

STEPHAN MEYER

# Juristische Geltung als Verbindlichkeit

*Jus Publicum*

208

---

**Mohr Siebeck**

JUS PUBLICUM  
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 208





Stephan Meyer

# Juristische Geltung als Verbindlichkeit

Mohr Siebeck

*Stephan Meyer*, geboren 1971; 1995–1998 Studium der Staatswissenschaft in München; 2003 Promotion; 2004–2010 Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft, Universität Erfurt; 2010 Habilitation.

e-ISBN PDF 978-3-16-151289-6  
ISBN 978-3-16-150731-1  
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond Antiqua gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Diese Studie lag der Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Erfurt im Sommersemester 2010 als Habilitationsschrift vor. Sie entstand während meiner Assistentenzeit am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft.

Zuvörderst gilt mein Dank meinem akademischen Lehrer Herrn Professor Dr. Arno Scherzberg. Seine feinfühligte Betreuung und Begleitung nicht nur der Anfertigung der Habilitationsschrift, sondern meines gesamten akademischen Weges in der Erfurter Zeit waren für mich ein unschätzbare Gewinn und persönliches Vorbild.

Zu danken habe ich meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Rupert Stettner, der meinen Werdegang auch nach der Promotion stets wohlwollend und hilfreich begleitet hat. Dank gebührt den Zweitgutachtern Herrn Professor Dr. Horst Dreier und Herrn Professor Dr. Matthias Jestaedt für die zügige Erstellung ihrer Gutachten, ebenso der Fakultät für stete Anregung, für die Durchführung des Verfahrens und für den Vollzug der Habilitation. Frau Sabina Albrecht und Frau Anne Pintz gebührt das Verdienst höchst gewissenhafter Durchsicht des Manuskripts. Dem Mohr Siebeck Verlag danke ich sehr für die freundliche Aufnahme in die Reihe Jus Publicum. Die Drucklegung der Schrift wurde großzügig von der Deutschen Forschungsgemeinschaft gefördert.

*Erfurt, im Juni 2011*

*Stephan Meyer*



## Inhaltsübersicht

|  |     |
|--|-----|
| Einführung . . . . .   | 1   |
| I. Forschungshypothesen . . . . .  | 1   |
| II. Anmerkungen zur Methode und zu Prämissen. . . . .  | 7   |
| III. Anmerkungen zur Terminologie. . . . .   | 8   |
| Erster Teil: Die Begründung der Rechtspflicht als Desiderat . . . . .                                | 9   |
| I. Das Problem des Rechtsbegriffs . . . . .  | 9   |
| 1. Die Bedeutung von Definitionen . . . . .  | 9   |
| 2. Zusammenhang von Staat und Recht. . . . .   | 12  |
| 3. Das staatsabhängige Recht. . . . .  | 14  |
| 4. Anationales Recht?. . . . .   | 16  |
| 5. Das staatsabhängige Recht als Arbeitsdefinition . . . . .   | 17  |
| 6. Verhältnis des gewählten Arbeitsbegriffs zum Stand der<br>Theoriebildung . . . . .                | 18  |
| II. Juristische Geltung als Bewirkung der Verbindlichkeit des<br>Normbefehls . . . . .               | 19  |
| 1. Zur Vielfalt der Geltungsbegriffe. . . . .  | 19  |
| 2. Zum Verpflichtungscharakter juristisch geltenden Rechts . . . . .                                 | 24  |
| 3. Ergebnis . . . . .  | 54  |
| III. Die Rechtspflicht als „Moralpflicht“. . . . .   | 55  |
| 1. Abgrenzung zur Rechtspositivismusdebatte. . . . .   | 55  |
| 2. Offene Fragen um den moralischen Verpflichtungsbegriff. . . . .                                   | 95  |
| 3. Die moralbasierten Ansätze zur Begründung der Rechtspflicht<br>im Einzelnen . . . . .             | 124 |
| 4. Zusammenfassung und Auswertung der Ergebnisse . . . . .   | 202 |
| 5. Zu den Grundlagen einer extraterritorialen Geltungs-<br>erstreckung von Rechtsordnungen . . . . . | 209 |
| IV. Ergebnisse und resultierende Forschungsfragen . . . . .  | 216 |
| 1. Ergebnisse. . . . .   | 216 |
| 2. Folgen des Scheiterns moralbasierter Konzepte. . . . .  | 218 |
| 3. Resultierende Forschungsfragen . . . . .  | 221 |



|  |         |
|--|---------|
| Zweiter Teil: Geltungsgrund und reales Substrat . . . . .  | 223     |
| I. Zur Möglichkeit objektiven moralischen Sollens . . . . .  | 223     |
| 1. Die Unverzichtbarkeit eines moralischen Realismus für die<br>Ethik . . . . .                        | 224     |
| 2. Die Scheingefechte um den moralischen Realismus. . . . .  | 224     |
| 3. Fazit . . . . .   | 232     |
| II. Die Grundnorm als Geltungsgrund . . . . .  | 233     |
| 1. Grundgedanke . . . . .  | 234     |
| 2. Der Erkenntnisgegenstand der „Reinen Rechtslehre“ . . . . .   | 238     |
| 3. Wirksamkeit und Geltung . . . . .   | 260     |
| 4. Fiktionalität der Grundnorm . . . . .   | 280     |
| 5. Die Ontologisierung der Grundnorm . . . . .   | 286     |
| 6. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen . . . . .  | 314     |
| III. Eine Alternative zum Normnihilismus? . . . . .  | 319     |
| 1. Zur Inadäquanz einer bloß sprachanalytischen Wahrheits-<br>feststellung von Sollenssätzen . . . . . | 319     |
| 2. Nicht-psychischer Wille als Rechtsquelle?. . . . .  | 322     |
| 3. Der hypothetische Charakter der Konzeption und ihre<br>Alternative. . . . .                         | 338     |
| IV. Ergebnisse . . . . .   | 338     |
| 1. Die Nichteignung der Moral zur Verbindlichkeitsbegründung . . . . .                                 | 338     |
| 2. Die Grundnorm als Ausweg aus der Geltungsaporie? . . . . .  | 339     |
| 3. Rekurs auf die Philosophie des Geistes? . . . . .   | 341     |
| 4. Die Gesellschaft als intentionales System?. . . . .   | 342     |
| <br>Ergebnisse der Studie. . . . .   | <br>343 |
| I. Zur ersten Forschungshypothese. . . . .   | 343     |
| II. Zur zweiten Forschungshypothese. . . . .   | 344     |
| III. Weitere zentrale Ergebnisse der Studie . . . . .  | 345     |
| 1. Die Bedeutungslosigkeit des Staates für den Rechtsbegriff . . . . .                                 | 345     |
| 2. Das Partikularitätserfordernis: die personale Reichweite von<br>Rechtsordnungen . . . . .           | 345     |
| 3. Beseitigung der Geltungsaporie mit Hilfe der Philosophie des<br>Geistes? . . . . .                  | 346     |
| <br>Schrifttumsverzeichnis. . . . .  | <br>347 |

## Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| Einführung . . . . .   | 1  |
| I. Forschungshypothesen . . . . .  | 1  |
| II. Anmerkungen zur Methode und zu Prämissen. . . . .                                  | 7  |
| III. Anmerkungen zur Terminologie. . . . .   | 8  |
| <br>   |    |
| Erster Teil: Die Begründung der Rechtspflicht als Desiderat . . . . .                  | 9  |
| I. Das Problem des Rechtsbegriffs . . . . .  | 9  |
| 1. Die Bedeutung von Definitionen . . . . .  | 9  |
| 2. Zusammenhang von Staat und Recht . . . . .  | 12 |
| 3. Das staatsabhängige Recht . . . . .   | 14 |
| 4. Anationales Recht? . . . . .  | 16 |
| 5. Das staatsabhängige Recht als Arbeitsdefinition . . . . .                           | 17 |
| 6. Verhältnis des gewählten Arbeitsbegriffs zum Stand der<br>Theoriebildung . . . . .  | 18 |
| II. Juristische Geltung als Bewirkung der Verbindlichkeit des<br>Normbefehls . . . . . | 19 |
| 1. Zur Vielfalt der Geltungsbegriffe . . . . .   | 19 |
| a) Zur faktischen Geltung . . . . .  | 20 |
| b) Zur juristischen und ethischen Geltung . . . . .                                    | 21 |
| 2. Zum Verpflichtungscharakter juristisch geltenden Rechts . . . . .                   | 24 |
| a) Die juristische Geltung einer Norm als Zugehörigkeitsurteil . . . . .               | 25 |
| b) Die juristische Geltung einer Norm als Aktualität eines<br>Befehls. . . . .         | 29 |
| aa) Die Aktualisierungswirkung des Geltungseintritts . . . . .                         | 29 |
| bb) Die imperative Natur des Rechts . . . . .  | 30 |
| (1) Zu den Grundlagen der Imperativentheorie . . . . .                                 | 30 |
| (2) Imperativentheorie und „Erlaubnis“ . . . . .                                       | 32 |

