

Warum der Begriff der Rechtsgeltung nicht zur Bewältigung staatlichen Unrechts taugt

Marietta Auer*

I. Problemaufriss: Charakteristik des Unrechtsstaats	47	1. Juristischer Geltungsbegriff	51
II. Drei Dimensionen der Rechtsgel- tung	49	2. Sozialer Geltungsbegriff	53
III. Asymmetrie der Geltungsdebatte	50	3. Moralischer Geltungsbegriff	59
IV. Unselbständigkeit und Kritikanfäl- ligkeit der Geltungsbegriffe	51	V. Rechtsgeltung: Was bleibt?	64

In der rechtsphilosophischen Debatte wird das Problem des gesetzlichen Unrechts meist mit dem Begriff der Rechtsgeltung in Verbindung gebracht. Dabei wird üblicherweise zwischen drei Dimensionen der Rechtsgeltung unterschieden. Rechtliche oder juristische Geltung bezeichnet das ordnungsgemäße Zustandekommen einer Rechtsnorm nach den innerrechtlich gültigen Maßstäben wirksamer Normsetzung. Unter faktischer oder soziologischer Geltung ist die praktische Wirksamkeit einer Rechtsnorm oder Rechtsordnung zu verstehen. Von moralischer oder ethischer Geltung ist schließlich die Rede, wenn eine Rechtsnorm oder Rechtsordnung nicht nur wirksam in Kraft gesetzt oder faktisch wirksam, sondern moralisch oder ethisch gerechtfertigt ist. Der nachfolgende Beitrag kritisiert diese Problemexposition. Ausgehend von der Einsicht, dass die drei Geltungsdimensionen nicht unabhängig voneinander gedacht werden können und begriffliche Probleme aufwerfen, die den Geltungsbegriff insgesamt übersteigen, wird gezeigt, dass allein der rechtliche Geltungsbegriff rechtsphilosophisch haltbar ist.

Der Tag meiner heutigen Antrittsvorlesung fällt auf ein erinnerungswürdiges Datum: Am 26. Juni 1925, also heute auf den Tag genau vor 90 Jahren, hat Hermann Kantorowicz an der Freiburger Juristischen Fakultät seine Antrittsvorlesung über das Thema „Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre“ gehalten.¹ Hermann Kantorowicz ist manchen von Ihnen sicherlich unter dem Pseudonym *Gnaeus Flavius* als Autor des berühmten freirechtlichen Manifests „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“ bekannt.² Kantorowicz war aber nicht nur Freirechtler, sondern – was weit weniger bekannt ist – Rechtshistoriker, außerdem Strafrechtler und ein bedeu-

* Prof. Dr. Marietta Auer, M.A., LL.M., S.J.D. (Harvard) lehrt bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie an der Justus-Liebig-Universität in Gießen. Es handelt sich um die erweiterte und mit Nachweisen versehene Fassung der Gießener Antrittsvorlesung vom 26. Juni 2015. Die Vortragsfassung wurde beibehalten.

¹ H. Kantorowicz, Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, 1925.

² H. Kantorowicz (*Gnaeus Flavius*), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906.

tender Rechtstheoretiker.³ Warum ist das heute nur wenig bekannt? Nun, ganz einfach: *Kantorowicz* war jüdischer Herkunft und musste Deutschland 1933 verlassen. Das Beste seiner Begabung, seiner Karriere, seiner wissenschaftlichen Reputation hat der nationalsozialistische Unrechtsstaat zerstört – und damit bin ich beim Thema.

Denn *Kantorowicz*, wie gesagt keineswegs nur Freirechtler, sondern auch Rechtstheoretiker, hat es in seiner Forschung zeitlebens abgelehnt, dem Begriff der „Geltung“ des Rechts größere theoretische Bedeutung etwa als notwendiger Bestandteil einer Definition des Rechtsbegriffs zuzumessen. Der Geltungsbegriff erschien ihm wissenschaftlich unfruchtbar und rechtshistorisch unbrauchbar, da zu sehr staatsfixiert.⁴ Ganz anders dagegen die Hauptströmung der deutschen Rechtsphilosophie des 20. Jahrhunderts, allen voran *Kantorowicz'* Kollege und persönlicher Freund *Gustav Radbruch*, der sich, ebenfalls 1933 aus dem Amt vertrieben, bekanntlich eingehend mit der Geltung des Rechts im Unrechtsstaat auseinandergesetzt hat und die Diskussion in der Rechtsphilosophie bis heute vor allem durch die sogenannte *Radbruchsche Formel* prägt, auf die ich noch zurückkommen werde.⁵ Bis heute taucht jedenfalls der Begriff der Rechtsgeltung zuverlässig als rechtsphilosophischer Schlüsselbegriff auf, wenn es um Fragen der Definition des Rechts an der Schnittstelle zu außerrechtlichen Normenordnungen und insbesondere im Verhältnis zur überpositiven Gerechtigkeit geht. Meistens werden dabei drei Dimensionen der Rechtsgeltung unterschieden, nämlich die sogenannte *rechtliche*, *faktische* und *moralische* Geltung des Rechts.⁶ Daran knüpfen weitere typische Hauptprobleme der Rechtsphilosophie an, nämlich einerseits die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Macht sowie andererseits die Frage nach der moralischen Geltung extrem ungerechten staatlichen Rechts.

3 Zu Biographie und Werk grundlegend *K. Muscheler*, Hermann Ulrich Kantorowicz. Eine Biographie, 1984; *ders.*, Relativismus und Freirecht, 1984; jüngst auch *M. Auer*, Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, ZEuP 2015, 773-805.

4 Vgl. nur *H. Kantorowicz*, The Definition of Law, 1958, 16; Hervorhebungen im Original: „The most widespread, but often unconscious, misuse of the term ‚law‘ is to restrict it to (*absolutely*) binding rules. This quality is often called validity (*Geltung*), i.e. obligatory character, but obligatory character of some kind or degree is of course inherent in *any* rule, not only in those of law.“

5 Grundlegend *G. Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105-108, 107.

6 So bereits *G. Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, 159 ff.; aus neuerer Zeit *H. Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, 543 ff.; *U. Neumann*, Theorien der Rechtsgeltung, in *W. Hassemer/V. Gessner (Hrsg.)*, Gegenkultur und Recht, 1985, 21-41; *H. Hofmann*, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 5. Aufl. 2011, 46 ff.; *R. Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 4. Aufl. 2005, 139 ff.; *S. Kirste*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2010, 100 ff.; *S. Meyer*, Juristische Geltung als Verbindlichkeit, 2011, 19 ff.; *F. Wittreck*, Geltung und Anerkennung von Recht, 2014, 17 ff.; *B. Rüthers/C. Fischer/A. Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 9. Aufl. 2016, 207 ff. (Rn. 334 ff.); ähnlich, wenngleich mit teils abweichender Terminologie auch *R. Lippold*, Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen, Rechtstheorie 19 (1988), 463-489; *M. Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 3. Aufl. 2015, 273 ff. (§ 23 Rn. 5 ff.).

Was ich Ihnen heute vortragen möchte, ist allerdings kein weiterer Beitrag zu dem ziemlich erschöpften Genre der „Geltung gesetzlichen Unrechts“, sondern vielmehr – ganz im Sinne *Hermann Kantorowicz* – eine Kritik dieser Art rechtsphilosophischer Begriffsbildung. Ich werde im Folgenden versuchen zu begründen, warum der Begriff der Rechtsgeltung entgegen dem bis heute weitgehend unangefochtenen Konsens in der Rechtsphilosophie nicht zur Bewältigung staatlichen Unrechts taugt. Mir scheint es ein Missverständnis zu sein, Fragen wie die nach der Struktur gesetzlichen Unrechts als Fragen der Rechtsgeltung zu konzeptionalisieren, da eine solche Begriffsverwendung letztlich in die Irre führt und die Leistungsfähigkeit des Geltungsbegriffs überspannt.

