

## § 4. Verfassung und Rechtsgeltung

### These 4

*Mit den Verfassungen des (langen) 19. Jahrhunderts und der daran anknüpfenden Verfassungskontrolle der Gesetzgebung kommt es zu einer operativen Schließung des Rechtssystems. Diese lässt sich adäquat nur als Ergebnis verbundener, aber unabhängiger Prozesse in den Feldern der Politik und des Rechts verstehen, in denen die ganz unterschiedlichen politischen und juristischen Rechtsvorstellungen von Thomas Hobbes und Samuel Stryk zum Ausdruck kamen.*

1852 fragte *Robert von Mohl*, ein hochangesehener Staatsrechtslehrer und einflussreicher Reformpolitiker,<sup>91</sup> in einer auch später maßgeblichen<sup>92</sup> Abhandlung nach der „rechtliche(n) Bedeutung verfassungswidriger Gesetze“.<sup>93</sup> Bereits 1803 hatte nämlich der US Supreme Court in *Marbury v. Madison* eine Gesetzesverwerfungskompetenz für sich beansprucht,<sup>94</sup> und die darauf bezogene internationale Diskussion wurde in Deutschland genau beobachtet.<sup>95</sup> Die Frage war spannend,

- 91 E. Angermann, Robert von Mohl, Neue deutsche Biographie, Bd. 17, 1994, 692–694 m.w.N.
- 92 R. Wahl, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 (1981), 485–516, 492 ff.; E.-W. Böckenförde, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: id., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 29–52, 36.
- 93 R. von Mohl, Ueber die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze, in: id., Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. I, Tübingen 1860, 66–95 (ursprünglich 1852).
- 94 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176–180 (1803) – freilich hat der Supreme Court erst in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts tatsächlich begonnen, Gesetze wegen Verfassungsverstoßes für unwirksam zu erklären. Aus der deutschen Literatur dazu etwa W. Hoffmann-Riem, Das Ringen um die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in den USA und Europa, JZ 2003, 269–275, 269 f.
- 95 Siehe etwa R. von Mohl, Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika, Teil I, Stuttgart und Tübingen 1824, 133 ff. zum Vorrang der US-amerikanischen Verfassung und zu den besonderen Bestimmungen zur Verfassungsänderung. Ferner insbesondere H. Bischof, Verfassung, Gesetz, Verordnung

und die Vorstellung mehrstufiger Rechtssysteme im 19. Jahrhundert auch theoretisch neu. Denn erst mit den modernen Verfassungen war die Verbindlichkeit von Normen zu einer Rechtsfrage geworden.<sup>96</sup> Insbesondere hatte man nämlich das Naturrecht, so ernsthaft man es in den Jahrhunderten zuvor diskutiert hatte, niemals als vorrangig verstanden.<sup>97</sup> Erst in den Verfassungen sahen Juristen sich also mit Normen konfrontiert, die ausdrücklich regelten, in welcher Form und mit welchem Inhalt die Regierungen Recht setzen durften.

Im Vordergrund der politisch aufgeheizten Diskussion in Deutschland stand dabei die „Lebensfrage“<sup>98</sup> der Verbindlichkeit von Verordnungen der Krone. Mehrere Regierungen hatten nämlich mittels solcher Verordnungen Vorschriften erlassen, für die eigentlich ein Gesetz

und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß 16 (1859), 235–294 und 385–442, 286 ff., 405 ff. m.w.N.

- 96 Vgl. etwa *Zachariä*, Erstreckt sich das richterliche Entscheidungsrecht auf die Frage, ob die Regierung eine Verordnung, auf welche sich in einer Streitsache die Parteien beziehn, zu erlassen berechtigt gewesen sey, AcP 16 (1833), 145–182, 145 ff.; *G.F. Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. I, Leipzig 1847, 33 f. (§ 15).
- 97 *Hobbes*, Leviathan (engl./lat.) (Fn. 51), cap. 26 (II/418 f.): „Lex enim Naturalis omnis, virtus moralis est, ut Aequitas, Iustitia, Gratitudo quae ... Leges propriè dictae non sunt; sed Qualitates“; siehe auch cap. 15 (II/240 f.): „The Lawes of Nature ... bind to a desire they should take place“; lat.: „Leges Naturales obligant in *Foro interno*, id est, earum transgressio, non crimen propriè, sed Vitium dicendum est“ – *forum internum* bezeichnet hier einfach das persönliche Gewissen. Für den deutschen Sprachraum *Pufendorf*, De iure naturae et gentium (Fn. 68), lib. VIII, cap. I, § 1. Eine bloß natürliche Obligation sei nicht mittels einer Klage, sondern nur mit sozialen Reaktionen sanktioniert; ausdrücklich verwahrt Pufendorf sich auch gegen einen Rückgriff auf Naturrecht, wo das *ius civile* einen Mangel habe: „Ne nunc dicam, quod semper, ubi lex civilis deficit, ad naturalem rationem recurrit ...“. Anschaulich auch *C. Thomasius*, Fundamenta Juris Naturae et Gentium, 4. Aufl., Halle 1718, lib. II, cap. V, § 34. Näher zum Ganzen *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 53), 113 f.; detaillierter *id.*, „Naturrecht bricht positives Recht“ in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?, in: Festschrift für Paul Mikat, 1989, 419–433; Beispiele etwa bei *K. Luig*, Der Einfluß des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert, ZRG (germ.) 96 (1979), 38–54, insbesondere 43–47 zur römischen Regel „Kauf bricht Miete“ und dem gegenläufigen naturrechtlichen Grundsatz.
- 98 *Zachariä*, Richterliches Entscheidungsrecht (Fn. 96), 147.

