einfachen Rechts durch die Vorgaben der Verfassung konditioniert wird.

Idealtypisiert und vereinfacht ließe sich der Zusammenhang von Verfassung (V) und Gesetz (G) etwa mit folgenden Normen beschreiben:

V: Unter formellen Bedingungen X und materiellen Bedingungen Y soll G befolgt werden, wenn G die Bedingung enthält, dass die formellen Bedingungen X und die materiellen Bedingungen Y gewahrt sind.

G_n: Unter den Bedingungen A und der Bedingung der Wahrung der formellen Bedingungen X und der materiellen Bedingungen Y ist B gesollt.

Formalisiert ließe sich der wechselseitige Bedingungszusammenhang etwa wie folgt darstellen:

V: X \wedge Y \wedge Tb G \wedge Z \rightarrow RF G

G_n: A \wedge X \wedge Y \rightarrow B

Wobei:

V: Verfassung

G: Gesetz

X: formelle Bedingungen Gesetzerlass

Y: materielle Bedingungen Gesetzerlass

Tb G: Tatbestand des Gesetzes jenseits X und Y

Z: Tatbestand G (TbG) enthält Bedingungen X und Y

RF G: Rechtsfolge des Gesetzes

A: Tatbestandsmerkmale G_n jenseits X und Y

B: Rechtsfolge von G_n

Irritieren könnte an dieser Rekonstruktion, dass die Artikel der Verfassung überhaupt erst mit Erlass eines Gesetzes einen Verpflichtungsanspruch zu entfalten scheinen, da dieser durch den Erlass konkreter Gesetze konditioniert ist. Es scheint, als würden alle Vorschriften zur Gesetzgebung überhaupt erst mit Erlass eines Gesetzes Geltung entfalten können. Dieser Eindruck kann aber nur dann entstehen, wenn außer Acht gelassen wird, dass ein Normtext verschiedene Normen zum Ausdruck bringen kann. Ähnlich wie ein Paragraph des Strafgesetzbuches sowohl eine Sanktions- als auch eine Verhaltensnorm zum Ausdruck bringen kann, können die Artikel zur Gesetzgebung in der Verfassung einerseits Verhaltensregeln für die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe statuieren und andererseits eine Bedingung für die verfassungsrechtliche Pflicht zur Befolgung der unter ihr erlassenen Gesetze enthalten. So kann Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG einerseits den Bundespräsidenten zur Ausfertigung von Gesetzen verpflichten und andererseits eine Bedingung für die verfassungsrechtliche Pflicht zur Befolgung der nach ihren formellen und materiellen Maßgaben zustande gekommenen Gesetze formulieren.

Die relationalen Geltungszusammenhänge erklären sich mithin durch asymmetrisch aufeinander bezogene Konditionierungen der Verpflichtungsansprüche der Verfassung und des einfachen Rechts. Diese sind natürlich zum einen im Einzelnen viel komplexer ausgestaltet als die vorstehende vereinfachende Schematisierung. Zudem sind nicht nur die einzelnen Bedingungen komplexer, sondern auch die Interdependenzen werden etwa durch Regelungen über prozessuale Anfechtungs-, Aufhebungs- und Heilungsvorschriften noch einmal wesentlich gesteigert. Dies macht gerade die Komplexität moderner Rechtsordnungen aus und erlaubt ihnen, anhand relationaler Geltungssphänomene eine Fülle von Instrumenten zu entwickeln, die die Leistungsfähigkeit moderner Rechtsordnungen ausmachen.⁸² Doch grundsätzlich liegt den relationalen Geltungszusammenhängen eine entsprechende asymmetrische gegenseitige Bedingtheit der Verpflichtungsansprüche zugrunde. Zum anderen sind die Konditionierungen, anders

82 Diesen Geltungsmechanismen und ihrer Leistungsfähigkeit gilt die Auseinandersetzung mit dem Geltungssphänomen bei *Maris Köpcke Tinturé, Legal Validity, The Fabric of Justice* (Oxford / New York 2019).

III. Geltung

als in Art. 123 Abs. 1 GG, weitgehend implizit – ebenso wie die räumliche und zum Teil auch zeitliche Dimension des Verpflichtungsanspruchs gerade auch der Normen des einfachen Rechts häufig implizit bleiben. Die impliziten Konditionierungen offenbaren sich jedoch in unserem Umgang mit Fällen, in denen sie missachtet wurden. Ein Gesetz, das die Mitglieder des Bundestags mit der Maßgabe verabschieden, dass es unabhängig von den formellen und materiellen Vorgaben des Grundgesetzes befolgt werden soll, erhebt zwar auch einen Verpflichtungsanspruch, löst aber keinen grundgesetzlichen Verpflichtungsanspruch aus. Auch für unsere impliziten Regelungsintentionen gilt die biblische Paraphrase, dass man sie nicht an den Worten, sondern an den Taten erkennt. Niklas Luhmann beschrieb Geltung als Symbol: „Im Anschluß an Talcott Parsons kann man Geltung daher auch als ein zirkulierendes Symbol bezeichnen, das mit jeder Verwendung zu weiteren Operationen weitergereicht wird – so wie Zahlungsfähigkeit in der Wirtschaft oder kollektive Bindung in der Politik.“⁸³ Anhand des vorstehenden Vorschlags lässt sich beschreiben, wie das Geltungssymbol technisch weitergereicht wird: durch eine asymmetrisch verschrankte Konditionierung der Verpflichtungsansprüche.