|  |     |
|--|-----|
| (3) Erweiterung der Imperativentheorie auf „unvollständige Rechtsnormen“ – Die Aufgabe der Differenz von Rechtssatz und Rechtsnorm . . . . . | 33  |
| (4) Imperativentheorie und „subjektive Rechte“ . . . . .   | 36  |
| (5) Imperativentheorie und Rechtsinstitute . . . . .   | 37  |
| (6) Imperativentheorie und „Ermächtigungen“ . . . . .  | 38  |
| c) Die juristische Geltung einer Norm als Verbindlichkeitsgrund  | 38  |
| d) Legitimität des Staates als Verpflichtungsgrund? . . . . .  | 44  |
| e) Die Verbindlichkeit des Rechts qua Recht. . . . .   | 52  |
| 3. Ergebnis . . . . .  | 54  |
| <br>   |     |
| III. Die Rechtspflicht als „Moralpflicht“ . . . . .  | 55  |
| 1. Abgrenzung zur Rechtspositivismusdebatte. . . . .   | 55  |
| a) Die Begriffe „Moral“ und „Naturrecht“. . . . .  | 55  |
| b) Die Debatte um das Verhältnis von Recht und Moral . . . . .   | 58  |
| aa) Maßstäbe der Rechtsbegriffsdefinition . . . . .  | 58  |
| (1) Der ethische Maßstab . . . . .   | 60  |
| (2) Der Maßstab wissenschaftlich zweckmäßiger Begriffsdefinition. . . . .  | 62  |
| bb) Indifferenz einer moralischen Rechtspflichtbegründung gegenüber der Rechtspositivismusdebatte . . . . .                                  | 71  |
| (1) Nichtpositivismus und Verbindlichkeitsfrage . . . . .  | 71  |
| (2) Die Unverzichtbarkeit der Verbindlichkeit des Rechts auch für den Rechtspositivismus . . . . .   | 72  |
| (3) Normativität im Rechtsrealismus. . . . .   | 78  |
| (4) Der „interne Standpunkt“ als Ausweg aus dem Verbindlichkeitsproblem? . . . . .   | 80  |
| (5) Die Reine Rechtslehre als verpflichtungsfreie Theorie des Rechts? . . . . .  | 86  |
| (6) Verbindlichkeitsfreier Rechtsbegriff bei <i>Hoerster</i> ? . . . . .   | 88  |
| cc) Ergebnis . . . . .   | 93  |
| 2. Offene Fragen um den moralischen Verpflichtungsbegriff. . . . .   | 95  |
| a) Natur und Wirkungsweise von „Pflicht“ . . . . .   | 95  |
| aa) Sollen und kategorischer Imperativ . . . . .   | 96  |
| bb) Pflicht als Bereitstellung von Handlungsgründen . . . . .  | 103 |
| cc) Die Moralpflicht als autonome oder heteronome Verpflichtung? . . . . .   | 105 |
| dd) Normativität bei <i>Stemmer</i> ; die Kategorie unverbindlicher Befehle . . . . .  | 107 |
| (1) <i>Stemmers</i> Konzeption . . . . .   | 107 |

|  |     |
|--|-----|
| (2) Der Begriff des unverbindlichen Befehls in der vorliegenden Studie. . . . .  | 108 |
| (3) Verpflichtung bei <i>Stemmer</i> . . . . .   | 109 |
| b) Verhältnis von Sollen und Verpflichtung; prima facie-Verpflichtungen . . . . .  | 110 |
| aa) Vorrang der phänomenologischen vor der begrifflichen Ebene. . . . .  | 111 |
| bb) Das Konzept der prima-facie-Verpflichtung . . . . .  | 113 |
| cc) prima facie-Verpflichtung und moralische Begründung der Rechtspflicht. . . . .   | 114 |
| c) Politische Verpflichtung: ein begriffsanalytisches Scheinproblem? . . . . .   | 115 |
| d) Die Gerichtetheit von Verpflichtung. . . . .  | 118 |
| e) Das Partikularitätsproblem . . . . .  | 119 |
| 3. Die moralbasierten Ansätze zur Begründung der Rechtspflicht im Einzelnen. . . . .                                       | 124 |
| a) Zur Motivation einer moralischen Rechtspflichtbegründung . . . . .  | 124 |
| b) Institutionelle Verpflichtungen . . . . .   | 127 |
| c) Vertrags- bzw. Konsenstheorie . . . . .   | 135 |
| aa) Der Okkultismus vom Gesellschaftsvertrag . . . . .   | 136 |
| bb) Der nur „hypothetische“ Vertrag als gehaltvolles nicht-empirisches Vertragsmodell politischer Verpflichtung? . . . . . | 146 |
| cc) Der Vertrag als Verpflichtungserzeugung ex nihilo? . . . . .   | 150 |
| dd) Exkurs I: Nicht-legitimationstheoretische Deutung des Hobbes'schen Gesellschaftsvertrages . . . . .                    | 151 |
| ee) Exkurs II: Die Vertragsmetapher als Anleitung erfolgreicher Herrschaft? . . . . .                                      | 153 |
| ff) Vertragstheorie und Partikularitätserfordernis . . . . .   | 153 |
| d) Utilitarismus . . . . .   | 154 |
| aa) Zum Scheitern des Handlungsutilitarismus als Rechtspflichtbegründung. . . . .  | 155 |
| bb) Zu den Aporien des Regelutilitarismus . . . . .  | 157 |
| cc) Die Angewiesenheit des Utilitarismus auf Naturrecht . . . . .  | 158 |
| e) Der Rechtsgesam als Gebot der Fairness? . . . . .   | 158 |
| aa) Defizite der Anwendung des Fairnessprinzips auf die politische Verpflichtung . . . . .                                 | 158 |
| bb) <i>Kloskos</i> Modifikation des Fairness-Ansatzes für nicht ausschließbare Güter . . . . .                             | 164 |
| f) Verpflichtung zur Unterstützung gerechter Institutionen? . . . . .  | 167 |
| aa) Einwände hinsichtlich des Partikularitätserfordernisses . . . . .  | 169 |
| bb) Die Weiterentwicklung des Ansatzes durch <i>Waldron</i> . . . . .  | 170 |
| cc) Diskussion des Ansatzes von <i>Waldron</i> . . . . .   | 172 |

|  |     |
|--|-----|
| g) Verpflichtung aus Dankbarkeit? . . . . .  | 181 |
| aa) Vorschläge zu Dankbarkeitspflichten auslösenden<br>Tatbeständen . . . . .  | 181 |
| bb) Vorschläge zur Konkretisierung des Inhalts einer<br>Dankbarkeitspflicht . . . . .                                      | 184 |
| cc) Stellungnahme . . . . .  | 184 |
| h) Skeptische Ansätze . . . . .  | 188 |
| aa) Ersetzung politischer Verpflichtung durch partiell<br>legitime staatliche Befehlsgewalt: <i>Leslie Green</i> . . . . . | 188 |
| bb) Ersetzung politischer Verpflichtung durch partiell<br>legitime staatliche Befehlsgewalt: <i>Joseph Raz</i> . . . . .   | 188 |
| (1) Ausschluss einer allgemeinen moralbasierten Rechts-<br>pflicht . . . . .   | 189 |
| (2) Rechtspflicht aus Respekt vor dem Recht? . . . . .   | 191 |
| (3) Das soziale Fundament des Rechtsgehorsams . . . . .  | 192 |
| (4) Bewertung . . . . .  | 196 |
| i) Rechtspflicht als Kombinationspflicht? . . . . .  | 199 |
| aa) Der Ansatz multipler Prinzipien bei <i>Klosko</i> . . . . .  | 199 |
| bb) Bewertung des Ansatzes von <i>Klosko</i> . . . . .   | 200 |
| 4. Zusammenfassung und Auswertung der Ergebnisse . . . . .   | 202 |
| a) Recht als Moralpflicht vs. Rechtspositivismus . . . . .   | 202 |
| b) Konzeptionelle Bedenken gegen eine moralische Rechts-<br>pflichtbegründung . . . . .                                    | 203 |
| c) Rechtspflicht als prima facie-Verpflichtung? . . . . .  | 204 |
| d) Zur mangelnden Überzeugungskraft der moralbasierten<br>Begründungsansätze . . . . .                                     | 205 |
| 5. Zu den Grundlagen einer extraterritorialen Geltungs-<br>erstreckung von Rechtsordnungen . . . . .                       | 209 |
| a) Zur Partikularität der einzelnen Begründungsansätze . . . . .   | 209 |
| b) Eigene Weiterentwicklung der Ansätze von <i>Rawls</i> und<br><i>Waldron</i> . . . . .                                   | 211 |
| c) Kein moralbasierter Nachweis einer Partikularität der<br>Rechtspflicht . . . . .  | 215 |
| IV. Ergebnisse und resultierende Forschungsfragen . . . . .  | 216 |
| 1. Ergebnisse . . . . .  | 216 |
| 2. Folgen des Scheiterns moralbasierter Konzepte . . . . .   | 218 |
| 3. Resultierende Forschungsfragen . . . . .  | 221 |