und damit die Zustimmung des bürgerlichen Parlaments erforderlich war, die die Regierung jedoch nicht erwarten konnte.<sup>99</sup> Welche Folgen ein solcher Verfassungsverstoß hatte, war in den frühkonstitutionellen Verfassungen allerdings zumeist ungeregelt geblieben. Einen ausdrücklichen Vorrang der Verfassung statuierten die Verfassungen jedenfalls nicht. Gleichwohl hatten die meisten Juristen bis etwa 1850 geradezu selbstverständlich ein Recht zur richterlichen Prüfung derartiger Vorschriften befürwortet.<sup>100</sup> Und auch als der Dritte Deutsche Juristentag 1862 die Frage diskutierte, ob „Verordnungen und Erlasse des Staatsoberhauptes oder der Staatsregierung, deren Inhalt nur in der Form des Gesetzes mit Zustimmung der Stände hätte festgestellt wer-

99 R. Ogorek, Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert. Zur Rekonstruktion einer Streitfrage, ZNR 11 (1989), 12–38, 17 ff., 24 ff.

100 Zu diesen zählte insbesondere auch von Mohl, Bedeutung verfassungswidriger Gesetze (Fn. 93), der die Prüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen als unstrittig darstellte und sich darüber hinaus auch für ein materielles Prüfungsrecht aussprach; ebenso zuvor *id.*, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, 2. Aufl., Tübingen 1840, 90 ff.; später *id.*, Art. „Gesetz, Gesetzgebende Gewalt, Gesetzgebung“, in: J.C. Bluntschli, K. Brater (Hg.), Deutsches Staatswörterbuch, Bd. 4, Stuttgart und Leipzig 1859, 267–289, 268, 271–276, und *passim*. Um die Jahrhundertmitte wollte die wohl herrschende Lehre die Prüfungskompetenz der Gerichte demgegenüber mehr oder weniger deutlich auf die formelle Verfassungsmäßigkeit beschränken: Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl., München 1857, 488 f.; ebenso G. Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I, 3. Aufl., Leipzig 1847, 71. Mehrheitlich ohne eine derartig klare Differenzierung hatten sich zuvor für ein Verwerfungsrecht ausgesprochen insbesondere Jordan, Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabey auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte, AcP 8 (1825), 191–260, 214 ff.; Zachariä, Richterliches Entscheidungsrecht (Fn. 96), 170 ff., 175 ff.; A. Vollert, Ueber die Gültigkeit der mit dem Landtag im Fürstenthum Reuss j. L. ... von der Staatsregierung vereinbarten und erlassenen Gesetze ..., Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 10 (1854), 338–359, 345 f., 358 f. Ferner etwa A.W. Heffter, System des römischen und deutschen Civil-Prozessrechts, 2. Aufl., Bonn 1843, 107 f. Weitergehend aber C. Welcker, Art. „Gesetz“, in: C. von Rotteck, C. Welcker (Hg.), Das Staats-Lexikon. Encyclopädie der sämmtlichen Staatswissenschaften, Bd. 5, Altona 1847, 695–714, 704 f.; Puchta, Vorlesungen (Fn. 96), 33 f. (§ 15); detaillierter *id.*, Brief an Gustav Hugo vom 14.2.1839, in: H.H. Jakobs (Hg.), Georg Friedrich Puchta. Briefe an Gustav Hugo, 2009, 197 f. – näher zur Auffassung Puchtas insoweit C.-E. Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, 2009, 338 ff.

den können, ... für den Richter ... verbindende Kraft“ haben, folgte eine „an Einstimmigkeit grenzende Majorität“<sup>101</sup> dem ablehnenden Votum *Jherings*.<sup>102</sup> Ebenso hatten zuvor auch die maßgeblichen Oberappellationsgerichte entschieden.<sup>103</sup>