I. Problemaufriss: Charakteristik des Unrechtsstaats

Dazu möchte ich zunächst mit einem kleinen Beispiel beginnen, an dem sich gut demonstrieren lässt, dass der Geltungsbegriff letztlich nichts wirklich Weiterführendes über das Problem staatlichen Unrechts aussagt oder jedenfalls das Wesentliche verschweigt. Ich zitiere dazu eine Passage aus *Golo Manns* „Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts“. Dort wird der Charakter der nationalsozialistischen Rechtsordnung im Zusammenhang der Diskussion des Reichstagsbrands von 1933 wie folgt beschrieben:

„Die nackte Alleinherrschaft von Gangstern hätten die Deutschen sich 1933 nicht gefallen lassen, hätte der feine Organismus ihrer zusammengedrängten Existenz nicht ausgehalten. Hier mußte das Anomale, Ungesetzliche sich hinter dem Normalen, Gesetzlichen verbergen, sonst hätte die Bürokratie nicht mitgemacht, ohne die Deutschland nicht leben konnte. Der Prozeß um den Reichstagsbrand war ein merkwürdiges Beispiel dafür. Er war kein betrügerischer Schautprozeß nach russischer Art. Die Richter, welche ihn führten, waren Männer vom alten Schlage, biedere Juristen aus der Kaiserzeit. Die Verbrecher, in richtiger Einschätzung und Verachtung dieses Typs, bielten es nicht für klug, sie einzuhüeien; die guten Herren würden sie und sich selber schon irgendwie aus der Affäre ziehen. Was die Herren Reichsgerichtsräte denn auch taten. Sie weigerten sich, die angeklagten Kommunisten schuldig zu sprechen, weil sie offenbar nicht schuldig waren. Sie weigerten sich ebenso, den wahren Sachverhalt zu erkennen, den sie natürlich abnten, und bewegten sich behutsam, damit der schöne Schein des Rechtsstaates, dem sie dienten, nicht plötzlich und furchtbar zerstört würde. Das Resultat war ein vorsichtig formuliertes Nichts. Man hatte die Täter, welche man gar nicht gesucht hatte, nicht gefunden; gottlob, so hieß es, seien es anscheinend keine Deutschen gewesen... Dies Versteckspielen zwischen Recht und Unrecht, dies Weiternachen des Normalen, Gesetzlichen unter dem Dach des Verbrechens hat die ganze Epoche charakterisiert.“⁷

Lassen Sie uns einen Moment bei *Golo Manns* Interpretation des Unrechtsstaats verweilen und die Frage stellen, ob den beteiligten Juristen mit der Verneinung der „Rechtsgeltung“ mit Blick auf ein wie auch immer zu definierendes staatliches Unrecht geholfen gewesen wäre. Ich meine: Nein, und zwar ziemlich offensichtlich nicht. Das Problem des Unrechtsstaats, wie *Golo Mann* es beschreibt, ist nämlich

7 *G. Mann, Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts, 12. Aufl. 2009, 840 f.*

gerade nicht das moralisch naive Szenario der von *Gustav Radbruch* 1946 formulierten Radbruchschen Formel, wo innerhalb eines normativ kohärenten Gerechtigkeitskontexts plötzlich ein einzelner Rechtssatz auftaucht, der diesen Vorstellungen und der ebenso naiven Vorstellung einer in sich kohärenten öffentlichen Moral in so „unerträglichem Maße“ widerspricht, dass der betreffende Rechtssatz eindeutig als unrichtiges Recht identifiziert werden könnte und damit konsequent der ebenso eindeutigen Gerechtigkeit weichen müsste.⁸ Wenn es doch so einfach wäre.

Nein: das Problem des Unrechtsstaats, wie ihn *Mann* beschreibt, liegt tiefer – und das ist meines Erachtens das Verdienst der zitierten Stelle, die insoweit klarer sieht als viele rechtsphilosophische Abhandlungen. Es geht um die Frage, warum die Zeitgenossen des Nationalsozialismus ohne weiteres bereit und in der Lage waren, den – offenbar nur aus Sicht der Nachgeborenen – so augenfälligen, geradezu schizophrenen Widerspruch zwischen dem Terrorregime und den fortbestehenden legalistischen Strukturen der Rechtsstaatshülle und Verwaltungstradition der Weimarer Republik und des Kaiserreichs einschließlich ihrer gesamten aufklärerischen Fundamente einfach nicht zu sehen oder schlachtweg zu verleugnen.⁹

Die Antwort, die *Golo Mann* hierauf gibt, hat es in sich: Es war gerade nicht das Offenbaren, sondern vielmehr das *Nichtoffenbaren* des Unrechts, das den Unrechtsstaat möglich machte. Gerade das Verstecken des Unrechts hinter der Fassade und in den Formen des Rechtsstaats ermöglichte den Staatsterror in seiner totalen Form. Und das legt nun auch für die Rechtsgeltung geradezu das Gegenteil dessen nahe, was *Gustav Radbruch* als Konsequenz der Radbruchschen Formel vorschlägt. Nach *Radbruch* soll Recht, das Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt, seinen Rechtscharakter vollständig verlieren, so dass insbesondere „ganze Partien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt“ seien.¹⁰ Das ist meines Erachtens falsch: Das nationalsozialistische Recht ist einschließlich seiner krass gerechtigkeitsfeindlichen Systemteile sehr wohl zur Würde geltenden Rechts gelangt.¹¹ Die maximale Perfidie dieses Unrechtsstaats bestand gerade darin, dass er Unrecht in der Form *geltenden Rechts* und *gültiger*, krypto-rechtsstaatlicher Rechtsanwendung produzieren konnte und produziert hat.

⁸ *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht (Fn. 5), 107. Zum historischen Hintergrund der Radbruchschen Formel *L. Foljanty*, Recht oder Gesetz, 2013, 52 ff.

⁹ Grundlegend zum nationalsozialistischen „Doppelstaat“ *E. Fraenkel*, Der Doppelstaat, 3. Aufl. 2012. Zur Analyse des nationalsozialistischen Rechts *M. Stolleis*, Recht im Unrecht, 3. Aufl. 2016, 7 ff. sowie jüngst *J. Rückert*, Unrecht durch Recht – Zum Profil der Rechtsgeschichte der NS-Zeit, JZ 2015, 793-804, 798 ff.

¹⁰ *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht (Fn. 5), 107.

¹¹ So auch *Rückert*, JZ 2015, 800: „auf geradezu gespenstische Weise effektiv und positiv.“

II. Drei Dimensionen der Rechtsgeltung

Was bedeutet vor diesem Hintergrund Rechtsgeltung, wo ist der Begriff weiterführend und wo hilft er gerade nicht weiter, sondern schafft Scheindebatten, während die eigentlichen Probleme deformierter und pervertierter Rechtsstaatlichkeit woanders liegen? Mit dieser Frage möchte ich mich nun dem Begriff der Rechtsgeltung und den üblicherweise unterschiedenen drei Dimensionen rechtlicher, faktischer und moralischer Geltung des Rechts zuwenden.¹² Diese drei Dimensionen des Geltungsbegriffs wirken jedenfalls auf den ersten Blick geradezu selbsterklärend. So geht es bei der *rechtlichen* oder auch *juristischen* oder *rechtspositivistischen* Geltung einer Norm um ihr ordnungsgemäßes Zustandekommen nach den innerhalb einer Rechtsordnung jeweils gültigen Maßstäben wirksamer Rechtsentstehung, unabhängig von außerrechtlichen Kriterien faktischer Wirksamkeit oder moralischer Rechtfertigung. Spricht man dagegen von der *faktischen* oder *sozialen* oder *soziologischen* Geltung des Rechts, meint man die faktische Wirksamkeit, die nur dann gegeben ist, wenn die Rechtsnorm oder Rechtsordnung tatsächlich befolgt oder ihre Nichtbefolgung wirksam sanktioniert wird. Von der *moralischen*, *ethischen*, *ideellen* oder *philosophischen* Geltung ist schließlich dann die Rede, wenn die Norm oder Rechtsordnung nicht nur rechtlich wirksam in Kraft gesetzt, sondern darüber hinaus auch moralisch oder ethisch gerechtfertigt ist, wenn es sich dabei also mit einer etwas altmodischen Bezeichnung nicht nur um Recht, sondern um „richtiges“, das heißt: ethisch gerechtfertigtes Recht handelt.¹³

Seit wann der Begriff der Rechtsgeltung in dieser dreigliedrigen Form expliziert wird, lässt sich relativ genau belegen. Der Geltungsbegriff hatte seine wissenschaftliche Hochkonjunktur im Neukantianismus des späten 19. Jahrhunderts. *Hermann Lotzes* erstmal 1874 erschienene „Logik“ gehörte zu den frühesten philosophischen Abhandlungen, die den Geltungsbegriff als eigenständigen Existenzmodus des Ideellen neben der Welt des physischen Seins entfalteten.¹⁴ Dem folgten in den darauffolgenden Jahrzehnten zahlreiche weitere Äußerungen zum Geltungsproblem im Rahmen der neukantianischen Zweiweltenlehre, namentlich die Monographie *Arthur Lieberts* „Zum Problem der Geltung“ aus dem Jahr 1914 sowie die Werke *Emil Lasks* und *Heinrich Rickerts*.¹⁵ Auf dieser Grundlage findet sich erstmals in *Radbruchs* „Grundzügen der Rechtsphilosophie“ von 1914 ein umfangreiches Kapitel zur Rechtsgeltung und darin eine grundsätzliche Dreiteilung zwischen einer juristischen, soziologischen und philosophischen Geltungstheorie, die bereits

12 Vgl. die Nachweise vorstehend Fn. 6.

13 Zurückgehend auf *R. Stommel*, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902; zur Kritik bereits *H. Kantorowicz*, Zur Lehre vom richtigen Recht, 1909 sowie jüngst *R. Seinecke*, Das Recht des Rechtspluralismus, 2015, 84 ff.

14 *H. Lotze*, Logik, 1. Aufl. 1874, 499 ff.