|   |     |
|---|-----|
| Zweiter Teil: Geltungsgrund und reales Substrat . . . . .   | 223 |
| I. Zur Möglichkeit objektiven moralischen Sollens . . . . .   | 223 |
| 1. Die Unverzichtbarkeit eines moralischen Realismus für die<br>Ethik . . . . .   | 224 |
| 2. Die Scheingefechte um den moralischen Realismus . . . . .  | 224 |
| 3. Fazit . . . . .  | 232 |
| II. Die Grundnorm als Geltungsgrund . . . . .   | 233 |
| 1. Grundgedanke . . . . .   | 234 |
| 2. Der Erkenntnisgegenstand der „Reinen Rechtslehre“ . . . . .  | 238 |
| a) Rechtsordnung als Zwangsordnung . . . . .  | 238 |
| b) Rechtsnorm als Sanktionsnorm und Rechtspflicht . . . . .   | 241 |
| c) Zurechnung der Sanktion zum „Staatswillen“ in den „Haupt-<br>problemen“ als Erweis der Sanktionstheorie?. . . . .                | 245 |
| aa) Funktion des Staatswillens . . . . .  | 246 |
| (1) Fehlender Sollenscharakter der Sanktionsnorm. . . . .   | 246 |
| (2) <i>Kelsens</i> Begriff der Staatspflicht . . . . .  | 248 |
| (3) Staatswille als rechtssatzförmiger Identifikations-<br>maßstab staatlichen Handelns. . . . .                                    | 249 |
| bb) Rechtspflicht und Sanktionsbewehrung . . . . .  | 250 |
| (1) Die Definition der Rechtspflicht in den „Haupt-<br>problemen“ . . . . .   | 250 |
| (2) Sanktionstheorie als der Hüter rechtswissenschaft-<br>lichen Erkenntnisinteresses?. . . . .                                     | 253 |
| (3) Die Rechtspflicht als das Gesollte. . . . .   | 256 |
| cc) Bewertung . . . . .   | 256 |
| d) Ergebnis: Ablehnung der Sanktionstheorie . . . . .   | 257 |
| e) Bedeutung des Ergebnisses für das Partikularitätserfordernis   | 258 |
| f) Inkurs: Grundnorm als Sanktionsnorm? . . . . .   | 259 |
| 3. Wirksamkeit und Geltung . . . . .  | 260 |
| a) Die Wirksamkeit als hinreichende Bedingung der Geltung? . . . . .  | 262 |
| b) Der Geltungseintritt einer verzögert wirksam werdenden<br>Verfassungsordnung . . . . .   | 265 |
| c) Die Ersetzung der <i>Kelsen'schen</i> Geltungsbedingung der<br>Wirksamkeit durch die der Aktualität der Befehlerteilung. . . . . | 268 |
| d) Das verbleibende Prüfprogramm. . . . .   | 276 |
| 4. Fiktionalität der Grundnorm . . . . .  | 280 |
| 5. Die Ontologisierung der Grundnorm . . . . .  | 286 |
| a) Die Grundnorm als metaphysische Existenzbehauptung?. . . . .   | 286 |
| aa) Die Realismus-Antirealismus-Debatte . . . . .   | 286 |

|  |     |
|--|-----|
| bb) Antirealismus in der Physik? . . . . .   | 289 |
| (1) Zur Quantenmechanik. . . . .   | 289 |
| (2) Physikalische Theorien als Sprachgebilde . . . . .   | 290 |
| cc) Realismus als Plausibilitätserwägung . . . . .   | 291 |
| dd) Folge für die Grundnorm . . . . .  | 292 |
| b) Die Grundnorm als erkenntnisermöglichende Annahme? . . . . .  | 294 |
| aa) Die erkenntnisleitende Funktion der Grundnorm bei<br><i>Thienel</i> . . . . .                      | 295 |
| (1) Das der Rechtswissenschaft gegebene Material . . . . .   | 295 |
| (2) Die Notwendigkeit einer normativen Deutung des<br>Rechts . . . . .                                 | 296 |
| (3) Kritik . . . . .   | 297 |
| bb) Ergebnis . . . . .   | 299 |
| c) Die Grundnorm als Axiom? . . . . .  | 303 |
| aa) Naturwissenschaftliche Axiomatik . . . . .   | 303 |
| bb) Der „Wille“ als Objektivationsobjekt der Grundnorm . . . . .                                       | 305 |
| (1) Realpsychischer Wille des Normsetzers und<br>objektive Geltung. . . . .                            | 306 |
| (2) Erfordernis eines Surrogats des realpsychischen<br>Willens. . . . .                                | 310 |
| cc) Erfordernis einer Ontologisierung der Grundnorm. . . . .   | 313 |
| 6. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen . . . . .  | 314 |
| a) Der Rechtsbegriff . . . . .   | 314 |
| b) Die Rechtsordnung als Normgeber . . . . .   | 316 |
| c) Die Qualität der Grundnorm. . . . .   | 316 |
| d) Die Ontologisierung von Willen und Grundnorm. . . . .   | 317 |
| III. Eine Alternative zum Normnihilismus? . . . . .  | 319 |
| 1. Zur Inadäquanz einer bloß sprachanalytischen Wahrheits-<br>feststellung von Sollenssätzen . . . . . | 319 |
| 2. Nicht-psychischer Wille als Rechtsquelle? . . . . .   | 322 |
| a) Zum Umfang des Erklärungsanspruchs . . . . .  | 322 |
| b) Zur nicht-paradigmatischen Qualität eines reduktionisti-<br>schen Erklärungsansatzes . . . . .      | 324 |
| c) Das Intentionalitätsproblem . . . . .   | 325 |
| aa) Definition von Intentionalität . . . . .   | 325 |
| bb) Das Problem . . . . .  | 326 |
| cc) Nicht-eliminative Lösungsansätze . . . . .   | 328 |
| dd) Der Funktionalismus . . . . .  | 329 |
| d) Die Gesellschaft als intentionales System? . . . . .  | 334 |
| e) Wo bleibt die Verbindlichkeit? . . . . .  | 337 |

|   |     |
|---|-----|
| 3. Der hypothetische Charakter der Konzeption und ihre Alternative. . . . .               | 338 |
| IV. Ergebnisse . . . . .  | 338 |
| 1. Die Nichteignung der Moral zur Verbindlichkeitsbegründung . . . . .                    | 338 |
| 2. Die Grundnorm als Ausweg aus der Geltungsaporie? . . . . .                             | 339 |
| a) Zum Begriff „positives Recht“ . . . . .  | 339 |
| b) Zum Verzicht auf die Wirksamkeitsbedingung. . . . .                                    | 339 |
| c) Die Fiktionalität der Grundnorm . . . . .  | 340 |
| 3. Rekurs auf die Philosophie des Geistes? . . . . .                                      | 341 |
| 4. Die Gesellschaft als intentionales System? . . . . .                                   | 342 |
| Ergebnisse der Studie. . . . .  | 343 |
| I. Zur ersten Forschungshypothese. . . . .  | 343 |
| II. Zur zweiten Forschungshypothese. . . . .  | 344 |
| III. Weitere zentrale Ergebnisse der Studie . . . . .                                     | 345 |
| 1. Die Bedeutungslosigkeit des Staates für den Rechtsbegriff. . . . .                     | 345 |
| 2. Das Partikularitätserfordernis: die personale Reichweite von Rechtsordnungen . . . . . | 345 |
| 3. Beseitigung der Geltungsaporie mit Hilfe der Philosophie des Geistes? . . . . .        | 346 |
| Schrifttumsverzeichnis. . . . .   | 347 |