Als der Juristentag diese Frage diskutierte, wehte dieser Justiz freilich längst ein scharfer Wind entgegen. Denn die monarchisch-restaurativen Regierungen des Vormärz waren nicht bereit, eine Judikatur hinzunehmen, die sie als eine ungebührliche Einmischung in ihre souveräne Regierungstätigkeit wahrnahmen. Art. 106 Abs. 2 der preußischen Verfassungsurkunde von 1850 entzog den Gerichten deshalb ausdrücklich jedes Recht zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit „gehörig verkündeter Königlicher Verordnungen“; und auch wo die Verfassungen keine solche Einschränkung statuierten, sahen liberale Richter sich unter Umständen massivem politischen Druck ausgesetzt. Die militärische Bundesintervention Bayerns im Kurhessischen Verfassungskonflikt 1850/51 hatte das jedermann in aufsehenerregender Weise vor Augen geführt.<sup>104</sup>

Es wäre allerdings verkürzt, diese Auseinandersetzungen als politischen Herrschaftskonflikt zu beschreiben, in dem es bürgerlich-liberalen Juristen „nur um die Sicherung der landständischen Beteiligung am Prozeß staatlicher Normgebung“ gegangen wäre.<sup>105</sup> Aus juristi-

101 Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages, Bd. II, Berlin 1863, 61.

102 R. Jhering, (stenographischer) Bericht für den Dritten Deutschen Juristentag: Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages II (Fn. 101), 10–19 und 49–55. Zu Jherings Richterbild näher U. Falk, Von Dienern des Staates und anderen Richtern. Zum Selbstverständnis der deutschen Richterschaft im 19. Jahrhundert, in: A. Gouron u.a. (Hg.), Europäische und amerikanische Richterbilder, 1996, 251–292, 271–279.

103 OAG Lübeck, 8.1.1835, Seufferts Archiv 4 (1851), Nr. 250, 399–403, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des OAG Darmstadt, bayerischer Gerichte und des OGH Cassel. W.N. zum In- und Ausland (Frankreich) etwa bei *Zachariä*, Richterliches Entscheidungsrecht (Fn. 96), 151 f., 154, 156–158; Ogorek, Richterliche Normenkontrolle (Fn. 99), 26.

104 Einzelheiten bei E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. II. Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830–1850, 2. Aufl., 1960, 908 ff., 926 ff. Anschaulicher Bericht bereits bei Bischof, Verfassung (Fn. 95), 396–405 und öfter.

105 So indes Ogorek, Richterliche Normenkontrolle (Fn. 99), 17 ff., 38.

scher Perspektive ging es vielmehr darum, die Integrität des Rechts gegen eine übergriffige Politik zu verteidigen, also um einen Grenzkonflikt zwischen Recht und Politik. Kaum jemand hat das so deutlich ausgesprochen wie *Jhering* in seiner Rede auf dem Juristentag. Hier betonte *Jhering* nämlich mit Nachdruck, „daß die ... Frage eine durch und durch civilistisch-juristische ist. ... Ich weiß, bei Manchem hat diese Frage ... einen bedeutenden politischen Beigeschmack – ich glaube indeß, wir sind da, um unser Recht als Juristen geltend zu machen und einer juristischen Frage nicht darum den Charakter einer politischen zuzugestehen, weil sie von mancher Seite *leider* eine politische Bedeutung erlangt hat“.<sup>106</sup> Dass er mit diesen Worten den versammelten Professoren, Richtern und Anwälten aus der Seele sprach, belegen nicht nur protokollierte Bravorufe, sondern vor allem die Einmütigkeit des nachfolgenden Abstimmungsergebnisses.<sup>107</sup> Denn eine solche Einmütigkeit lässt sich kaum damit erklären, dass alle Juristen politisch im selben Lager gestanden hätten;<sup>108</sup> vielmehr kam hier offenbar ein habituell verfestigter spezifisch juristischer Blick auf diesen Verfassungskonflikt zum Ausdruck. Gewiss: der politische Herrscher war frei, Recht zu setzen, wie er es für richtig hielt. Aber hier ging es darum, Fragen des Verfassungsrechts politisch zu entscheiden. Das ging nicht an. Denn das stellte den *legal point of view* in Frage und damit die Grundlagen juristischen Handelns überhaupt: Wenn die Verfassungen die Rechtssetzungsbefugnis ministerialer Verordnungsge-

106 *Jhering*, Bericht für den Dritten Deutschen Juristentag (Fn. 102), 13 (Hervorhebung i.O.).

107 Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages II (Fn. 101), 61.