15 *A. Liebert*, Das Problem der Geltung, 1914, 6 ff.; *E. Lask*, Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre, 1911, 5 ff., 82 ff.; *H. Rickert*, Allgemeine Grundlegung der Philosophie, 1921, 121 ff.

die meisten Probleme benennt, die seitdem die Debatte bestimmen.¹⁶ Von Radbruch übernahm Carl August Emge die Dreiteilung in einem 1920 erschienenen Aufsatz zum „Charakter der Geltungsprobleme in der Rechtswissenschaft“.¹⁷ Daraüber hinaus hat sich seit 1945 nahezu nichts mehr an der Radbruchschen Problemdarstellung verändert. Repräsentativ für den heutigen Stand der Debatte ist Robert Alexys erstmals 1992 erschienene Monographie „Begriff und Geltung des Rechts“, in der die drei Radbruchschen Geltungsdimensionen in verdichteter Form als juristische, soziologische und ethische *Geltungsbegriffe* wiederkehren und theoretisch gegeneinander in Stellung gebracht werden.¹⁸

Mein Eindruck ist nun – und damit komme ich zur Kritik dieser Art der Problemdarstellung –, dass dieser bemerkenswerten begrifflichen und theoretischen Konstanz in der Debatte um die Rechtsgeltung entgegen dem ersten Anschein keine wirklich wissenschaftlich fruchtbare Debatte entspricht, was die Frage nach begrifflichen Konsequenzen aufwirft.

III. Asymmetrie der Geltungsdebatte

Schon Alexys Zuspitzung der drei Geltungsdimensionen zu „Geltungsbegriffen“ – ganz so, als handele es sich dabei um gleichrangige, sich gegenseitig ausschließende, wissenschaftlich miteinander konkurrierende Theorien der Rechtsgeltung, von denen nur eine richtig sein kann – sollte zu denken geben, ob die Ausgangsfrage nach der *Geltung* unwirksamen oder ungerechten Rechts nicht von vornherein falsch gestellt ist. Alexy selbst erkennt das Problem, indem er zugesteht, dass die drei Geltungsbegriffe entgegen dem begrifflichen Anschein nicht symmetrisch und letztlich auch nicht theoretisch voneinander unabhängig sind. So meint er, dass nur der soziologische und der ethische Geltungsbegriff „reine“ Geltungsbegriffe seien, die nicht notwendig Elemente der jeweils anderen Geltungsbegriffe enthielten.¹⁹ Im Umkehrschluss heißt das, dass sich rechtliche Geltung nicht unabhängig von zumindest einem Mindestmaß an sozialer Geltung denken lässt. Normen, die nicht die geringste soziale Wirksamkeit entfalten, können auch nicht rechtlich gelten.

Gilt dasselbe auch für die moralische Geltung? Lässt sich rechtliche Geltung also auch nicht unabhängig von einem Mindestmaß an moralischer Geltung, also von der Erfüllung zumindest elementarer Gerechtigkeitsanforderungen denken? Diese Frage ist nun bekanntlich der Punkt, an dem der Dauerstreit zwischen Rechtspositivismus und Nichtrightivismus ansetzt und an dem Alexy noch eine weitere Asymmetrie in seiner Problembehandlung eingestehen muss. Denn zwar sei auf der

16 Radbruch, Grundzüge (Fn. 6), 159 ff.

17 C.A. Emge, Über den Charakter der Geltungsprobleme in der Rechtswissenschaft, Teil I, ARWP 14 (1920/21), 146-171; Teil II, ARWP 14 (1920/21), 277-285; Teil III, ARWP 15 (1921/22), 54-63.

18 Alexy, Begriff (Fn. 6), 139 ff.; vgl. auch die Nachweise vorstehend Fn. 6.

19 Alexy, Begriff (Fn. 6), 142.

Ebene *einzelner* Normen die Frage zu verneinen, so dass insoweit Symmetrie zwischen moralischer und sozialer Geltung herrscht. Einzelne Rechtssätze bedürfen nach Alexy, der insoweit Nichtrightivist ist, zu ihrer rechtlichen Geltung sowohl eines Mindestmaßes an sozialer als auch an moralischer Geltung.²⁰ Doch sobald man von den Einzelnormen auf die Ebene des *gesamten* Rechtssystems wechselt, soll etwas anderes gelten: Dann sei zwar immer noch die soziale Wirksamkeit, *nicht* mehr aber die moralische Rechtfertigung Bedingung für die rechtliche Geltung eines Rechtssystems im Ganzen.²¹ Es kann also, mit anderen Worten, rechtlich gültige Unrechtssysteme geben, nicht aber faktisch ungültige Rechtssysteme.

Damit besteht also, wenn man Alexy folgt, nicht nur eine Asymmetrie zwischen rechtlicher Geltung einerseits und moralischer sowie sozialer Geltung andererseits, sondern es besteht eine weitere Asymmetrie zwischen moralischer und sozialer Geltung, die Alexy so formuliert, dass „die rechtliche Geltung eines Rechtssystems als Ganzen stärker von der sozialen als von der moralischen Geltung abhängt.“²² Was soll das nun aber heißen: „hängt stärker ab“? Spätestens an dieser Stelle sollte deutlich werden, dass die drei scheinbar gleichrangigen Geltungsdimensionen jede Trennschärfe vermissen lassen, wenn es um die Bewältigung echter Problemfälle faktisch oder ethisch defizitären Rechts geht. Bereits daraus lässt sich schließen, dass der Geltungsbegriff die begriffliche Leistungsfähigkeit, die ihm innerhalb der Debatte zugeschrieben wird, vermissen lässt und sich stattdessen als ein bloßer Stellvertreterbegriff, als eine Art Benutzeroberfläche zur Verpackung rechtstheoretischer Probleme darstellt, zu deren Lösung er in Wirklichkeit nichts beiträgt.

IV. Unselbständigkeit und Kritikfähigkeit der Geltungsbegriffe

Man kann diese Kritik nun noch vertiefen, indem man zeigt, dass die drei Dimensionen des Geltungsbegriffs tatsächlich überhaupt nicht unabhängig voneinander gedacht werden können,²³ sondern vielmehr gegenseitig, und zwar wiederum asymmetrisch aufeinander verweisen und schließlich Probleme aufwerfen, die den Geltungsbegriff insgesamt übersteigen, sich also in Geltungskategorien gar nicht mehr bewältigen lassen.

1. Juristischer Geltungsbegriff

Betrachtet man zunächst den rechtlichen oder juristischen Geltungsbegriff und kehrt nochmals zu Radbruch 1914 zurück, so findet sich dort gleich das Hauptproblem, das sich seitdem jeder rechtspositivistischen Rechtstheorie stellt, nämlich „die Geltung des Rechts darzutun, ohne die Sphäre des Rechts zu überschreiten“.²⁴

20 Alexy, Begriff (Fn. 6), 147 f., 151 ff.

21 Alexy, Begriff (Fn. 6), 144 ff., 148 ff.

22 Alexy, Begriff (Fn. 6), 150; dort ausdrücklich zur „Asymmetrie“ der Geltungsdimensionen.

23 Zum „Interdependenzproblem“ insbesondere auch Meyer (Fn. 6), 19 ff.

24 Radbruch, Grundzüge (Fn. 6), 159.

Lässt sich die Geltung von Rechtsnormen nur auf der Grundlage anderer Rechtsnormen begründen, stellt sich notwendig wieder die Frage nach der Geltung der letzteren usw., so dass der rechtliche Geltungsbegriff unabweisbar in ein Münchhausen-Trilemma mit den drei Optionen infiniter Begründungsregress, willkürlicher Begründungsabbruch oder zirkuläre Normbegründung führt.²⁵ *Radbruch* sieht das Problem des vitiosen Zirkels und sagt dazu nur, dass die juristische Betrachtungsweise letztlich „dabei stehen bleiben [müsste], Staat und Recht als die beiden Modi einer einzigen Substanz ... zu betrachten, ... als einen freischwebend in sich selbst ruhenden Kosmos, nur durch sich selbst gesetzt, ursprünglich, souverän und absolut.“²⁶

Dass das nun aber kaum befriedigen kann, liegt auf der Hand. Schärfer ist die Fassung des Problems schon bei *Hans Kelsen*, der bekanntlich versucht, den Begründungszirkel mit Hilfe der Theorie der Grundnorm zu durchbrechen – der Erfolg sei hier dahingestellt.²⁷ Aber nochmals zurück zu *Radbruch*, der aus diesem Letztbegründungsproblem jedenfalls eine wichtige Einschränkung der positivistischen Geltungstheorie folgert, die sich analog genauso auch bei späteren Rechtspositivisten wie *Kelsen* oder *H.L.A. Hart* findet. Der rechtliche Geltungsbegriff kann sich immer nur auf die Geltung einzelner Rechtssätze innerhalb des Rechtssystems, dagegen niemals auf die Geltung des Rechtssystems als solches beziehen:

„Die Jurisprudenz kann die Frage nach den Gründen der Geltung zwar für einen einzelnen Rechtssatz mittels anderer Rechtssätze, aber nicht für die Rechtsordnung als Ganzes beantworten; diese muss vielmehr als aus eigener Kraft und nur um ihrer selbst willen gültig anerkannt werden.“²⁸

Dem entspricht bei *Kelsen* die strikte Beschränkung der Grundnormtheorie auf die Frage der Geltung des Gesamtsystems im Gegensatz zur Geltung einzelner Rechtsätze, die nur durch Rekurs auf höherrangige Rechtsnormen begründet werden kann.²⁹ Für die Tätigkeit des praktischen Juristen kommt es bei *Kelsen* mit anderen Worten niemals auf die Grundnorm an. Und auch für *Hart* bleibt der normale Rechtsanwender von Letztbegründungsfragen verschont, indem für ihn nur die interne Teilnehmerperspektive, niemals aber die Geltung des Gesamtsystems aus der externen Beobachterperspektive relevant wird.³⁰

25 Zum Begriff klassisch *H. Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl., 1991, 13 ff.; dazu mit wenig überzeugender Kritik *Meyer* (Fn. 6), 235 ff. Zum Problem der Zirkularität auch *Alexy*, Begriff (Fn. 6), 143; *Wittreck*, Geltung (Fn. 6), 19 ff. m.w.N.