## Einführung

„Why should anyone obey anyone else? may be the most fundamental of all political questions.“ „For it has to do with the kinds of life that are humanly worth living, the supreme question for intrinsically normative beings. To neglect or to default on political obligation is to invite crisis and revolution; to mistake or to misconceive its nature means gigantic death and disaster“<sup>1</sup>

### I. Forschungshypothesen

Ein Richter bemüht sich, zur Beantwortung der ihm vorliegenden Rechtsfrage das geltende Recht aufzufinden. Warum eigentlich? Dem Leser, der angesichts der offenbaren Banalität der Frage mit einer umso raffinierteren Antwort rechnet, die den Eindruck des Banalen sogleich wettmacht, muss eine Enttäuschung zugemutet werden: Freilich sucht der Richter nach dem geltenden Recht ganz einfach deshalb, weil das geltende Recht dasjenige ist, das er anwenden soll. So steht es für die deutsche Rechtsordnung in den Artikeln 20 Absatz 3, 97 Absatz 1 GG und dem § 1 GVG: Der Richter ist dem Gesetz unterworfen. Die genannten Normen weisen den Richter also an, ausschließlich das Gesetz anzuwenden. Und als Gesetze kommen nur geltende Gesetze in Betracht: „Das Recht gilt, oder es ist kein Recht“.<sup>2</sup> Für den Fall der grundgesetzlichen Ordnung ist dies etwa dem Artikel 100 Absatz 1 Satz 1 GG zu entnehmen: „Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen *Gültigkeit* es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig [...]“. Doch warum lässt sich der Richter von der Anweisung der Artikel 20 Absatz 3, 97 Absatz 1 GG und des § 1 GVG, das Gesetz anzuwenden, überhaupt beeindrucken? Schließlich sind vielerlei Anweisungen in der Welt. Der Angeklagte weist den Richter an: „Lassen Sie Gnade vor Recht erge-

---

<sup>1</sup> Erstes Zitat: *Pocklington*, Canadian Journal of Political Science 8 (1975), S. 495 (495) unter Verweis auf *Berlin*, Does Political Theory still Exist?, in: Laslett/Runciman (Eds.), *Philosophy, Politics and Society*, S. 1 (7). Darauf Bezug nehmend das zweite Zitat von *Chapman*, *The Moral Foundations of Political Obligation*, in: ders./Pennock (Eds.), *Political and Legal Obligation*, S. 142 (174).

<sup>2</sup> *Seiler*, Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung, S. 105.

hen!“ . Die Presse weist den Richter an: „Statuieren Sie ein Exempel!“ . Der Ehegatte des Richters weist an: „Bringe den Großprozess jetzt endlich zum Abschluss, Du bist zu selten zu Hause!“ . Nun, der Richter wird sich von der Anweisung gerade der Artikel 20 Absatz 3, 97 Absatz 1 GG und § 1 GVG beeindrucken lassen, weil auch jene Normen *gelten*. Der Richter soll also geltendes Recht anwenden, weil das Recht ihn dazu anweist, und diese Anweisung soll er befolgen, weil das ihn anweisende Recht geltendes Recht ist? – ein *Circulus vitiosus*, der aber leicht aufzubrechen ist: Der Richter soll geltendes Recht befolgen, nicht einfach deshalb, weil es eben „gilt“, sondern weil es wegen seiner Geltung *verbindlich* ist. Warum? Diese Frage wollte *Kelsen* in seiner Habilitationsschrift dem Richter verbieten:

„Nach dem *materiellen* Geltungsgrunde der Rechtsordnung darf der Jurist nicht fragen. Nur *formal* kann die Frage sein, die der Jurist zu stellen befugt ist; nicht der Grund, das Warum, sondern nur das ‚Wie‘ ist es, das der Jurist festzustellen hat. Seine Frage lautet: Welches sind die Sätze, die als Rechtssätze von den Organen des Staates angewendet, von den Untertanen befolgt werden sollen? Woran sind diese Sätze zu erkennen? Welches ist ihre logische Form?“<sup>3</sup>

Und hatte *Kelsen* nicht Recht? Immerhin hat der Richter sich seinen juristischen Beruf ausgewählt. Die Frage des Richters, weshalb er zur Anwendung geltenden Rechts verpflichtet sei, gleicht doch der Frage des Fußballspielers, weshalb er dem Schiedsrichter gehorchen soll.<sup>4</sup> Jedenfalls auf die letztgenannte Frage scheint auf den ersten Blick gar keine sinnvolle Antwort möglich. Versucht man dennoch irgendeine Erwiderung, so könnte sie lauten: „Es ist eben ein Fußballspiel!“ oder „Du spielst doch freiwillig mit! Dann musst Du Dich auch an die Regeln halten!“ . Ob der Richter eine vergleichbare Antwort akzeptieren müsste, sei zunächst hintangestellt.<sup>5</sup> Eine andere Begründung drängt sich auf, weshalb der Richter gerade geltendes Recht anwenden soll: Das geltende Recht ist, was die *Parteien* befolgen sollen bzw. hätten befolgen sollen. Oft besteht die von dem Richter zu beantwortende Rechtsfrage darin, ob ein Bürger gegen eine Anweisung des Rechts verstoßen hat. Warum indes ist diese Frage von Bedeutung? Was kümmern den Bürger Anweisungen des Rechts? Auch den Bürger erreichen ja vielerlei Anweisungen, keineswegs nur rechtliche. Nun, auch für den Bürger begründet geltendes Recht offenbar Verbindlichkeit. Hingegen bliebe ohne die Zuerkennung des Verbindlichkeitsprädikats die Feststellung der juristischen Geltung einer Rechtsnorm für die Normadressaten bedeutungslos.

Darf man auch *dem Bürger* die Nachfrage verbieten, *weshalb* das Recht für ihn verbindlich ist? Anders als beim Richter erschiene im Falle des Bürgers

<sup>3</sup> *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 353, Hervorhebungen im Original.

<sup>4</sup> Näher zum Stellenwert dieses auf *Thomas Dewar Weldon* zurückgehenden Vergleichs mit dem Schiedsrichter Erster Teil III.3.b).

<sup>5</sup> Hierzu Erster Teil III.3.b), c).

schon weit weniger plausibel, ihm entgegenzuhalten „Du spielst doch freiwillig mit! Dann musst Du Dich auch an die Regeln halten!“. Der Rechtspositivismus weicht der Frage aus, er leugnet schlicht eine Verbindung von juristischer Geltung und Verbindlichkeit<sup>6</sup> und verkennt daher das Essential des Geltungsbegriffs. Diese Kritik gilt keineswegs der „Trennungsthese“, dem Postulat der Unabhängigkeit der Rechtsgeltung von der Übereinstimmung der Rechtsinhalte mit Moraleboten. Sie gilt vielmehr der Verweigerung gegenüber der Verbindlichkeitsfrage als solcher, wenngleich die Verbindlichkeitsabstinenz selbst von den metaphysikfeindlichsten rechtstheoretischen Positionen nicht ganz durchgehalten wird. So bedeutet in der als Inbegriff des Positivismus gehandelten Reinen Rechtslehre *Kelsens* die Grundnorm nichts als der Ausdruck der Unverzichtbarkeit, geltende Normen als *verbindlich* anzusehen.<sup>7</sup> *Norbert Hoerster* vertritt einen radikal empirischen Rechtspositivismus, indem er Normen als Sachverhalte deutet, die wie andere Sachverhalte in der Realität vorhanden sein oder existieren könnten. Es handele sich bei Normen um das Vertreten einer Verhaltensaufforderung.<sup>8</sup> Diese Auffassung impliziert einen nicht-normativen Rechtsnormbegriff. Beiläufig heißt es dann aber: „[...] dass die Normen einer existenten Rechtsordnung vom Standpunkt dieser Rechtsordnung aus verbindlich und somit auch zu befolgen sind, ist eine Trivialität und bedarf keiner besonderen Erwähnung“.<sup>9</sup> Damit nimmt *Hoerster* auf eine rechtssystemintern gemeinte „Verbindlichkeit“ Bezug und lässt diese als Gegenstand der juristischen Geltung einer Norm genügen. Die Auffassung, die rechtsdogmatische Funktion des Geltungsprädikats beschränke sich auf die Feststellung rechtssysteminterner Verbindlichkeit, wird überwiegend geteilt. Doch das Urteil, eine Norm solle „vom Standpunkt einer bestimmten Rechtsordnung“ befolgt werden, setzt nicht die Geltung dieser Rechtsordnung voraus. Es kann auch hinsichtlich einer fiktiven oder untergegangenen Rechtsordnung getroffen werden: Ohne weiteres lässt sich auch noch heute ermitteln, welche Normen „vom Standpunkt der Weimarer Reichsverfassung“ befolgt werden sollen.<sup>10</sup> Hingegen differenziert der juristische Geltungsbegriff nach herrschendem dogmatischen Verständnis sehr wohl zwischen verschiedenen möglichen Rechtsordnungen – geltenden und nicht-geltenden, etwa dem Grundgesetz und der Weimarer Reichsverfassung – und geht bereits hierdurch sowohl über die Feststellung, was „vom Standpunkt einer bestimmten Rechtsordnung“ gelten soll, als auch über einen bloßen Setzungspositivismus hinaus. Die Aussage „Das Reichswahl-