108 Zur politischen Haltung der deutschen Richterschaft im 19. Jahrhundert anschaulich *Falk*, Von Dienern des Staates (Fn. 102), *passim*. Gewiss stammte die Mehrzahl der Richter aus dem Bürgertum (*R. Koseleck*, Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848, 1967, 245 f., 434 ff.); entsprechend waren viele Richter politisch liberal eingestellt. Gewiss beeinflusste das auch ihr Richterbild und damit ihr richterliches Selbstverständnis; näher *R. Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert (1986), 2. Aufl., 2008, 280 ff., 287 f., 325 ff., 366 ff. Sozial oder politisch homogen war die Juristen- und Richterschaft jedoch zu keinem Zeitpunkt; vielmehr verstanden sich viele Richter als Verteidiger der alten ständischen Ordnung oder auch des spätabsolutistischen Fürstenstaates.

setzgeber zu einer Rechtsfrage gemacht hatten, dann hatten darüber Richter zu entscheiden, nicht politische Herrscher. Verfassungen galten als verbindliches Recht. Sie waren deshalb nach ihrem Sinn und Zweck gegenüber einfachen Gesetzen zumindest grundsätzlich höherrangig.<sup>109</sup>

Mit alldem machten die neuen Verfassungen die Verbindlichkeit des Rechts zu einer Rechtsfrage.<sup>110</sup> Sie bilden damit den Schlussstein der politischen Positivierung des Rechts. Einerseits waren sie nämlich ein Ausdruck politischer Kompromisse. Ob eine Norm verbindlich war, ließ sich also nicht mehr – wie im *usus modernus* – als Gegenstand wahrheitsfähiger Sätze wissenschaftlich diskutieren, sondern war zu einem Gegenstand politischer Rechtssetzung geworden. Andererseits unterwarfen die Verfassungen den politischen Gesetzgebungsprozess rechtlichen Vorgaben: Unter welchen Umständen der Satz *authoritas facit legem* galt, war – jedenfalls aus Sicht der Juristen – zu einer Rechtsfrage geworden,<sup>111</sup> bei deren Beantwortung selbstverständlich der juristischen Argumentation von Richtern das letzte Wort gebührte. Die Verfassungen bildeten damit zugleich auch den Anknüpfungspunkt für eine Schließung des Rechtssystems durch die Gerichtsbarkeit.

109 von Mohl, Bedeutung verfassungswidriger Gesetze (Fn. 93), 82.

110 Vgl. J. Raz, Legal Validity, ARSP 63 (1977), 339–353, 344.

111 Es ist deshalb nicht ganz treffend, bereits die Hobbessche Formel als Beleg für die operative Schließung des Rechts zu einem autopoietischen System heranzuziehen; so indes M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, 2006, 36. Hobbes trat damit lediglich Vorstellungen einer „rechtsschaffenden Wissenschaft“ entgegen; treffend loc. cit., 67.

112 Auch das Reichsgericht hat ein materielles richterliches Prüfungsrecht im Kaiserreich im Einklang mit der Staatsrechtslehre verneint (RG 9, 232, 234 ff.) und ein solches Recht erst in der Weimarer Zeit für sich in Anspruch genommen (RGZ 111, 320, 322 – Aufwertung (1925); RGZ 124, 173, 178 (1929)); dazu Hoffmann-Riem, Normenkontrolle (Fn. 94), 270, m.N. Wie viele andere auch, übergeht Hoffmann-Riem freilich die deutschen Anläufe im Vormärz. Für ein detailliertes und nuanciertes Gesamtbild der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Kaiserzeit und vor allem in Weimar siehe insbesondere H. Dreier, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik, in: T. Simon, J. Kalwoda (Hg.), Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte (= Beihefte zu „Der Staat“, Bd. 22), 2014, 317–372, 322 ff., 327 ff.

Gewiss war hier vieles unklar; und eine volle Verfassungskontrolle parlamentarischer Gesetze hat sich bekanntlich erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts<sup>112</sup> endgültig durchgesetzt.<sup>113</sup> Wichtig ist freilich nur, dass die Ablehnung einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit gerade nicht mehr bedeuten konnte, dass das (Staats-)Recht „aufgehört“ hätte, wo es die Macht des Souveräns nicht ausdrücklich limitierte.<sup>114</sup> Auch wer den Gerichten ein Prüfungsrecht absprach, musste die Verbindlichkeit verfassungswidriger monarchischer Gesetzesbefehle jetzt als eine Rechtsfrage behandeln.<sup>115</sup> Wenn die deutsche Staatsrechtslehre bis in die Weimarer Zeit hinein eine materielle richterliche Verfassungskontrolle von Reichsgesetzen mit den Argumenten abgelehnt hat,<sup>116</sup> der Wille des Souveräns sei die höchste Instanz im Staat,<sup>117</sup> das spätere Gesetz derogiere das frühe-

113 Der Begriff „volle Verfassungsgerichtsbarkeit“ soll keinesfalls ein bestimmtes Ideal oder eine Fortschrittsgeschichte suggerieren – so etwa *Hoffmann-Riem*, Normenkontrolle (Fn. 94). Aber dazu sind die Probleme einer Verfassungsgerichtsbarkeit viel zu komplex und die Lösungen auch im internationalen Vergleich viel zu unterschiedlich. „Es gibt kein allgemein konsistentes Bild von Verfassungsgerichtsbarkeit und deswegen keinen fixen Maßstab, es gibt nur die überaus differenten Realisierungsformen ...“: *H. Dreier*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 113), 319. Entscheidend ist an dieser Stelle allein, wie weit die staatliche Rechtssetzung einer rechtlichen Kontrolle durch Gerichte unterworfen bzw. entzogen ist.