26 *Radbruch*, Grundzüge (Fn. 6), 160.

27 Grundlegend *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 196 ff. Aus der uferlosen Fülle von Interpretationen der Grundnormtheorie beispielhaft nur *E. Bulygin*, Das Problem der Geltung bei *Kelsen*, in: S.L. Paulson/M. Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen, 2005, 80-95; *Meyer* (Fn. 6), 233 ff.; *M. Jestaedt*, Geltung des Systems und Geltung im System, JZ 2013, 1009-1021.

28 *Radbruch*, Grundzüge (Fn. 6), 160.

29 *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 27) 197; dazu instruktiv *Jestaedt*, JZ 2013, 1018 ff.

30 *H.L.A. Hart*, The Concept of Law, 3. Aufl. 2012, 88 ff.

Der rein juristische oder positivistische Geltungsbegriff besitzt also, wie man daraus schließen kann, durchaus einen sicheren und zuverlässigen Anwendungsbereich, der sich aber – und das ist der Nachteil – ausschließlich auf die Geltung einzelner Rechtssätze innerhalb des Rechtssystems beschränkt, sich dagegen niemals auf die Geltung der Rechtsordnung als Ganzes beziehen lässt. Ob ein Rechtssystem als Unrechtssystem *insgesamt* der Rechtsgeltung entbehrt, ist vom Standpunkt einer positivistischen Geltungstheorie aus also nicht etwa zu verneinen, sondern vielmehr schlüssig unentscheidbar. *Radbruch* kommentiert das so:

„Diese Ausführungen zeigen nun aber zugleich die geringe Tragweite der juristischen Geltungstheorie, zeigen, daß sie eine ganze Reihe von Geltungsproblemen gar nicht lösen kann und will. Rein immanent, wie sie ist, gefangen und befangen in einer bestimmten Rechtsordnung, deren Sinn zu ermitteln ihre einzige Aufgabe ist, kann sie die Geltung von Rechtssätzen immer nur an anderen Rechtssätzen derselben Rechtsordnung, die Geltung der ganzen Rechtsordnung nur an ihrem eigenen Geltungsanspruch messen, niemals aber über den Geltungsanspruch der ganzen Rechtsordnung im Verhältnis zu anderen Ordnungen unparteiisch entscheiden. Der ‚Normenkollision‘ in allen ihren zahlreichen Gestalten steht sie hilflos gegenüber. Sie kann im Streite zwischen Sitte oder Sittlichkeit und Recht immer nur die Partei des Rechts nehmen, das ihr zum Gegenstande gegeben ist, niemals aber ein unparteilicher Richter über den Streitteilen sein.“³¹

2. Sozialer Geltungsbegriff

Aus rechtsphilosophischer Perspektive kann das nun aber kaum befriedigen. An dieser Stelle wendet sich daher nicht nur *Radbruch*, sondern etwa auch *Hart* den faktischen Voraussetzungen der Rechtsgeltung und damit soziologischen Geltungskriterien zu, um dort weiterzukommen, wo eine rein positivistische oder rechtliche Geltungstheorie nicht weiterführt. *Hart* hat etwa keinerlei Schwierigkeiten damit, die Geltung der gesamten Rechtsordnung auf ihre faktische Anerkennung durch die Rechtsunterworfenen zurückzuführen.³² Nur *Kelsens* „Reiner Rechtslehre“ bleibt dieser Weg wegen ihrer Reinheit offensichtlich verschlossen.³³

Doch auch diese Lösung wirft bei näherer Betrachtung erhebliche Probleme auf. Dazu ist zunächst zu fragen, welche Kriterien als soziologische Geltungskriterien in Betracht kommen. Und auch hier stehen die möglichen Kandidaten seit *Radbruchs* Problemdarstellung erstaunlich unverändert fest. Es sind dies auf der Grundlage einer handlungsorientierten Rechtssoziologie im Sinne *Max Webers* und *Theodor Geigers* immer dieselben zwei, die genannt werden, und zwar einerseits die Macht zur faktischen Rechtsdurchsetzung und andererseits die Anerkennung durch die

31 *Radbruch*, Grundzüge (Fn. 6), 162. Systemtheoretisch gewendet entspricht dieser Einsicht Luhmanns Lesart des Geltungsbegriffs als „zirkulierendes Symbol“ für die Selbstbeschreibung der Veränderbarkeit des Rechtssystems; vgl. N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 98 ff.; dazu Wittreck, Geltung (Fn. 6), 46 ff. m.w.N.

32 *Hart*, Concept (Fn. 30), 100 ff.

33 Dazu nur *Jestaedt*, JZ 2013, 1014 f.: Grundnorm als „Rückgriffsperre“.

Rechtsunterworfenen.³⁴ Alexy gibt in seiner wiederum an *Radbruch* angelehnten Darstellung einen Grund dafür an, warum genau diese beiden Kriterien in der Diskussion immer wiederkehren: Mit der Macht zur faktischen Durchsetzung sei der äußerliche Aspekt der faktischen Normbefolgung durch regelmäßige Befolgung sowie Sanktionierung der Nichtbefolgung gekennzeichnet, während die Faktizität der inneren Normwirksamkeit in Kriterien wie Akzeptanz, Anerkennung oder Befolgungsmotivation zum Ausdruck komme.³⁵ *Tertium non datur.*

Die Frage ist nun: Kann es überzeugen, diese oder ähnliche Kriterien zur Grundlage eines faktischen oder soziologischen Begriffs der *Rechtsgeltung* zu machen? Ich stelle die Frage bewusst erst jetzt, nachdem ich mit dem Machtkriterium das zweite, neben der Akzeptanz bereits auf den ersten Blick problematischere Kriterium ins Spiel gebracht habe. Das Problem aller soziologischen Geltungstheorien ist jedenfalls unter Zugrundelegung der kantischen und neukantianischen Zweiweltenlehre, die die Grundlage aller hier betrachteten Texte bildet, ein offenkundiger naturalistischer oder – präziser – Sein-Sollen-Fehlschluss:³⁶ Aus der bloßen Faktizität der Normbefolgung folgt nicht, dass die Normbefolgung auch normativ geboten ist; aus einer bloßen Machtheorie folgt noch keine Rechtstheorie. Anders wäre nur auf der Grundlage rechtsrealistischer, normnihilistischer und postmoderner Theorien zu entscheiden, die das Recht als bloße Herrschaftspraxis auf der Grundlage sozialer Macht betrachten.³⁷ Nun ist das allein allerdings noch kein tragfähiger Einwand gegen eine soziologische Theorie der Rechtsgeltung, denn selbst wenn man die zuletzt genannten normkritischen Theorien nicht teilt, ist es keineswegs abwegig, sondern vielmehr bereits handlungs- und sprechakttheoretisch plausibel, dass am Ausgangspunkt des geltenden Rechts vielfach die Performanz sozialer Handlungen und Üblichkeiten steht, die sich erst im Prozess langdauernder Übung und Überlieferung zur Normativität von Rechtsakten verdichtet.³⁸ Entgegen der scharfkonturierten neukantianischen Zweiweltenlehre gibt es also durchaus – und zwar geradezu massenhaften – Übergang von Sein zu Sollen, von Faktizität zu

³⁴ Grundlegend M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1972, 441 ff. (2. Halbbd., Kap. VII, § 3); T. Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Aufl. 1987, 165 ff., insbes. 175 ff.; *Radbruch*, Grundzüge (Fn. 6), 163 ff.; auf dieser Grundlage ähnlich Alexy, Begriff (Fn. 6), 31 ff., 141; Neumann, Theorien (Fn. 6), 24 ff.; Wittreck, Geltung (Fn. 6), 37 ff. m.w.N.

³⁵ Alexy, Begriff (Fn. 6), 31 ff.

³⁶ Zum Begriff S. Augsberg, Der „naturalistische Fehlschluss“ als juristische Argumentationsfigur, ARSP 94 (2008), 461-476.

³⁷ Zur Kritik des Rechtsrealismus bereits H. Kantorowicz, Some Rationalism about Realism, 43 Yale L. J. (1934), 1240-1253; speziell zum Reduktionismus der Postmoderne jüngst eingehend K.-H. Ladeur, Die Textualität des Rechts, 2016, 22 ff., 39 ff.