---

<sup>6</sup> Vgl. *Finnis*, Natural Law: The Classical Tradition, in: Coleman/Shapiro (Eds.), The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, S.1 (8f.); *Kriete*, Recht und praktische Vernunft, S. 9; *Ott*, Der Rechtspositivismus, S. 24.

<sup>7</sup> Hierzu Zweiter Teil II.

<sup>8</sup> *Hoerster*, Was ist Recht?, S. 37.

<sup>9</sup> Ebd. S. 77. Hierzu Erster Teil III.1.b) bb) (6).

<sup>10</sup> Hierzu Erster Teil II.2. b) aa); Zweiter Teil II.3. c).

gesetz gilt!“ wird jeder Jurist aus dogmatischer Sicht als *falsch* bewerten – jedenfalls, wenn man den Zusatz weglässt „vom Standpunkt der Weimarer Reichsverfassung betrachtet“. Und selbst im Falle dieses Zusatzes würde man wohl einen Konjunktiv fordern: „würde gelten ...“. Demgegenüber wird jeder Jurist die Aussage „Das BImSchG gilt!“ spontan als *richtig* bewerten, ohne dass dies von erläuternden Zusätzen („vom Standpunkt des Grundgesetzes betrachtet“) abhinge. Ein Geltungsbegriff, der sich auf die Feststellung rechtssysteminterner „Verbindlichkeit“ beschränkte, könnte diese Differenzierungsleistung nicht erbringen. Deshalb gerät die Grundlage, auf der das Prädikat juristischer Geltung die Differenzierung zwischen geltenden und nicht-geltenden Rechtsordnungen vornimmt, zum Bestandteil des juristischen Geltungsbegriffs und damit zur metadogmatischen Frage.

Ein zunächst naheliegender Einwand, die Geltung einer bestimmten Verfassung müsse vorausgesetzt werden, weil es eine Letztbegründung nicht geben könne, ginge an der Sache vorbei. Zwar können Letztbegründungen in der Tat nicht gefordert werden.<sup>11</sup> Doch zeigt eben diese Notwendigkeit des „Voraussetzens“ einer bestimmten Verfassung für die Anwendbarkeit des juristischen Geltungsprädikats erneut, dass die juristische Normgeltung über eine bloße Aussage hinausgeht, was „vom Standpunkt einer bestimmten Rechtsordnung“ gelte. Und schließlich wird nicht „irgendeine“ Verfassung, gewissermaßen beliebig, vorausgesetzt, um dann auf die von ihr abgeleiteten Normen das Geltungsprädikat anzuwenden. *Kelsens* Vorschlag klingt zunächst plausibel, hierfür nur „im Großen und Ganzen wirksame“ Rechtsordnungen heranzuziehen. Weiterer Erörterung<sup>12</sup> bedarf er dennoch, wie bereits *Kelsens* eigene Auffassung andeutet, es sei dem Begriff der „Norm“ geradezu immanent, nicht zwingend immer befolgt oder angewendet zu werden.<sup>13</sup>

Des weiteren gilt es zu bedenken, dass die rechtsetzende Autorität des Staates sich in Jahrhunderten als „Mythos“ (*Vesting*<sup>14</sup>) tradieren konnte und wohl deshalb die Assoziation von juristischer Geltung mit bloß rechtssysteminterner „Verbindlichkeit“ hingenommen wird. Die Geltung der staatlichen Rechtsordnung, verstanden als ihre *objektive*, tatsächliche Verbindlichkeit, wird nicht weiter hinterfragt und daher in Bezug auf den juristischen Geltungsbegriff erst gar nicht thematisiert. Demgegenüber entbehren das Völkerrecht und insbesondere das sogenannte „anationale Recht“<sup>15</sup> (noch) eines derartigen Mythos. „Gesetz“ sind auch solche Normen zweifellos, ebenso lässt sich ohne weiteres angeben, was „vom Standpunkt dieser Normen“ gesollt ist. Liegt ihre juristische

<sup>11</sup> Hierzu Zweiter Teil II.5.

<sup>12</sup> Hierzu Zweiter Teil II.3.

<sup>13</sup> *Kelsen*, Das Wesen des Staates, WRS II, S. 1713 (1717f.).

<sup>14</sup> *Vesting*, Constitutionality or Legal Theory, in: Joerges/Sand/Teubner (Eds.), Transnational Governance and Constitutionalism, S. 29 (38).

<sup>15</sup> Hierzu Erster Teil I.4.

Geltung dennoch im Streit, so zeigt dies wiederum, dass das Geltungsprädikat keineswegs auf die setzungspositivistisch begründete Feststellung rechtssysteminterner „Verbindlichkeit“ beschränkt ist, sondern angeben will, was „tatsächlich“ befolgt werden soll, ob die Normen *objektive* Verbindlichkeit zu Recht beanspruchen können. Hierin liegt gerade die Brisanz der Geltungsfrage von Völker- und anationalem Recht.

Und schließlich ist bereits die geläufige Vorstellung einer rechtssysteminternen „Verbindlichkeit“ als solche zu kritisieren. Was soll die Aussage genau bedeuten, vom „inneren Standpunkt einer Rechtsordnung“ werde der Anspruch auf Normbefolgung erhoben? Wer nimmt diesen Standpunkt ein? Die „Rechtsordnung“ selbst ist zunächst nichts weiter als eine Sammlung von Rechtstexten, die keinen „Standpunkt“ vertreten oder einen „Anspruch“ erheben kann. Sie ist Text mit bloß *sprachpragmatisch* normativem Sinn.<sup>16</sup> Eine Person, die von einem Text mit sprachpragmatisch normativem Sinn Notiz nimmt, wird diesen normativen Sinn erfassen, ohne den Eindruck zu haben, ihr gegenüber werde ein – auch nur unverbindlicher – Anspruch auf irgendetwas erhoben. Verwiese man demgegenüber auf die Autorität des Staates oder den Willen des Gesetzgebers, um hierdurch Gesetzestexte von sonstigen Texten mit sprachpragmatisch normativem Sinn zu unterscheiden und so jenen, nicht jedoch diesen das Geltungsprädikat zuerkennen zu können, so überschritte auch dies einen bloß „inneren Standpunkt“ einer Rechtsordnung.

Insoweit ist die Verweigerung des Rechtspositivismus gegenüber der Verbindlichkeitsfrage bloßes Bekenntnis – ein Bekenntnis allerdings, das den unverzichtbaren Nachweis der objektiven Verbindlichkeit geltenden Rechts bis in die Gegenwart Desiderat bleiben lässt.

Die erste Forschungshypothese dieser Studie lautet:

*Die Gewährleistung der pragmatischen Funktion des Begriffs „juristische Geltung“ setzt voraus, dass die juristische Geltung einer Rechtsnorm die objektive Verbindlichkeit des in der Rechtsnorm enthaltenen Rechtsbefehls, mithin eine Rechtspflicht bewirkt. Die Begründung der somit unverzichtbaren Verbindlichkeit geltenden Rechts ist Desiderat.*

Richtig liegt der Rechtspositivismus, soweit er die Vernichtbarkeit der juristischen Geltung aufgrund des moralisch verwerflichen Gehalts einzelner Rechtsnormen ablehnt. Die Renaissance des Naturrechts blieb Episode. Zu erratisch erscheint, die Geltung des Rechts im Einzelfall von der Vereinbarkeit mit allenfalls mühevoll zu identifizierenden Moralgeboten abhängig zu machen. Doch ist die Rolle eines Geltungsverwerfungsmaßstabes die einzige vorstellbare Beziehung, in der die Moral zum Recht stehen könnte? Vornehmlich die angloamerikanische politische Philosophie widmet sich einer „moral obligation to

<sup>16</sup> Hierzu Erster Teil II.2.b) aa); III.1.b) bb) (2); 2.a) dd) (2); Zweiter Teil II.3.c); 5.c) bb).

obey the law *qua law*“. Gelänge deren Nachweis, so wäre ein wichtiges Argument des Rechtspositivismus für die Trennungsthese hinfällig: Nähme eine Moralphlicht zum Rechtsgehorsam nicht auf den je spezifischen, moralisch sanktionierten Inhalt einzelner Rechtsnormen Bezug, sondern auf die Qualität *als Recht* an sich, dann wäre eine unkontrollierbare einzelnormbezogene Geltungsverwerfung nicht zu besorgen.