4. Das Pferd von hinten aufzäumen

Der beim Verpflichtungsanspruch ansetzende Geltungsbegriff kann nicht nur Fehler der bisherigen Ansätze vermeiden, sondern auch erklären, warum diese überhaupt begangen wurden. Die herkömmlichen Geltungstheorien erachten das abgeleitete Phänomen der relationalen Geltung als das grundlegende und landen so in einem Regress, der sich nicht mehr stoppen lässt. Geltungsfragen lassen sich aber nicht nur in gestuften Normensystemen stellen, sondern zielen auf den Verpflichtungsanspruch, der sich mit jeder Norm verbindet und ihre Normativität ausmacht. Geltungstheoretisch grundlegend ist der Verpflichtungsanspruch jeder einzelnen Norm. Die theoretisch anspruchsvollere Aufgabe besteht weniger darin, dieses grundlegende Phänomen zu erklären, als darin, die relationalen Geltungssphänomene zu rekonstruieren, die sich durch komplexe asymmetrische Konditionierungen der Verpflichtungsansprüche in gestuften Normordnungen ergeben. Dass aus einem so einfachen Phänomen wie dem Verpflichtungsanspruch und seiner Konditionierbarkeit durch Wechselbezüglichkeiten,

83 Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (Frankfurt am Main 1995), 107.

Interdependenzen und Iterationen äußerst komplexe normative Phänomene emergieren können, die sich im Detail u. U. nur mühsam rekonstruieren lassen, ist keine Besonderheit von Rechtsordnungen. Das vielleicht beeindruckendste Beispiel für eine Komplexitätsinduzierte Emergenz bei Artefakten bilden unsere Computerprogramme, bei denen durch komplexe Iterationen von Nullen und Einsen nicht nur Rechnungen, Texte, Bilder, Filme und realitätsnahe virtuelle Welten erzeugt werden können, sondern nun auch selbstlernende, d. h. sich selbst programmierende Systeme künstlicher Intelligenz. Wenngleich die Komplexität normativer Emergenz gegenüber diesen Phänomenen verblasst, kann auch die Rekonstruktion der Verschleifung häufig implizit bleibender Geltungsbedingungen im Einzelnen anspruchsvoll werden.

Dass die relationalen Geltungsphänomene in der herkömmlichen rechtsphilosophischen Diskussion so im Vordergrund standen, erklärt sich wohl durch eine Verzerrung der theoretischen Perspektive, die gerade auf die Stufung der Rechtsordnung ausgerichtet war. Hart hatte sogar seinen Rechtsbegriff an die Stufung der Normordnung gekoppelt. Recht zeichnet sich für ihn gegenüber anderen sozialen Normen dadurch aus, dass es über sekundäre Regeln zur Erzeugung, Änderung und seiner Anwendung verfügt.⁸⁴ Ihre Stufung kennzeichnet für Hart eine Normordnung als Rechtsordnung. Es wundert daher nicht, dass er Rechtsgeltung mit den Geltungsphänomenen identifizierte, die sich aus dieser Stufung ergeben.

Noch interessanter ist die Entwicklung bei Kelsen. Als der junge Peter Strawson seinen 1946 erschienen und später berühmt geworden Beitrag „Truth“⁸⁵ enthusiastisch einem Kollegen mit den Worten ankündigte, dass er eine neue Wahrheitstheorie entwickelt habe, antwortete dieser nur: „Come on now, which of the old ones is it?“⁸⁶ Die alte Geltungstheorie, die ich hier als neu präsentiere, ist jedenfalls sehr nahe an dem Geltungsverständnis des Kelsens der „Hauptprobleme“. Bereits ein kurzes Zitat aus den „Hauptproblemen“ macht die Parallele deutlich: „Warum sollen die Rechtsätze befolgt, resp. angewendet werden? [...] Die Geltung der Rechtsnorm – und darin ist gerade ihr normativer Charakter gelegen – besteht darin, daß sie befolgt, resp. angewendet werden soll. Und insofern kann die eingangs

84 Hart, The Concept of Law (Fn. 5), 94.

85 P.F. Strawson, Truth, Analysis 9 (1949), 83–97 (94).

86 Geert Keil, Wahrheiten, die niemand kennen kann. Zu Wolfgang Künnes Verteidigung des alethischen Realismus, Zeitschrift für philosophische Forschung 59 (2005), 404–415.