³⁸ Das ist die „Genesis“ des Rechts als schillernder Gegenbegriff zur Geltung. Dazu beispielhaft K. Lüderssen, Genesis und Geltung in der Jurisprudenz, 1996; aus jüngerer Zeit S. Müller-Mall, Performativ Rechtserzeugung, 2012.

Normativität in der Rechtsentstehung.³⁹ Es gibt eine reale normative Kraft des Faktischen, die Macht in Recht überführt, ebenso wie es eine faktische Kraft des Normativen gibt, mittels derer das Rechtssystem seinerseits auf das Gesellschaftssystem zurückwirkt.⁴⁰ Genesis und Geltung des Rechts sind immer untrennbar miteinander verbunden.

Dennoch ist damit das Problem des soziologischen Geltungsbegriffs noch nicht erledigt. Dessen Problem liegt nämlich nicht etwa darin, dass er mit dem Übergang von Faktizität und Normativität etwas Unmögliches suggeriert, sondern vielmehr darin, dass er dies in einer *Begrifflichkeit* kleidet, die *voraussetzt*, dass der Übergang von Faktizität zu Normativität unmöglich ist. Das eigentliche Problem des soziologischen Geltungsbegriffs ist also nicht die extensionale, sondern vielmehr die intentionale Verbindung von Faktizität und Normativität im Begriff „Geltung“. Um über Geltung sinnvoll zu sprechen, muss man sich vor Augen halten, dass es sich dabei um einen normativen Begriff handelt, der die Trennung von Sein und Sollen zwingend voraussetzt und nur auf der Ebene der Normativität sinnvoll anwendbar ist; auch dies eine klassische Erbschaft des Neukantianismus. Denn es waren wie erwähnt Neukantianer, vor allem *Hermann Lotze*, *Emil Lask* und *Heinrich Rickert*, die den Geltungsbegriff gegen Ende des 19. Jahrhunderts zu einer fundamentalen Systemkategorie innerhalb der neukantianischen Zweiweltenlehre ausgebaut haben.⁴¹ Der Geltungsbegriff setzt danach voraus, dass es neben einer Sphäre des Faktischen, Sinnlichen, die von der Seinskategorie determiniert wird, eine zweite Sphäre des Übersinnlichen, Überwirklichen, Werthaften, Normativen gibt, in der die epistemische und ontologische Leitkategorie nicht die des Seins, sondern eben die des Geltens ist. Sein ist der Existenzmodus des Faktischen, Gelten dagegen immer nur und ausschließlich der Modus des Werthaften, Übersinnlichen, Normativen und damit niemals der Maßstab empirischer Tatsachen als solcher. Tatsachen können nicht gelten, oder, in den Worten *Rickerts*:

„Werte allein können gelten. Etwas, das nur existiert, gilt nie. Gelten meint bislang zwar beides, Wert und Existenz, aber es klingt dabei immer die Wertbedeutung mit. Das Gelende lässt uns nie ‚gleichgültig‘. Wer sagt, daß Tatsachen gelten, die nicht Werte sind, redet ungenau, ja gedankenlos. Er verwechselt die Tatsache selbst, die existiert, mit dem Sinn des Satzes, daß sie als Tatsache existiert. Auch Erkenntnisse gelten nicht, insofern sie faktisch existieren, sondern insofern sie wahren Sinn, also Wert zum Ausdruck bringen. Wer vollends im außertheoretischen Gebiet von Gelten spricht, z.B. von gültigen Geldscheinen oder Verträgen oder Spielregeln, meint niemals nur den realen Gegenstand, sondern stets auch den Wert. Der gültige Schein hat Geldeswert, der ungültige Vertrag ist wertlos.“⁴²

³⁹ Dazu bereits *M. Auer*, Normativer Positivismus – positivistisches Naturrecht, in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris*, Bd. 2, 2007, 931–962, 952 ff.

⁴⁰ Dazu *M. Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, 5.

⁴¹ Nachweise vorstehend Fn. 14 f.

⁴² *Rickert*, Grundlegung (Fn. 15), 122.

Und damit sollte deutlich werden, worin das eigentliche Problem des Begriffs einer sozialen oder faktischen Geltung des Rechts liegt: Durch die Inkompatibilität des rein normativ konnotierten Geltungsbegriffs mit dem faktischen Maßstab sozialer Wirksamkeit führt dieser zu einem unlösaren inneren Widerspruch oder Kategorienfehler innerhalb der Theorie der Rechtsgeltung. So mag es zwar im tatsächlichen Dasein des Rechts zahllose Übergänge zwischen Faktizität und Normativität geben, doch in der begrifflichen Struktur der Geltung des Rechts gibt es keinen Übergang von faktischer oder sozialer zu juristischer Geltung. Ein eigenständiger Begriff einer sozialen *Geltung* des Rechts ist überflüssig. Es gibt ohne Zweifel eine soziale *Wirksamkeit* des Rechts;⁴³ und diese ist wiederum für die *juristische* Geltung des Rechts insoweit relevant, als der Rechtsbegriff selbst – etwa durch Institutionen wie Gewohnheitsrecht oder Verwirkung – die faktische Rechtsbefolgung zu einem Kriterium der *juristischen* Rechtsgeltung erhebt. Für einen eigenständigen faktischen oder sozialen Geltungsbegriff besteht daneben jedoch kein Raum.

Allerdings ist damit noch nichts über das zweite mögliche Kriterium sozialer Rechtsgeltung gesagt, nämlich die Anerkennung,⁴⁴ und Sie werden möglicherweise einwenden, dass sich auf dessen Grundlage durchaus ein sinnvoller Begriff der sozialen Rechtsgeltung bilden lässt. Ein geeignetes Geltungskriterium scheint daraus – so etwa bei H.L.A. Hart – vor allem für Rechtssysteme im Ganzen zu folgen, deren Geltung in rein juristischen Kategorien wie gesehen nicht beschreibbar ist.⁴⁵ Für die Sachgerechtigkeit des Anerkennungskriteriums spricht auch, dass es bereits unter Zugrundelegung des allgemeinen Sprachgebrauchs wesentlich leichter fällt, zu sagen, Recht gilt, wenn es von der Mehrzahl der Rechtsunterworfenen anerkannt und befolgt wird, als zu sagen, es gelte, wenn und soweit es mit Zwangsgewalt durchgesetzt wird.

Doch gerade an diesem kleinen allgemeinsprachlichen Unterschied zwischen Zwang und Anerkennung erschließt sich das Problem des Anerkennungskriteriums. Denn „Anerkennung“ ist letztlich kein oder jedenfalls nur ein teilweise faktisches Kriterium. Tatsächlich ist es ein verkappt normatives Kriterium, das sich der Verkleidung eines faktischen Kriteriums bedient und damit für eine faktische Geltungstheorie wiederum ungeeignet ist, und zwar aus geradezu umgekehrten Gründen als das Zwangskriterium. Denn mit der Feststellung der Anerkennung einer Norm ist niemals nur ein rein faktischer Sachverhalt, sondern immer auch ein normativer Sinngehalt ausgesprochen, da Anerkennung geradezu notwendig auch eine

⁴³ Von „*Wirksamkeit*“ sprechen insoweit auch Lüderssen, Genesis (Fn. 38), 94; Lippold, Rechtstheorie 19 (1988), 468 f.

⁴⁴ Grundlegend zur Anerkennungstheorie E.R. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. 1, 1877, 3 ff., 66 ff.; ders., Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894, 41 ff., 107 ff.; aus dem jüngeren Schrifttum Hart, Concept (Fn. 30), 100 ff.; Lüderssen, Genesis (Fn. 38), 20 ff. m.w.N.

⁴⁵ Dazu vorstehend bei Fn. 24 ff.