114 *Wahl*, Vorrang der Verfassung (Fn. 92), 494. 1821 hatte man in diesem Sinne freilich noch argumentieren können, es gebe keine normativen rechtlichen Maßstäbe, die die Befugnisse von Regenten regelten: *C.J.A. Mittermaier*, Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses, AcP 4 (1821), 305–370, 334 f.

115 So auch im 19. Jahrhundert *Bischof*, Verfassung (Fn. 95), 240 ff., 385 ff., mit der Unterscheidung „logischer“ und „juristisch wirklicher“ Widersprüche gegen die Verfassung.

116 Nachweise eben Fn. 112; daneben insbesondere *G. Jellinek*, Gesetz und Verordnung, Tübingen 1887, 263 f.; *id.*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, 96 f. Jellinek hat die Frage differenziert im Wege der Auslegung der jeweiligen Verfassung beantwortet. W.N. zur Diskussion bei *Wahl*, Vorrang der Verfassung (Fn. 92); näher *H. Dreier*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 113), 324 ff., 332 ff.

117 *P. Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4 Bände, Tübingen bzw. Freiburg 1876–1882, Bd. II, 38: „... es gibt keinen höheren Willen im Staate als den des Souveräns und in diesem Willen wurzelt gleichmäßig die verbindliche Kraft

re,<sup>118</sup> und die gesetzgebende Gewalt sei der Rechtsprechung übergeordnet,<sup>119</sup> so waren auch das offenkundig rechtliche Antworten auf die Frage nach der Verbindlichkeit verfassungswidriger Gesetze.

Mit alldem wurde das Recht zu einem autopoitischen, also zu einem sich selbst reproduzierenden System.<sup>120</sup> Neues Recht sollte grundsätzlich nur noch nach Maßgabe des Rechts, also durch rechtlich kontrollierte Rechtsakte – und nicht mehr einfach durch Herrscherdekrete (*authoritas*) oder, wie im gemeinen Recht, im Wege informeller Anerkennungsprozesse (*usus*) – entstehen. Es wäre freilich verkürzt, diese Schließung des Rechtssystems als gleichsam notwendige Reaktion des Rechts auf die zunehmende Komplexität moderner Gesellschaften zurückzuführen.<sup>121</sup> Es gibt kein gesellschaftsstrukturelles Entwicklungsgesetz, wonach Rechtsordnungen sich in diesem Sinne operativ gegenüber ihrer Umwelt abschließen müssten;<sup>122</sup> das zeigt sich deutlich etwa im heutigen transnationalen Handelsrecht, wo sich mangels exklusiver Rechtssetzungskompetenzen geltende Rechtsnormen nicht von nicht geltenden unterscheiden lassen. Juristen vermeiden deshalb die Rede von der Geltung des Rechts und fragen stattdessen fallweise nach der Anwendbarkeit einschlägiger Regelwerke, ohne

der Verfassung wie der Gesetze. Die Verfassung ist keine mystische Gewalt, welche über dem Staat schwebt, sondern gleich jedem andern Gesetz ein Willensact des Staates und mithin nach dem Willen des Staates veränderlich.“ Siehe auch *G. Meyer, G. Anschütz*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., 1919, 743 f.

118 Meyer, *Anschütz*, Staatsrecht (Fn. 117), 662, 743 f.

119 So die berühmte Herausgeberanmerkung von *J.C. Bluntschli* zu Mohls Argumentation für eine umfassende richterliche Prüfungspflicht: *von Mohl*, Art. „Gesetz“ (Fn.), 275 f.

120 Zum Konzept autopoitischer Systeme etwa *R. Stichweh*, Die Autopoiesis der Wissenschaft, in: *id.*, Wissenschaft, 47–72, 50 f.; *Teubner*, Recht als autopoitisches System (Fn. 90), 21 ff. und *passim*. Mit der Politik ist das Recht zwar insbesondere durch Gesetze strukturell verkoppelt; es lässt sich aber nicht mehr unmittelbar durch die Politik steuern.

121 So *Luhmann*, Rechtssoziologie (Fn. 50), 190 ff.; Luhmann folgend etwa *T. Guttman*, Genesis, Geltung, Genealogie, in: M. Quante (Hg.), Geschichte – Gesellschaft – Geltung. XXIII. Deutscher Kongress für Philosophie, 2016, 719–734, 720 ff. m.w.N.