Dem Nachweis der Unverzichtbarkeit der Verbindlichkeitsidee für die normative Funktion der juristischen Geltung und der Möglichkeit einer moralisierten Begründung der Rechtspflicht *qua Recht* geht die Studie in einem Ersten, *verbindlichkeitsaffinen* Teil nach. Verbindlichkeitsaffin ist der Erste Teil insofern, als er die bare Möglichkeit *verbindlicher* Befehle unterstellt bzw. nicht weiter hinterfragt. Nur auf der Folie dieser Selbstbeschränkung lässt sich das Verhältnis von juristischer Geltung und Verbindlichkeit entwickeln und lassen sich in Betracht kommende spezifische Verbindlichkeitsgründe diskutieren. Der Erste Teil der Studie soll erweisen, dass der zunächst vielversprechend erscheinende Versuch bislang nicht erfolgreich war, den unverzichtbaren Nachweis der Verbindlichkeit geltenden Rechts auf eine moralische Pflicht zum Rechtsgehorsam *qua Recht* zu stützen.

Da somit der Erste Teil der Studie die Last trägt, einerseits die in der ersten Forschungshypothese behauptete Unverzichtbarkeit der Rechtspflicht erst zu demonstrieren, andererseits die gegenwärtige Unverfügbarkeit eines Verbindlichkeitsgrundes darzulegen, findet die Auseinandersetzung mit dem Forschungsstand zur Verbindlichkeitsfrage naturgemäß dort statt und ist insoweit an dieser Stelle auf ihn zu verweisen.

Die nur geringe Aussicht, einst doch noch einen geeigneten moralischen Pflichtgrund zu identifizieren, ist Teil der zweiten Forschungshypothese, die lautet:

*Konventionelle Versuche zur Begründung einer Rechtspflicht, die sich auf die Moral, auf hypothetische Verbindlichkeit oder auf die Sprachanalytik stützen, sind von vornherein zum Scheitern verurteilt.*

Deshalb befindet sich die von Wissenschaft und Alltagsverständnis unterstellte Normativität des Rechts gegenwärtig in arger Bedrängnis:

„[The] [...] argument that the law must be capable of having the authority that it claims for itself may or may not be correct, but surely if the law was not, in principle, capable of possessing such authority, something would have been seriously amiss with our concepts of law and authority alike.“<sup>17</sup>

Wegen der Abstinenz der Rechtswissenschaft, das Verbindlichkeitsproblem als ein Problem *der juristischen Geltung* nachhaltig zu adressieren, ist eine systematische Auseinandersetzung mit der bedrohlichen Aussicht einer Irrigkeit des

<sup>17</sup> Perry, Fordham Law Review 75 (2006), S. 1171 (1208).

gewöhnlichen – nämlich normativen – „concept of law“ Desiderat. Die Ontologie geltenden Rechts ist indes eine Frage, die nicht nur in der Moral- und in der politischen Philosophie, sondern vor allem in der disziplinären „Heimat“ des Rechts, der Rechtswissenschaft, ihren gehörigen Platz verdient.

*Weshalb* konventionelle Versuche der Verbindlichkeitsbegründung zum Scheitern verurteilt sind, soll der *Zweite*, *verbindlichkeitskritische* Teil der Studie zeigen. Er ist verbindlichkeitskritisch, weil er die bare Möglichkeit von Verbindlichkeit auf den Prüfstand stellt.

Würde die zweite Forschungshypothese bestätigt, so erwiese sich der Staat als reiner Machtstaat – ein dem Selbstverständnis zumindest materialer Verfassungsstaaten und der Wahrnehmung eines Großteils ihrer Bürger entgegengesetzter, ja bestürzender Befund. Deshalb schließt die Studie mit dem tentativen Versuch, die Begehbarkeit nicht-konventioneller Wege der Verbindlichkeitsbegründung zu prüfen. Ihren Ausgangspunkt müssten solche Wege im menschlichen Denken nehmen, denn dieses ist die Quelle der Vorstellung von Sollen und mag daher auch den Schlüssel zur Beseitigung der Geltungsaporie bereithalten.

## II. Anmerkungen zur Methode und zu Prämissen

Die Studie gilt der Analyse der Figur der „juristischen Geltung“, sie versteht sich daher als metadogmatisch. Der angestrebte Erkenntnisgewinn ist nur auf der Grundlage einer Rechtsontologie zu erreichen, die Methode daher rechtstheoretischer Art.

Ergebnisse sollen für das positive Recht an sich gelten. Auf die Rechtslage in der deutschen Rechtsordnung wird daher nur zum Zwecke der Veranschaulichung in Einzelfällen zurückgegriffen. Die Forschungshypothesen sind problembezogen, auf eine Darstellung der Ideengeschichte wird deshalb verzichtet. Die Studie orientiert sich maßgeblich an der Gegenwartsphilosophie. Ein besonderer Stellenwert wird dabei der angloamerikanischen politischen Philosophie eingeräumt. Zum einen behandelt diese die Frage der moralischen Rechtspflichtbegründung mit einer bemerkenswerten analytischen Präzision, zum anderen soll die Studie dazu beitragen, das dort verfügbare, beachtliche Wissen um das Verbindlichkeitsproblem der Rechtswissenschaft im deutschen Sprachraum in stärkerem Maße nutzbar zu machen.

Die Rechtswissenschaft ist eine Realwissenschaft. Deshalb hat sich eine Studie zur Ontologie geltenden Rechts an Eigenschaften oder Zusammenhängen in der Wirklichkeit zu orientieren. Diese Prämisse wird zu Beginn des Ersten Teils genauer entfaltet. Die Orientierung an der Wirklichkeit setzt deren Existenz voraus. Deshalb bekennt sich die Studie zum metaphysischen Realismus, das



heißt zu der Annahme der Existenz einer objektiven Wirklichkeit der Außenwelt, die unabhängig vom menschlichen Bewusstsein besteht. Diese Annahme wird im Rahmen des Zweiten Teils plausibel gemacht. Unbeschadet der Prämisse des metaphysischen Realismus strebt die Studie ansonsten metaphysisch voraussetzungsarme, mithin möglichst falsifizierbare Erklärungen an. Ihre erkenntnistheoretische Grundposition ist daher der kritische Realismus Albert'scher Prägung.<sup>18</sup>

### III. Anmerkungen zur Terminologie

Ein zentraler Begriff der vorliegenden Studie ist der des *Befehls*. Ob die Rede von einem Befehl notwendig bereits dessen Verbindlichkeit, zumindest einen Verbindlichkeitsanspruch impliziert, ist im Schrifttum umstritten und wird vorliegend verneint. Deshalb unterscheidet die Studie zwischen verbindlichen und unverbindlichen Befehlen. Mit „Befehl“ ist daher zunächst nichts anderes gemeint als eine Verhaltensaufforderung gegenüber einem Dritten. Die Verbindlichkeit des Befehls setzt neben der Befehlserteilung das Vorliegen eines spezifischen Verbindlichkeitsgrundes voraus.

Die Erteilung eines Befehls setzt ein Sollen „in die Welt“. Auch für den Begriff des Sollens ist umstritten, ob er Verbindlichkeit impliziert. Dies wird vorliegend verneint. Ein objektives Sollen ist von einem unverbindlichen Sollen zu unterscheiden.

Schließlich ist mit dem Begriff der Verbindlichkeit immer die objektive Verbindlichkeit gemeint, das heißt die Bewirkung einer tatsächlichen, nicht nur rechtssystemimmanent gedachten Verpflichtung des Adressaten.

---

<sup>18</sup> *Nicht* gefolgt wird *Alberts* normativitätskritischer Haltung gegenüber der Rechtswissenschaft im speziellen, hierzu *Thienel*, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, S. 49ff.