erwähnte Fragestellung auch den Sinn haben: Warum soll der Rechtssatz befolgt und angewendet werden? Allein, diese Fragestellung scheint zunächst widersinnig zu sein. Denn im Begriffe der Rechtsnorm liegt von vornherein, daß sie befolgt, resp. angewendet werden *soll*. 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?⁸⁷ Für den Kelsen der „Hauptprobleme“ ist Geltung lediglich der Ausdruck für den „normativen Charakter“ der Rechtsnormen. Auch für ihn drückt Geltung lediglich den Verpflichtungsanspruch, das „Befolgt- und Angewendetwerden-sollen“ der Rechtsnorm aus. Die Vorstellung einer Grundnorm taucht erst auf, als Kelsen beginnt, die Stufenbaulehre seines Schülers Adolf Julius Merkl zu rezipieren.⁸⁸ Erst dann beginnt er, auch die Geltungsfrage als

87 Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Fn. 9), 481 (352); dazu Paulson, The Great Puzzle: Kelsen’s Basic Norm (Fn. 2), 45–48.

88 Zum genetischen und systematischen Zusammenhang von Stufenbau und Grundnormlehre bei Kelsen Jestaedt, Geltung des Systems und Geltung im System (Fn. 7), 1012 f. – Merkl erinnerte sich, dass er die Stufenbaulehre das erste Mal 1915 im Kreis der Schüler Kelsens vorgestellt hatte: Adolf Julius Merkl, Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz. Zum Streit um Kelsens Rechtslehre (1924), in: Merkl, Gesammelte Schriften (Fn. 46), 339–364 (343 Anmerkung 8); dazu Martin Borowski, Die Lehre vom Stufenaufbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Stanley L. Paulson / Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts (Tübingen 2005), 122–159 (124 f.). Nach Matthias Jestaedt, Editorischer Bericht zu „Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung (1914)“, in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke, Band 3 (Tübingen 2010), 725 f., steht bereits dieser Beitrag unter dem Einfluss der Stufenbaulehre Merkls. Kelsen verwendete bereits Formulierungen, die später auch zur Kennzeichnung der Grundnorm verwendet wurden: „Alle juristische Konstruktion muß von bestimmten Normen als gültigen Rechtssätzen ausgehen. Ob es sich dabei um die Beurteilung konkreter Tatbestände oder bestimmter Normen selbst und deren gegenseitiges Verhältnis handelt, immer muß von irgendeiner letztlich selbst als gültig vorausgesetzten und obersten Norm (oder einem Normensystem) der Ausgang genommen werden. Die Frage der Gültigkeit dieser letzten als Voraussetzung aller juristischen Erkenntnis angenommenen Norm liegt dann außerhalb dieser juristischen Erkenntnis. Diese letzten Endes als oberste vorausgesetzte Norm ist dann gleichsam der archimedische Punkt, von dem aus die Welt der juristischen Erkenntnis in Bewegung gesetzt wird. Die Auswahl dieses Standpunktes ist im Grund keine juristische, sondern eine politische Frage und muß daher vom Standpunkt juristischer Erkenntnis immer den Anschein von Willkürlichkeit haben“ (ebd., 371 [217]). In der Sache macht Kelsen aber deutlich, dass sich das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetz nur durch eine Analyse der positivierten gegenseitigen Geltungsbedingungen klären lässt. Ohne entsprechende Geltungsinterdependenzen steht für ihn das Reichsrecht unvermittelt neben dem Landesrecht (ebd. 373 f. [220 f.]).

relationales Phänomen im Rahmen einer gestuften Rechtsordnung zu denken. Erst diese Umstellung seines Geltungsbegriffs – von dem intrinsisch normativistischen auf den relationalen – führt ihn in das Regressproblem und damit letztlich auch in die transzendenten-logischen Grundnormspekulationen.

Bei den theoretischen Ausgangspositionen Harts und des späteren Kelsen, die auf die Stufung der Rechtsordnung fokussieren, war es nur zu naheliegend, das relationale Geltungsphänomen als grundlegend zu erachten. Es ist ein typischer Fall von Maslows Hammer.⁸⁹ Wenn alle Geltungsphänomene, die in den Blick genommen werden, relationaler Natur sind, dann muss auch Geltung ein relationales Phänomen sein. Auch rechtspraktisch stehen die relationalen Geltungsphänomene im Vordergrund. Während die Frage, ob eine Verordnung oder ein Gesetz mit höherrangigem Recht vereinbar ist, zum Alltagsgeschäft der Dogmatik und auch der Rechtspraxis gehört, stellt sich die Frage nach der Geltung einer Verfassung forensisch nur in seltenen Ausnahmekonstellationen, wie der Anwendbarkeit der Grundrechte bei Auslandseinsätzen. Aber die damit verbundene Verzerrung der theoretischen Perspektive, in der die relationalen Geltungsphänomene die grundlegenden werden, führt dazu, dass weite Teile der bisherigen Diskussion das Pferd von hinten aufgezäumt haben.

89 Dazu Jestaedt, Geltung des Systems und Geltung im System (Fn. 7), 1009.