122 Näher Jansen, Making Legal Authority (Fn. 83), 148 f. m.w.N.

dabei auch nur über allgemein anerkannte Kriterien zu verfügen, die verbindliche Aussagen über die Autorität solcher Regelwerke tragen könnten.<sup>123</sup>

Damit bildet diese Schließung des Rechts ein contingentes Resultat historischer Prozesse in den Feldern von Politik und Recht, in denen politische und juristische Akteure jeweils eigene Agenden verfolgten; zugleich kamen hier ganz unterschiedliche politische und juristische Vorstellungen vom Recht zum Tragen, wie sie idealtypisch bei *Hobbes* und *Stryk* ihren Ausdruck gefunden hatten:<sup>124</sup> Die politische Verfassungsgesetzgebung bildete einen Prozess innerhalb des politischen Felds; hier galt naturgemäß der gesetzesorientierte Rechtsbegriff, wie ihn paradigmatisch *Hobbes* formuliert hatte. Zu einem Ende kam dieser Prozess freilich erst durch die Reaktion der Justiz, die die Verfassungen als höherrangiges Recht deutete. Diese Reaktion lässt sich geradezu idealtypisch als Grenzarbeit im Konflikt sozialer Geltungsansprüche beschreiben.<sup>125</sup> Denn wenn die Juristen hier habituell ihren *legal point of view* einnahmen, so bekräftigten sie damit letztlich nur den Anspruch, dass im Recht Juristen das letzte Wort gebühre. Selbstverständlich war dieser Anspruch aber nur aus ihrer Perspektive.

123 Vgl. *R. Michaels*, Preamble I. Purposes, Legal Nature, and Scope of the PICC; Applicability by Courts; Use of the PICC for the Purpose of Interpretation and Supplementation and as a Model, in: S. Vogenauer (Hg.), Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2. Aufl., 2015, 31–109; *M. Scherer*, Preamble II. The Use of the PICC in Arbitration, *loc. cit.*, 110–149.

124 Oben These 3, S. 22 ff., 28 ff.

125 Vgl. bereits (in etwas anderem Sinn) *G. Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, 159: „Grenzproblem“.

## These 5

*Die operative Schließung des Rechts findet semantisch Ausdruck in der Umstellung des Rechts auf den Begriff der Geltung.*

Es ist im Nachhinein bemerkenswert, wie rasch die Juristen diese Schließung ihrer Rechtssysteme auf den Begriff gebracht haben.<sup>126</sup> Zu Beginn des 19. Jahrhunderts war nämlich, wenn die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes in Rede stand, zumeist untechnisch von der „verfassungsmäßigen Gültigkeit“ die Rede gewesen;<sup>127</sup> eine spezifische Terminologie für die Verbindlichkeit des Rechts gab es noch nicht. Allerdings meinten führende Juristen wie *Puchta* und *Jhering*, die Frage der Verbindlichkeit von Gesetzen treffender mit dem Begriff der „Existenz“ einer Norm fassen zu können.<sup>128</sup> Sie zielten mit dieser Begriffswahl auf die Frage, ob das Gesetz einen Teil des Rechtssystems bildete, und brachten damit zum Ausdruck, dass die Verbindlichkeit einer Rechtsnorm nichts anderes bedeutete als ihre Zugehörigkeit zum Rechtssystem. Aus der normativen Perspektive des Rechts erschien es jetzt also plausibel, die Verbindlichkeit eines Gesetzes als eine gleichsam ontologische Aussage zu reformulieren.

Ab der Jahrhundertmitte etablierte sich für diesen Gedanken dann der spezifische Begriff der Geltung – ein Modebegriff, der, soweit ich

- 126 Das ist der zentrale Aspekt der operativen Schließung des Rechts im Begriff der Geltung; die zunehmende Bedeutung von Gesetzesrecht war demgegenüber sekundär. Darauf stellt indes als maßgeblich ab: *N. Luhmann*, Die Geltung des Rechts, Rechtstheorie 22 (1991), 273–286, 273.
- 127 OAG Lübeck, 8.1.1835, Seufferts Archiv 4 (1851), Nr. 250, 399 f. m.N.; siehe auch *Zachariä*, Richterliches Entscheidungsrecht (Fn. 96), 175 und öfter: „Rechtsgültigkeit der Verordnungen“ (1833); *von Mohl*, Bedeutung verfassungswidriger Gesetze (Fn. 93), 81: „keine Gültigkeit“; „kein gültiges“ Gesetz.
- 128 *Puchta*, Brief an Gustav Hugo vom 14. 2.1839 (Fn. 100), 197: „Ich behaupte, daß der Richter die Existenz des Gesetzes zu beurtheilen habe“; *id.*, Vorlesungen (Fn. 96), 33: „Existenzfrage“. Ebenso *Jhering*, Bericht für den Dritten Deutschen Juristentag (Fn. 102), 11.