## Erster Teil

# Die Begründung der Rechtspflicht als Desiderat

## I. Das Problem des Rechtsbegriffs

### 1. Die Bedeutung von Definitionen

Die erste Forschungshypothese der vorliegenden Studie lautet, die Gewährleistung der pragmatischen Funktion des Begriffs „juristische Geltung“ setze voraus, dass die juristische Geltung einer Rechtsnorm die Verbindlichkeit des in der Rechtsnorm enthaltenen Rechtsbefehls, mithin eine *Rechtspflicht* bewirke. Deren Begründung sei Desiderat. Eine Studie, die sich somit der juristischen *Geltung* des Rechts widmet, scheint *Recht* als vorfindliche Größe zu behandeln, welche nicht selbst, vielmehr eben deren „Geltung“ zur Klärung ansteht.<sup>19</sup> Deshalb wäre eingangs zumindest anzugeben, was vorliegend als Begriff des Rechts vorausgesetzt wird. Gelingen kann dies jedoch allenfalls als Arbeitsdefinition, denn ausgerechnet der Begriff des Rechts bildet jeher *die* offene Flanke der Rechtswissenschaft.<sup>20</sup> *Kants* prominente Sentenz ist hierfür schmerzliches Zeugnis:

„Was ist Recht? Diese Frage möchte wohl den *Rechtsgelehrten*, wenn er nicht in Tautologie verfallen, oder statt einer allgemeinen Auflösung auf das, was in irgend einem Lande die Gesetze zu irgend einer Zeit wollen, verweisen will, eben so in Verlegenheit setzen, als die berufene Aufforderung: *Was ist Wahrheit?* den Logiker.“<sup>21</sup>

Die Ermittlung derjenigen Eigenschaften, die den rechtswissenschaftlichen Erkenntnisgegenstand bezeichnen und ihn damit zugleich von anderen, gegebenenfalls ähnlichen gesellschaftlichen Phänomenen unterscheiden, bedeutet eines der intensivsten Arbeitsfelder der Rechtstheorie. Indes hat der „Kampf ums Recht“<sup>22</sup> noch keine Sieger hervorgebracht. Neben der klassischen Auseinandersetzung zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus gewinnen oder bewahren weitere Deutungsalternativen Aktualität. Genannt seien nur der Stel-

---

<sup>19</sup> Zu dem Problem der Unterscheidbarkeit des Rechts von dessen Geltung *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, S.10; *Larenz*, Das Problem der Rechtsgeltung, S.5.

<sup>20</sup> *Ott*, Der Rechtspositivismus, S.145; *Kantorowicz*, The Definition of Law, S.1.

<sup>21</sup> *Kant*, Metaphysik der Sitten, Akademieausgabe VI, S.229, Hervorhebungen im Original.

<sup>22</sup> In Entlehnung des Titels des Werks von *Rudolf von Jhering* „Der Kampf um's Recht“.

lenwert des Zwangsmomentes für den Rechtsbegriff,<sup>23</sup> die umstrittene Rechtlichkeit des Völker- und des Gewohnheits-„rechts“, der systemtheoretische Rechtsbegriff, schließlich der Gegensatz zwischen empirisch-rechtsrealistischem und normativem Rechtsbegriff.

Soweit diese Auseinandersetzungen der Formulierung der „richtigen“ Definition des sprachlichen Ausdrucks „Recht“ gelten, so übersehen sie die Funktion von Definitionen. Definitionen sind Festsetzungen, welche die Intension des zu definierenden Ausdrucks auf die Intensionen anderer Begriffe zurückführen. Sie erleichtern daher den Sprachgebrauch, insbesondere bei der Formulierung wissenschaftlicher Aussagen, sind jedoch *eliminierbar*. Der definierte Ausdruck könnte jederzeit durch das Definiens ersetzt werden.<sup>24</sup> Die Definition selbst bedeutet also keinen Erkenntnisgewinn.

Aus dieser Nichtkreativität<sup>25</sup> von Definitionen folgt keineswegs die fehlende Wahrheitsfähigkeit wissenschaftlicher Theorien. Zwar ist eine Definition als eine begriffliche Fest-*Setzung* nicht wahrheitsfähig, und ist die Auswahl derjenigen Eigenschaften oder Zusammenhänge in der Wirklichkeit, welche zukünftig als Extension des definierten Begriffs gelten, unter dem Gesichtspunkt der *Zweckmäßigkeit* für den wissenschaftlichen Sprachgebrauch zu treffen. Auch geschieht das Absuchen der Wirklichkeit auf solche Eigenschaften oder Zusammenhänge gewiss weder umfassend noch „planlos“, sondern innerhalb eines vorher zu bestimmenden Gegenstandsbereiches. Das Herausschneiden jenes Gegenstandsbereiches aus dem Kontinuum der Wirklichkeit folgt mithin einem spezifischen Erkenntnisinteresse und besitzt insoweit *konstruktiven* Charakter.<sup>26</sup> Werden dann jedoch innerhalb des Gegenstandsbereiches bestimmte Eigenschaften oder Zusammenhänge aufgefunden, so handelt es sich bei diesen um Bestandteile *der Realität*,<sup>27</sup> soweit kein Erkenntnisirrtum vorliegt.<sup>28</sup> Das Definiens bezeichnet also *tatsächliche* Eigenschaften oder Zusammenhänge, welche vermöge realwissenschaftlicher Analyse gewonnen wurden oder noch

<sup>23</sup> Krit. bezüglich des Zwangsmomentes als entscheidendes Identifikationsmerkmal etwa *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 191 ff.; *Weinberger*, Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, S. 52 ff., 135 f.; *ders.*, Der Begriff der Sanktion, in: Lenk (Hrsg.), Normenlogik, S. 102 ff. Ausführlich zur Ablehnung der Sanktionstheorie Zweiter Teil II.2.

<sup>24</sup> Vgl. *Essler*, Wissenschaftstheorie I, S. 76, 80 ff.; *Keller*, Allgemeine Erkenntnistheorie, Rn. 33; *Rickert*, Zur Lehre von der Definition, S. 18.

<sup>25</sup> Zum Begriff *Essler*, Wissenschaftstheorie I, S. 82 ff.; *Keller*, Allgemeine Erkenntnistheorie, Rn. 33.

<sup>26</sup> Vgl. *Natorp*, Philosophische Monatshefte 1887, S. 257 (278 ff.); *Thienel*, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, S. 115 ff.; *Coleman*, Methodology, in: *ders./Shapiro* (Eds.), The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, S. 311 (319, 335 f.).

<sup>27</sup> Jeder realwissenschaftlichen Tätigkeit liegt die Vermutung einer Vorfindbarkeit des Definiens in der Wirklichkeit zugrunde, hierzu ausführlich Zweiter Teil II.5.a).

<sup>28</sup> Zur Realismus-Antirealismus-Debatte s. Zweiter Teil II.5.a).

zu gewinnen sind.<sup>29</sup> So könnte ein Historiker anstelle des Ausdrucks „Vorgänge in der Frühen Neuzeit, welche in dieser Periode zum ersten Mal aufgetreten sind und bis in die Gegenwart Auswirkungen auf die Gesellschaftsordnung besitzen“ hierfür vermöge einer Nominaldefinition zukünftig den neu geschaffenen, kürzeren Begriff „X“ gebrauchen.<sup>30</sup> Das Herausschneiden empirisch-historischer Vorgänge in der Frühen Neuzeit aus dem Kontinuum der Wirklichkeit ergibt sich aus dem Erkenntnisinteresse und ist konstruktiv, und die Definition des neuen Begriffs „X = Vorgänge in der Frühen Neuzeit ...“ ist als Festsetzung nicht wahrheitsfähig. Die mit dieser Definition ermöglichte sprachliche Vereinfachung wissenschaftlicher Kommunikation wird jedoch nur auf Grund der Hypothese angestrebt, in der Realität tatsächlich dem Definiens „Vorgänge in der frühen Neuzeit ...“ entsprechende Eigenschaften auffinden zu können. Diese Hypothese ist nun sehr wohl wahrheitsfähig. Dem Historiker mögen die Reformation oder die europäische Expansion in den Blick geraten. Hätte es in der Frühen Neuzeit jedoch keinerlei derartige Vorgänge gegeben, wäre die Hypothese einer Existenz von „Vorgängen in der Frühen Neuzeit ...“ falsch. Dies berührte zwar nicht die *Definition* von „X“, der Begriff besäße aber keine Entsprechung in der Wirklichkeit. Der Gebrauch des so definierten Ausdrucks „X“ in der Geschichtswissenschaft würde sinnlos.