Dimension der Zustimmung, der Billigung, der Akzeptanz, der freiwilligen Entscheidung für die Geltung der Norm und damit ein genuin normatives Bedeutungselement enthält.⁴⁶ Was an der Anerkennung geltungsbegründend wirkt, ist gerade nicht die bloße soziale Tatsache der faktischen Befolgung der Norm etwa durch die Mehrzahl der schweigenden Normadressaten, sondern vielmehr der normative Sinn dieser Zustimmung, der sich nicht unabhängig vom normativ rechtfertigenen Gehalt des Autonomieprinzips der Normadressaten denken lässt. Verstünde man die Rede von der geltungsbegründenden Anerkennung rein faktisch, wäre etwa nicht erklärlich, weshalb eine Norm auch dann gelten soll, wenn sie von einzelnen Normadressaten nicht anerkannt wird.⁴⁷ Und damit sind die eigentlichen Schwierigkeiten des Anerkennungskriteriums erst angedeutet: Auf wessen Anerkennung kommt es an? Auf die aller Normunterworfenen? Oder der Meisten? Oder der Richtigen? Oder jedes Einzelnen? Und weiter: Reicht schon die konkludente Anerkennung, oder ist deren ausdrückliche Betätigung erforderlich, und wie soll diese genau aussehen? Was gilt für bloßes Schweigen? Die Fragen lassen sich unschwer fortsetzen.⁴⁸

Ein rein faktisch interpretierter Anerkennungsbegriff liefert daher schon deshalb kein taugliches Kriterium einer Rechtsgeltungstheorie, weil er aufgrund seiner quantitativen Abstufbarkeit und inhaltlichen Unbestimmtheit derart interpretationsoffen ist, dass er zu seiner Ausfüllung zwingend der normativen Wertung bedarf, die dann eigentlich darüber entscheidet, welches Maß an Anerkennung für die Annahme normativer Geltung hinreichend ist.⁴⁹ Mehr noch: Die im Schrifttum vertretenen Anerkennungstheorien, deren Ziel die normative Begründung der Geltung der Gesamtrechtsordnung ist, setzen das Maß nötiger Anerkennung durchgehend so niedrig an, dass die tatsächliche Anerkennung letztlich nicht mehr von deren normativer Fiktion im Dienste der Rechtsbegründung zu unterscheiden ist.⁵⁰ Wenn Anerkennung auf diese Weise schleichend in Anerkennensollen oder Anerkennenmüssen übergeht, verlässt jedoch die Anerkennungstheorie die Ebene der soziologischen Geltungskriterien und wandelt sich in eine rechtsethische Geltungstheorie vom Typus einer prozeduralen Gerechtigkeitstheorie um, der es in Wirklichkeit gar nicht mehr um die faktische Anerkennung, sondern vielmehr um die

46 Zu dieser Kritik bereits *Radbruch*, Grundzüge (Fn. 6), 169; ähnlich *Neumann*, Theorien (Fn. 6), 27 ff.

47 Dazu etwa *Neumann*, Theorien (Fn. 6), 26; *Mahlmann*, Rechtsphilosophie (Fn. 6), 276 (§ 23 Rn. 15).

48 Zum Problem bereits *Bierling*, Kritik (Fn. 44), 81 ff.; *Radbruch*, Grundzüge (Fn. 6), 169 f.; ähnlich *Neumann*, Theorien (Fn. 6), 26 ff.

49 Dazu bereits *Radbruch*, Grundzüge (Fn. 6), 169 f.

50 Deutlich bereits *Radbruch*, Grundzüge (Fn. 6), 169: „es wird als unbewußt und indirekt anerkannt gefingiert, was vernünftigerweise nicht anerkannt werden kann.“

normative, und zwar prozedurale, inhaltsneutrale Rechtfertigung der Geltung von in diesem Sinne anzuerkennenden Recht geht.⁵¹

Ein komplexes – und hier deshalb ausgewähltes – Beispiel für die Unausweichlichkeit dieser Problematik ist die Anerkennungstheorie in der Form, wie sie in der deutschen Rechtsphilosophie von *Klaus Lüderssen* in Auseinandersetzung mit *Jürgen Habermas* vertreten wurde.⁵² *Lüderssen* ist der Auffassung, dass die enge Verbindung von Faktizität und Normativität in der Frage von Genesis und Geltung des Rechts entgegen der neukantianischen Trennungsthese stärker als bisher in das Blickfeld der Rechtsphilosophie rücken müsse.⁵³ Dazu entwirft *Lüderssen* eine soziologische Rechtsgeltungstheorie, die sich auf die Anerkennungsfähigkeit von Rechtsnormen auf der Grundlage ihrer legitimen Genese durch demokratische Rechtsetzungsprozesse stützt. Anerkennungsfähig und damit zunächst sozial gültig, schließlich aber auch rechtsgültig sind Rechtsnormen dann, wenn ihre Entstehung normativ gerechtfertigten Voraussetzungen entspricht. Faktizität und Normativität, Genesis und Geltung sind hier also zweifach verschränkt: Das *normative* Rechtsentstehungskriterium der demokratischen Legitimation wird *faktisch* wirksam, indem es die Anerkennung der rechtmäßig entstandenen Normen begründet, die durch die Verbindung von faktischem und rechtlichem Geltungsbegriff ihrerseits wiederum zur Bedingung der *normativen* Rechtsgeltung wird.⁵⁴ Nun ist es nicht fernliegend, diese doppelte Verschränkung von Normativität und Faktizität als realitätsnahe Darstellung des Normentstehungsprozesses im demokratischen Verfassungsstaat zu begreifen. Jedenfalls scheint eine solche, Faktizität und Normativität der Rechtsentstehung berücksichtigende Theorie solchen Spielarten der Demokratietheorie überlegen, die auf direktem Wege darauf abzielen, aus der demokratischen Legitimation des Gesetzgebungsverfahrens auf die – bestenfalls fiktive – inhaltliche Rechtfertigung des so entstandenen Rechts zu schließen.⁵⁵ Jedoch: Mit dem *Begriff* der Rechtsgeltung, und allein darauf kommt es hier an, hat das alles nichts zu tun. Die wohlgrundete faktische Anerkennung wirksam demokratisch gesetzten Rechts begründet nicht auf dem Umweg über dessen faktische auch dessen rechtliche Geltung, ebenso wie die rechtliche Geltung zwar auf der Grundlage entsprechender Verfahrensgarantien faktische Anerkennung vermitteln mag, jedoch nicht begrifflich voraussetzen kann. Soziale Wirksamkeit und rechtliche Geltung sind und bleiben zwei Paar begriffliche Stiefel, die sich nicht unter einen einheitlichen Geltungsbegriff subsumieren lassen.

51 Ebenso *Radbruch*, Grundzüge (Fn. 6), 170.

52 *Lüderssen*, Genesis (Fn. 38), 15 ff. unter Bezugnahme auf *J. Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992.

53 *Lüderssen*, Genesis (Fn. 38), 49 ff.

54 *Lüderssen*, Genesis (Fn. 38), 108 ff.

55 Diese Kritik lässt sich etwa Habermas' diskurstheoretischer Geltungstheorie entgegenhalten. Dazu etwa *Wittreck*, Geltung (Fn. 6), 43 ff. m.w.N.

Eine weitere, wiederum schon bei *Radbruch* enthaltene Beobachtung sei in diesem Zusammenhang noch angefügt: Die normativen Strukturen und Probleme der in diesem Sinne in eine normative Geltungstheorie umgeschlagenen Anerkennungstheorie stellen sich letztlich bis ins Einzelne als Wiedergänger der altbekannten Strukturen und Probleme der hergebrachten Sozialvertragstheorien dar.⁵⁶ So erweisen sich sämtliche Fragen nach der nötigen Reichweite und Ausdrücklichkeit der Anerkennung als getreue Wiederauflage der schon bei *Locke* und *Hume* diskutierten Probleme der erforderlichen Qualität der Zustimmung zum Gesellschaftsvertrag.⁵⁷ Und das Grundproblem der Anerkennungstheorien ist letztlich dasselbe wie das aller staatslegitimierenden Vertragstheorien: Entweder kippt deren Legitimationsleistung in einen radikalen Voluntarismus, wenn man das Akzeptanzkriterium wörtlich nimmt und damit aus der faktischen Akzeptanz eines beliebigen Rechtszustands schon mangels Alternativen dessen unbedingte Geltung folgert, oder das Akzeptanzkriterium wird zur inhaltlichen Leerstelle, wenn man es schleichend durch das Kriterium einer gesollten, richtigen Akzeptanz ersetzt und dem vordergründig sozialen Geltungskriterium damit unter der Hand eine ethische Legitimationstheorie unterlegt.⁵⁸ In beiden Fällen hilft das Akzeptanzkriterium nicht über das normative Vakuum jeglicher normativ-individualistischer Rechtsbegründung hinweg, die über die individuelle Willkür hinaus keine inhaltliche Begründung für das gesellschaftliche Allgemeine der Rechtsgeltung zu liefern vermag.

3. Moralischer Geltungsbegriff

Damit sei abschließend noch die letzte Teilkategorie des Geltungsbegriffs, nämlich die philosophische, moralische oder ethische Geltungsdimension betrachtet, die im Schrifttum seit *Radbruch* als Kurzformel für das Problem der Geltung ungerechten Rechts oder staatlichen Unrechts verwendet wird.⁵⁹ Es geht also um die Frage, ob

56 Treffend *Radbruch*, Grundzüge (Fn. 6), 170: „Neuaufgabe der Vertragstheorie und wie diese nicht eine psychologistische Lehre, welche die Rechtsgeltung auf die seelische Tatsache der Zustimmung der Rechtsunterworfenen gründete, ... vielmehr eine philosophische Theorie, die durch bloße Fiktion der Zustimmung der Rechtsunterworfenen ihr ethisches Interesse an der Rechtsordnung zum Ausdruck bringen, also die Rechtsordnung in Wahrheit aus ihrem individualistischen Zwecke rechtfertigen will.“

57 Sehr weitgehend zu „*tacit consent*“ und Auswanderungsfreiheit *J. Locke*, Two Treatises of Government, hrsg. v. P. Laslett, 1988, 347 ff. (II.8, §§ 119 ff.); dagegen *D. Hume*, Of the Social Contract, in: Essays, 1748, 289–307, 299, der die Freiwilligkeit des Verzichts auf Auswanderung mit der Lage eines schlafend an Bord eines Schiffs gebrachten Passagiers vergleicht, dem nach Aufwachen auf hoher See vorgehalten wird, sein weiterer Verbleib an Bord begründe seine freiwillige Zustimmung zur Herrschaft des Kapitäns: „Can we seriously say, that a poor Peasant or Artizan has a free Choice to leave his own Country, when he knows no foreign Language or Manners, and lives from Day to Day, by the small Wages he acquires? We may as well assert, that a Man, by remaining in a Vessel, freely consents to the Dominion of the Master; tho' he was carry'd on board while asleep, and must leap into the Ocean, and perish, the Moment he leaves her.“

58 Zu dieser Kritik grundlegend *W. Kersting*, Zur Logik des kontraktualistischen Arguments, in: V. Gerhardt (Hrsg.), Der Begriff der Politik, 1990, 216–237. Beispielhaft für die beiden Extrempositionen stehen etwa die Vertragstheorien von Hobbes und Rawls.