sehe, zuvor in dieser Bedeutung nicht gebräuchlich gewesen war.<sup>129</sup> Damit wurde „Geltung“ zu einem juristischen *terminus technicus*,<sup>130</sup> und zwar auch außerhalb des engeren verfassungsrechtlichen Kontexts. In diesem Sinne sprach Savigny 1840 von der „Geltung“ des gemeinen Rechts<sup>131</sup> und Beseler 1843 von der „allgemeinere(n) Geltung des römischen Rechts in einer früheren Zeit“.<sup>132</sup> Ganz genauso diskutierte Bluntschli dann 1868 die Geltung völkerrechtlicher Normen<sup>133</sup> und von Liszt 1881 die zeitliche Geltung von Strafvorschriften.<sup>134</sup> Bei

- 129 Ausführlich J. Grimm, W. Grimm, Deutsches Wörterbuch, bearbeitet von R. Hildebrand und H. Wunderlich, Bd. IV, Abt. 1, Theil 2, Leipzig 1897, Sp. 3066–3096, Stichwort „Gelten“, sowie Sp. 3098 f., Stichwort „Geltung“. Ursprünglich bedeutet *gelten* „das Schuldige leisten“, insbesondere auch eine Gegenleistung („vergelteten“), nimmt dann aber, zunächst im Geschäftsleben, auch die Bedeutung von „einen anerkannten Wert haben“ an (eine bestimmte Währung „gilt“ an einem bestimmten Ort; vgl. J. Möser, Patriotische Phantasien, Bd. II, Berlin 1776, 463: „Circulation mit zu vielen Geltungen (Münze und Papier sind beyde Geltungen“). Seit der Aufklärungszeit wurde der Begriff dann auch auf andere Arten von Normativität, etwa auf Regeln der Grammatik, bezogen. Zudem wurde der Begriff seit dem 16. Jahrhundert im Sinne von „gelten lassen“ auch auf Satzungen aller Art bezogen; in diesem Sinne konnte man davon sprechen, ein Gesetz gelten zu lassen (Grimm, Grimm, loc. cit., Sp. 3085 f.). Dabei ging es aber offenbar nicht um Fragen der Gültigkeit bzw. Wirksamkeit, sondern um die Anerkennung tradiert er oder später auch statuierter Normen.
- 130 Siehe etwa Beseler, System des deutschen Privatrechts (Fn. 100), 72: „Umfang und Maß der Geltung des Gesetzes“. Beseler hatte die formelle Verfassungsmäßigkeit allerdings unter der Überschrift „Form der Gesetze“ (68 ff.) diskutiert, und bezog den Begriff der Geltung auf materielle Fragen, insbesondere auf die Irrelevanz entgegenstehender Privatrechte und auf die Verbindlichkeit auch gegenüber dem Souverän.
- 131 F.C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, 4: „Bey der Auflösung des Deutschen Reichs behaupteten nun manche Schriftsteller, daß das gemeine Recht mit seiner Basis, der Reichsstaatsgewalt, auch seine Geltung verloren habe.“
- 132 G. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843, 31.
- 133 J.C. Bluntschli, Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten, Nördlingen 1868, 10: „Das Völkerrecht ... hat schon manchen Sieg über die Schwierigkeiten erfochten, welche seiner Geltung im Wege stehen“.
- 134 F. von Liszt, Das deutsche Reichsstrafrecht, Berlin u.a. 1881, 44: „fordauernde Geltung des §. 270 des preuß. StGB.“; siehe auch loc. cit., 49: „Die Strafrechtsätze ... finden keine Anwendung auf die vor oder nach ihrer Geltung begangenen Delikte“.

*Laband* fungiert die Geltung dann durchgehend als Fluchtpunkt der dogmatischen Darstellung.<sup>135</sup>

Auch heute definiert die Rechtstheorie „Geltung“ in gleicher Weise als „spezifische Form der Existenz einer Norm“,<sup>136</sup> wobei diese Existenz nach wie vor nichts anderes besagen soll als die Zugehörigkeit einer Norm zur Rechtsordnung.<sup>137</sup> Dabei formulieren moderne Rechtsordnungen in ihren Verfassungen einfach handhabbare normative Maßstäbe für die Wirksamkeit von Rechtsschöpfungsakten, anhand derer sich ohne weiteres bestimmen lässt, ob ein Gesetz oder eine Verordnung in dem Sinne „existiert“, dass die Norm ein Element der Rechtsordnung bildet. Es ist deshalb möglich, so *Gustav Radbruch* bereits 1914, „die Geltung des Rechts darzutun, ohne die Sphäre des Rechts zu überschreiten, die Geltung von Rechtssätzen immer wieder

- 135 *Laband*, Staatsrecht I (Fn. 117), 8: „Gesetze ..., welche wegen ihres Ursprungs formell gemeinrechtliche Kraft und Geltung hatten und welche trotz der Auflösung des Reiches diese Bedeutung behielten“; Bd. II, 1: „Geltung“ von Gewohnheitsrecht; Bd. III/1, 3: „Die Reichsverfassung enthält demnach gleichsam ein Idealrecht, welches nirgends verwirklicht ist, das vielmehr nur die Normallinie bildet, um welche sich die tatsächlich in Geltung stehenden Regeln in mancherlei Windungen ziehen“; Bd. III/2, 2: „Bis zum Erlaß dieser gemeinsamen Gesetzgebung blieb allerdings ... die bunte Masse der partikularen Rechtsvorschriften über das Verfahren in Geltung ...“. Daneben sprach *Laband* durchgehend im heutigen Sinn von „in Geltung treten“ bzw. „stehen“ oder „haben“.
- 136 H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, 9 (u. ff.); Raz, Legal Validity (Fn. 110), 339, 341; vgl. auch G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1921, 20 f. Vgl. auch R. Lippold, Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen, Rechtstheorie 19 (1988), 463–489, 467, Fn. 12: Geltung sei „die Form ..., in der eine Norm normativ existiert; ebenso wie man sagen kann, daß Leben die Form ist, in der Lebewesen biologisch (und nicht bloß chemisch) existieren.“
- 137 H.L.A. Hart, The Concept of Law, 2. Aufl., 1994, 103; Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 136), 196 ff.; Lippold, Geltung (Fn. 136), 465 ff.; vgl. auch Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein (Fn. 111), 32 ff., 38 ff., 40 ff.; id., „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: C. Engel, W. Schön (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 241–281, 272 f.; Raz, Legal Validity (Fn. 110), 343: „law regulates its own validity ... it can and does set social and factual tests for validity – quite unlike those determining the validity of moral rules“. Ob das für sämtliche Rechtssysteme gilt, ist nach allem historisch zweifelhaft; umgekehrt lässt sich freilich auch nicht sagen, dass eine geschriebene Verfassung eine Voraussetzung dafür bildet, dass Geltungsfragen zu Rechtsfragen werden.

auf die Geltung anderer Rechtssätze zu gründen“.<sup>138</sup> Genau das beschrieb die Systemtheorie später als die operative Schließung autopoietischer Rechtssysteme gegenüber ihrer Umwelt.

In dieser Bedeutung bestimmt die Differenz von Geltung und Nichtgeltung heutzutage als der Zweitcode des Rechts das Denken von Juristen. „Geltung“ fungiert heute selbstverständlich als dogmatischer Grundbegriff. Juristen unterscheiden nicht mehr einfach Recht und Unrecht, sondern geltende Normen von solchen, die nicht gelten. Besonders deutlich ist das natürlich, wo die Geltung einer Norm den Gegenstand eines Verfassungsrechtsstreits bildet. Es gilt aber gleichermaßen bei jeder juristischen Kontroverse. Denn wenn eine Rechtsfrage ernsthaft kontrovers ist, wenn also verschiedene Möglichkeiten für die Entscheidung eines anstehenden Falls bestehen, müssen Juristen entscheiden, welche der möglichen Normen tatsächlich gelten soll. Genau auf solche Entscheidungen zielt die juristische Argumentation. Wo in dieser Weise entschieden wird, geht es aber nicht um eine Differenzierung „wahrer“ von „falschen“, sondern geltender von nicht geltenden Rechtssätzen. In der juristischen Argumentation steht dementsprechend nicht die „Wahrheit“ oder „Richtigkeit“ einer Rechtsbehauptung zur Debatte, sondern die Geltung einer Rechtsnorm – etwa als Grundlage eines Urteils. Dass Juristen solche Entscheidungen in der beschreibenden Sprache einer Rechtsdogmatik formulieren,<sup>139</sup> ändert daran nichts.

138 Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 125), 159. In genau demselben Sinn später Luhmann, Geltung (Fn. 126), 279: „Das Recht bestimmt, was als Recht gilt und geht dabei vom gegebenen Recht aus“.

139 Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 136), 77: die normativen Sätze der Rechtswissenschaft hätten einen „beschreibenden Sinn“. In diesem Sinne hat H.L.A. Hart die rechtsdogmatische Tätigkeit mit der Übersetzung fremdsprachiger Befehle verglichen: Kelsen Visited, in: *id.*, Essays in Jurisprudence and Philosophy, 1983, 286–308, 287 ff., 293 f. Zum Ganzen M.P. Golding, Kelsen and the Concept of a „Legal System“, ARSP 47 (1961), 355–386, 357 ff., 361 ff.; siehe auch Raz, Legal Validity (Fn. 110), 346 ff.