59 Statt aller *Alexy*, Begriff (Fn. 6), 141 f.

man neben der bisher diskutierten juristischen und faktischen auch eine gerechtigkeitstheoretische Dimension des Geltungsbegriffs anerkennen sollte, die dann fehlt, wenn die betreffende Norm oder Rechtsordnung gegen wie auch immer zu definierende Gerechtigkeitsgebote verstößt und damit als „unrichtiges Recht“ nach außerrechtlichen normativen Maßstäben defizitär ist. Die entscheidende Frage lautet dabei wiederum: Ist das ein Problem, das sich im Rahmen des Geltungsbegriffs sinnvoll verhandeln lässt? Und auch hier lautet meine Antwort letztlich: Nein. Das Problem ist anderswo besser aufgehoben. Wiederum haben die entscheidenden Fragen mit Geltung nichts zu tun.

Warum nicht? Vielleicht fängt man am besten mit der umgekehrten Frage an, warum Fragen der rechtsethischen Rechtfertigung sicherlich mit größerer Berechtigung in der Kategorie des Geltungsbegriffs verhandelt werden als Fragen der faktischen Wirksamkeit. Die Antwort fällt vor dem neukantianischen Hintergrund des Geltungsbegriffs wiederum leicht: Es geht bei Fragen der außerrechtlichen Rechtfertigung ebenfalls um normative Fragen, zwar nicht um ein rechtliches, wohl aber um außerrechtliches Sollen, das nach der Zweiweltenlehre in den kategorialen Bereich nicht des Seins, sondern des Geltens fällt. Man kann auf dieser Grundlage also, wenn man Neukantianer ist, zunächst einmal der Auffassung sein, dass Geltung die richtige Kategorie ist, um das Verhältnis von geltendem Recht und rechtsethischer Kritik zu verhandeln.⁶⁰ Ich will nun trotzdem zeigen, dass das nicht weiterführt, und zwar weder bei einer isolierten Betrachtung des Begriffs der moralischen Geltung noch erst recht im Zusammenhang der letztlich entscheidenden Frage, wie sich moralische und rechtliche Geltung zueinander verhalten.

Betrachtet man zunächst die moralische Geltung allein, so wäre diese unrichtigem Recht wohl jedenfalls dann abzusprechen, wenn es sich in wesentlichem Widerspruch zu allgemein anerkannten Gerechtigkeitsprinzipien befindet, die nach allgemeiner Auffassung eine Grundlage jeder Rechtsordnung bilden oder bilden sollten. Es liegt nun auf der Hand, dass man an dieser Stelle die gesamte inhaltliche Diskussion eröffnen könnte, worin solche Prinzipien liegen könnten, ob sie überhaupt erkennbar, begründbar und universalisierbar sind oder nicht von vornherein am Problem des ethischen Pluralismus und der Kontingenz ethischer Letztbegründungsversuche scheitern müssen. Mit anderen Worten kommt hier das Grundproblem jeder überpositiven, überrechtlichen und überzeitlichen Naturrechtsordnung ins Spiel.⁶¹ Angenommen aber, man könnte sich schließlich auf solche allgemeinen Gerechtigkeitsprinzipien einigen, die ein Maß jeder Rechtsordnung bilden sollen. Selbst dann würde der Begriff der moralischen Geltung eine weitere Voraussetzung

60 Zur Zweiweltenlehre bereits vorstehend bei Fn. 41 f.

61 Dazu anhand privatrechtlicher Beispiele M. Auer, Eigentum, Familie, Erbrecht: Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht, AcP 216 (2016), 239–276, 260.

implizieren, nämlich die stillschweigende Annahme einer allumfassenden Normenhierarchie, die sowohl rechtliche als auch außerrechtliche Normen widerspruchsfrei innerhalb einer einzigen Wertordnung umfasst, und zwar so, dass die außerrechtlichen Normen im Rang über den rechtlichen Normen stehen und sich damit als höherrangiger, vorrangiger Kontrollmaßstab eignen, der über die moralische Gültigkeit oder Ungültigkeit des Rechts entscheidet; auch das – sehr vereinfachend – eine klassische Vorstellung des Naturrechts.⁶²

Ist das aber, unabhängig von den inhaltlichen Fragen des Naturrechts, eine tragfähige Vorstellung? Schon das würde ich verneinen. Die Vorstellung der Existenz einer solchen allumfassenden, pyramidenförmig strukturierten Normenhierarchie aller inner- und außerrechtlicher Normenordnungen ist selbst vom Standpunkt einer Normentheorie im Sinne Kelsens – wiederum unabhängig von deren Tragfähigkeit innerhalb ihres eigentlichen, rechtsimmanenten Anwendungsbereichs – kaum haltbar.⁶³ Die Welt der Normen als kohärentes, hierarchisches großes Ganzen, als geschlossenes System, in der es vorrangige Normen gibt, gegen die durch nachrangige Normen eindeutig verstößen werden kann, so dass dann der Geltungsbegriff als eindeutige Ja/Nein-Kategorie subsumierbar wäre und ungerechtem Recht die Geltung in der moralischen Welt verwehren könnte – das ist wieder eine typische Idealisierung des Neukantianismus, die in der gegenwärtigen Rechtswissenschaft längst überwunden ist, wo aus vielfältigen Normenpluralismen längst gelernt wurde, dass es so etwas wie widerspruchsfreie Normenhierarchien schlicht nicht gibt.⁶⁴ Schon bei isolierter Betrachtung des Begriffs der moralischen Geltung des Rechts ergibt sich damit ein großes Fragezeichen hinsichtlich der Tragfähigkeit dieser Begriffsbildung.

Und damit ist die entscheidende Frage, nämlich das Verhältnis von moralischer zu rechtlicher Geltung, noch gar nicht angeschnitten. Um sich dieser Frage nun zu nähern, sei zunächst bemerkt, dass sich nahezu alle – selbst nichtheoretische – Rechtsdenker darin einig sind, dass es jedenfalls keine automatische Verbindung zwischen Recht und Gerechtigkeit gibt. Selbst bei bestehenden Gerechtigkeitsverstößen müssen besondere Hürden überwunden werden, bevor die moralisch un-

62 Tatsächlich ist die Deutung des Vorrangverhältnisses schon im klassischen Naturrecht komplexer; dazu Auer, Normativer Positivismus (Fn. 39), 934 m.w.N.

63 Zur Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 27), 228 ff.; ders., Allgemeine Staatslehre, 1925, 248 ff.; A.J. Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, 1923, 207 ff.; ders., Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Festschrift für Hans Kelsen, 1931, 252 ff.

64 Dazu mit Kritik speziell an Kelsen eindrucksvoll Seinecke, Rechtspluralismus (Fn. 13), 128 ff., 309; aus rechtstheoretischer Sicht bereits M. Auer, Die primärrechtskonforme Auslegung, in: J. Neuner (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 27–54, 34 ff. m.w.N.

richtige Rechtsnorm auch die rechtliche Geltung verliert.⁶⁵ Es gibt also, mit anderen Worten, und darin sind sich ebenfalls alle einig, einen spezifischen moralischen Wert der rein rechtlichen Geltung, der Positivität des Rechts als solcher, der bei Verstößen gegen überpositive Gerechtigkeitsprinzipien als Gegengewicht in die Waagschale tritt und für die Erhaltung der Norm als geltendes Recht streitet. Die Frage ist nun, worin dieser Wert genau besteht und wie hoch er im Konflikt mit überpositiver Gerechtigkeit zu veranschlagen ist. Und das ist nun einer der wichtigen Streitpunkte in der Rechtsphilosophie des 20. Jahrhunderts, den *Radbruch* elegantweise innerhalb seines eigenen Lebenswerks mit sich selbst ausgefochten hat. Der *Radbruch* der „Grundzüge“ von 1914 und auch noch der „Rechtsphilosophie“ von 1932 entscheidet insoweit bekanntlich anders als der *Radbruch* der Radbruchschen Formel von 1946.⁶⁶ Der frühe *Radbruch*, noch fest auf dem Boden des Rechtspositivismus, räumt der rechtlichen Geltung grundsätzlichen Vorrang vor der Gerechtigkeit ein, und zwar auf der Grundlage der Rechtssicherheit als eines der drei Elemente der Rechtsidee.⁶⁷ Danach ist es ein grundlegendes rechtsethisches Gebot, das positive Recht gerade nicht der überpositiven Gerechtigkeit weichen zu lassen. Vielmehr rechtfertigt die Rechtssicherheit den Vorrang des positiven Rechts: „Rechtssicherheit vor Gerechtigkeit.“⁶⁸ In *Radbruchs* Worten:

„Die Positivität des Rechts wird damit in höchst merkwürdiger Weise selbst zur Voraussetzung seiner Richtigkeit: es gehört ebenso sehr zum Begriffe des richtigen Rechts, positiv zu sein, wie es Aufgabe des positiven Rechts ist, inhaltlich richtig zu sein.“⁶⁹

Und schließlich, und dieses schöne Zitat will ich Ihnen nicht vorenthalten:

„Die Rechtsphilosophie marschiert, wie der liebe Gott, mit den stärkeren Bataillonen.“⁷⁰

Meines Erachtens hätte *Radbruch* genau an dieser Stelle aufhören und das genau so stehenlassen können. Bekanntlich hat er es aber in seinem Spätwerk durch die Radbruchsche Formel noch einmal wesentlich modifiziert. Danach soll es bei extrem ungerechtem Recht in zwei Stufen eben doch zu einem direkten Einfluss der

⁶⁵ Paradigmatisch hierfür ist die Radbruchsche Formel, wonach der Vorrang der Gerechtigkeit nur *extrem* ungerechtes Recht, nicht hingegen solches betreffen soll, das lediglich „inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig“ ist; vgl. *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht (Fn. 5), 107. Dem folgend *Alexy*, Begriff (Fn. 6), 71.

⁶⁶ Dabei ist umstritten, wie weit Radbruchs Wandel im Einzelnen reicht. Zutreffend ist wohl weder die radikale „Umbruchsthese“ noch die entgegengesetzte „Kontinuitätsthese“, sondern eine vermittelnde Position, die von einer Akzentverschiebung im Verhältnis der einzelnen Bestandteile der Rechtsidee zueinander ausgeht. Zum Ganzen *U. Neumann*, Naturrecht und Positivismus im Denken Gustav Radbruchs, in: *W. Härtle/B. Vogel* (Hrsg.), „Vom Rechte, das mit uns geboren ist.“ Aktuelle Probleme des Naturrechts, 2007, 11-32, 12 ff.; *ders.*, Gustav Radbruch – Rechtsphilosoph und Politiker, in: Festschrift für Wilfried Küper, 2007, 381-388, 387.

⁶⁷ *Radbruch*, Grundzüge (Fn. 6), 170 ff.; ähnlich *ders.*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, 70 ff.

⁶⁸ *Radbruch*, Grundzüge (Fn. 6), 174.

⁶⁹ *Radbruch*, Grundzüge (Fn. 6), 172 sowie wortgleich *ders.*, Rechtsphilosophie (Fn. 67), 71; Schreibeweise hier wie letztere Stelle.

⁷⁰ *Radbruch*, Grundzüge (Fn. 6), 173.

Gerechtigkeit auf das Recht kommen, und zwar soll das Recht bei unerträglichem Widerspruch zur Gerechtigkeit gegenüber dieser zurücktreten, dabei aber immerhin begrifflich Recht blieben, während es seine Rechtsnatur überhaupt verlieren soll, wenn es Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt.⁷¹ In dem Zusammenhang fällt der bereits zitierte Satz, dass „ganze Partien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt“ seien.⁷² Ich will und kann an dieser Stelle in keine abschließende Diskussion der Radbruchschen Formel eintreten. Verwiesen sei nur auf das von Alexy so bezeichnete „Klarheitsargument“ H.L.A. Harts, der zu Recht gegen *Radbruch* eingewandt hat, dass die begriffliche Vermengung von Recht und Gerechtigkeit letztlich kontraproduktiv ist, da sie die Fähigkeit der letzteren beschädigt, unabhängiger Maßstab außerpositiver Rechtskritik zu sein und bei alledem nicht Klarheit, sondern Verwirrung in die Begriffe des Rechts und der Gerechtigkeit bringt.⁷³

Ich halte diese Kritik für richtig, aber letztlich kommt es darauf gar nicht an. Denn selbst wenn man *Radbruch* hier folgt, ist wiederum der Geltungsbegriff die falsche Kategorie, um die Radbruchsche Formel zu verpacken. Dafür spricht bereits, dass *Radbruch* selbst bei seiner Darstellung weitgehend ohne das Wort „Geltung“ auskommt. Er sagt lediglich: Im Verhältnis zwischen unrichtigem Recht und Gerechtigkeit sei so zu entscheiden, dass das Recht der Gerechtigkeit „zu weichen“ habe.⁷⁴ Selbst wenn man der Radbruchschen Formel folgt, ist damit also keinerlei Notwendigkeit verbunden, den Begriff der rechtlichen Geltung mit dem der moralischen Geltung zu verknüpfen oder überhaupt einen Begriff der moralischen Geltung einzuführen. Vielmehr ist es ohne weiteres möglich, *Radbruchs* Formel so zu interpretieren, dass extrem ungerechtes Recht, soweit es seine Rechtsnatur behält, auch seine *rechtliche* Geltung behält, aber im Einzelfall der besseren Einsicht der Vernunft zu weichen hat. Dafür bedarf es jedoch keiner Entscheidung über die rechtliche Geltung, sondern vielmehr der Feststellung eines Wertungskonflikts und seiner einzelfallbezogenen Auflösung etwa im Wege der Abwägung. Interpretiert man die Formel in diesem Sinne, besteht jedoch erst recht keine Notwendigkeit mehr, dem ungerechten Recht auch die *moralische* Geltung abzusprechen. Die Ge-

⁷¹ *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht (Fn. 5), 107; ähnlich bereits ders., Fünf Minuten Rechtsphilosophie, 1945, in: Gesamtausgabe, Bd. 3, 1990, 78-79.

⁷² *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht (Fn. 5), 107.

⁷³ H.L.A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, 71 Harv. L. Rev. (1958), 593-629, 620 f.; dazu Alexy, Begriff (Fn. 6), 75 ff.; Auer, Normativer Positivismus (Fn. 39), 940 m.w.N.

⁷⁴ *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht (Fn. 5), 107; der Geltungsbegriff fällt beiläufig erst im nächsten Satz im Zusammenhang der problematischen Grenzziehung zwischen gesetzlichem Unrecht und den „trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen“. Anders, allerdings weniger präzise noch ders., Fünf Minuten (Fn. 71), 79; Hervorhebung weggelassen: „es kann Gesetze mit einem solchen Maße von Ungerechtigkeit und Gemeinschädlichkeit geben, daß ihnen die Geltung, ja der Rechtscharakter abgesprochen werden muß.“

rechtheit genießt Vorrang – Punkt.⁷⁵ Der Begriff der moralischen *Geltung* fällt aus der Gleichung heraus und dem Ockhamschen Rasiermesser anheim. Mehr noch: Er muss dies sogar, da der strenge Ja/Nein-Rigorismus des Geltungsbegriffs mit *Radbruchs* ausdrücklich und bewusst grenzunscharfer, abwägungsbedürftiger Formel gar nicht vereinbar ist, sondern wiederum eine Scheinklarheit über die Rechtsfolgen ungerechten Rechts suggeriert, wo sich diese in Wirklichkeit gar nicht herstellen lässt.⁷⁶

V. Rechtsgeltung: Was bleibt?

Ich komme zum Schluss. Wie auch immer man das Problem des gesetzlichen Unrechts und das Verhältnis von Normativität und Faktizität im Recht beurteilt: Im Geltungsbegriff ist es sicherlich falsch verortet.

Richtig ist meines Erachtens nur eine Lösung: Es gibt allenfalls einen einzigen Geltungsbegriff, nämlich den rechtlichen, der sich ausschließlich nach innerrechtlichen Kriterien richtet. Die Begriffe der sozialen und der moralischen Geltung sind dagegen irreführend und überflüssig. Die soziale Geltung scheitert schon daran, dass das Faktische keine Geltungskategorie ist. Die moralische Geltung des Rechts ist hingegen neben einer wie auch immer zu begründenden Anwendung außerrechtlicher Gerechtigkeitsmaßstäbe überflüssig und verschleiert den Blick auf das eigentliche Problem gesetzlichen Unrechts, das – um nochmals zum Anfang zurückzukehren – eher der Auffassung *Hermann Kantorowicz*⁷⁷ und der Darstellung *Golo Manns* als derjenigen *Gustav Radbruchs* entspricht.

75 Denkbar wäre es auch, insoweit von einem – allerdings strikt einzelfallbezogenen – Anwendungs- vorrang zu sprechen. Zu diesem aus dem Unionsrecht geläufigen Begriff *F. Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2016, 98 (Rn. 179).

76 *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht (Fn. 5), 107: „unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen“.