Auch in der Rechtswissenschaft als einer Realwissenschaft gestattet die fehlende Wahrheitsfähigkeit von Definitionen nicht den Schluss, dort aufgestellte Theorien unterlägen „grundsätzlich nicht dem Wahrheitskriterium“<sup>31</sup>, sondern seien zweckmäßig mit Blick auf die Akzeptierbarkeit deren *Konsequenzen* als (praxisorientierte) Vorschläge zu entwerfen.<sup>32</sup> Vielmehr wird auch dort die Wirklichkeit daraufhin untersucht, ob in ihr bestimmte *tatsächliche* Eigenschaften oder Beziehungen vorliegen, die deren klassifizierende begriffliche Zusammenfassung zur Vereinfachung des wissenschaftlichen Sprachgebrauchs nahelegen.<sup>33</sup> Ob man für eine solche Zusammenfassung dann den Begriff „Recht“ oder einen anderen Begriff wählt, ist gleichgültig. Eine an Erkenntnis

<sup>29</sup> Dies räumt auch *Kantorowicz* ein (*Kantorowicz*, The Definition of Law, S. 8). Vgl. zur systembildenden Funktion von Definitionen *Rickert*, Zur Lehre von der Definition, S. 28.

<sup>30</sup> Hierzu *Keller*, Allgemeine Erkenntnistheorie, Rn. 33; *Gabriel*, Definitionen und Interessen, S. 119f.; *Essler*, Wissenschaftstheorie I, S. 74, zum Zusammenhang von empirischer Analyse und Nominaldefinition S. 79f.

<sup>31</sup> *Ott*, Der Rechtspositivismus, S. 167; vgl. *Kantorowicz*, The Definition of Law, S. 2f.

<sup>32</sup> So aber *Schreiber*, Die Geltung von Rechtsnormen, S. 49; *Ott*, Der Rechtspositivismus, S. 159, 166.

<sup>33</sup> Vgl. *Gabriel*, Definition, in: Mittelstraß (Hrsg.), Enzyklopädie, Band 2, S. 137; *Kantorowicz*, The Definition of Law, S. 9; *Audretsch*, Physikalische und andere Aspekte der Wirklichkeit, in: ders. (Hrsg.), Die andere Hälfte der Wahrheit, S. 13 (18); *Rickert*, Zur Lehre von der Definition, S. 24 (*Rickert* bezeichnet diese klassifizierende Zusammenfassung als einen vorausliegenden *Denkakt*, welcher den Begriff bildet. Dieser Denkakt ist von dessen anschließender sprachlicher Formulierung, der Namensgebung, zu unterscheiden), sowie S. 26 (Definition als Hilfsmittel bei wissenschaftlichen Darstellungen).

orientierte Studie kann daher ihren Anfang nicht bei der Frage nehmen, was *Recht* heißen soll.<sup>34</sup> Wirft etwa *Kantorowicz* Opponenten der Rechtsnatur des Völkerrechts Übereilung vor, da sie schreckliche Gefahren heraufbeschwören,<sup>35</sup> so ist sein Argument ungültig. Ob Völker-“Recht“ und (beispielsweise) staatliches Recht einem einheitlichen Begriff von „Recht“ zugehören können, hängt von der Existenz bestimmter übereinstimmender Eigenschaften oder Zusammenhänge ab, die eine solche Klassifizierung empfehlen.

Soweit dennoch ein Streit um den „richtigen Rechtsbegriff“ geführt wird, gilt dieser nicht der Nominal-, sondern einer Realdefinition von Recht. Letztere erfordert entweder ein zu ergründendes vorausliegendes „Wesen“ des Rechtsbegriffs – welches dann Inhalt der Definition wäre – oder zumindest eine dem Definitionsversuch bereits vorausliegende anderweitige Identifizierung der Begriffsbedeutung, die dann mittels der Definition lediglich präzisiert bzw. expliziert würde.<sup>36</sup> Der Glaube an eine geradezu „metaphysische Beziehung“<sup>37</sup> zwischen einem Begriff und seinem dahinterliegenden, in der Wirklichkeit anzutreffenden „Wesen“ ist erkenntnisphilosophisch überholt und soll daher vorliegend keine Rolle spielen.<sup>38</sup> Hingegen forciert der mehrtausendjährige Gebrauch des Begriffes „Recht“ durchaus den Anschein einer bereits vorausliegenden Identifizierung dessen, was mit Recht gemeint ist: Die Vertrautheit des Begriffes suggeriert, er stünde bereits für eine Realdefinition<sup>39</sup> und scheint so Meinungsverschiedenheiten über deren „richtigen“ Inhalt zu gestatten.

## 2. Zusammenhang von Staat und Recht

Diese vorausliegende Identifizierung dessen, was *vermeintlich* mit Recht gemeint ist, umfasst heute vor allem eine – wie auch immer geartete – konstitutive Beziehung des Rechts zum Staat. Räsontiert angesichts der Verlegenheiten bei der Rechtsdefinition ein zeitgenössisches Lehrbuch, jeder wisse (ohnehin),

<sup>34</sup> S. etwa *Kantorowicz*, Rationalistische Bemerkungen über Realismus, in: Württenberger (Hrsg.), Rechtswissenschaften und Soziologie, S. 101 (105) („fruchtlose Wortklauberei“, „Jeder versteht unter Recht etwas anderes“, anders allerdings *ders.* in nachfolgender Fußnote). Demgegenüber zu einem Gesolltsein eines bestimmten Rechtsbegriffs *Ott*, Der Rechtspositivismus, S. 158 ff.

<sup>35</sup> Vgl. *Kantorowicz*, The Definition of Law, S. 10.

<sup>36</sup> Vgl. *Cargile*, Real and Nominal Definitions, in: Fetzer/Shatz/Schlesinger (Eds.), Definitions and Definability, S. 21 ff.; so die Vorgehensweise bei *Schreiber*, Die Geltung von Rechtsnormen, S. 55 ff.

<sup>37</sup> *Kantorowicz*, The Definition of Law, S. 3 („metaphysical nexus“), Übersetzung gem. der deutschen Ausgabe *Kantorowicz*, Der Begriff des Rechts, S. 21.

<sup>38</sup> Vgl. *Rickert*, Zur Lehre von der Definition, S. 3 ff.; *Keller*, Allgemeine Erkenntnistheorie, Rn. 34 ff.; *Fetzer*, Aspects of the Theory of Definition, in: *ders./Shatz/Schlesinger* (Eds.), Definitions and Definability, S. 3 ff.; *Ott*, Der Rechtspositivismus, S. 150 ff.

<sup>39</sup> Zu dieser impliziten Umdeutung einer Nominaldefinition in eine Realdefinition vgl. *Essler*, Wissenschaftstheorie I, S. 71 ff.

worum es geht, wenn vom Recht die Rede ist,<sup>40</sup> so meint dieser Befund eines impliziten Wissens um den Rechtsbegriff solches Recht, welches als „Aspekt des Staates“<sup>41</sup> erscheint. Die Staatsbezogenheit des Rechts liegt dem in der Rechtswissenschaft bzw. -dogmatik üblichen positiven Rechtsbegriff zugrunde.<sup>42</sup> Die Selbstverständlichkeit der Annahme eines Zusammenhangs von Staat und Recht kommt dort zum Ausdruck, wo Autoren sich in Anerkennung der beschriebenen Schwierigkeiten einer expliziten Rechtsdefinition, aber auch des impliziten Wissens über das Gemeinte,<sup>43</sup> begnügen mit einem Verweis auf das „geltende“ Recht als (Arbeits-)Definition des Rechts. Das „geltende Recht“ wird dann näher bestimmt als das Gesetzesrecht und das von den Gerichten angewendete Recht.<sup>44</sup> Der Einbezug gerichtlich „angewendeten Rechts“ berücksichtigt Gewohnheits-, Richter- und sonstiges nichtgesetzliches Recht. Anstatt das Problem des Rechtsbegriffs einer Lösung näherzubringen, legt eine solche Definition Rekursionsprobleme der Rechtsdefinition frei. *Ryffel* bezeichnet positives Recht und geltendes Recht gar als Pleonasmus.<sup>45</sup> Jedenfalls verschiebt sich das Problem lediglich auf die Frage, wie denn wiederum die Gerichte das „anzuwendende“ Recht identifizieren. Soweit zu deren Beantwortung die Rechtsquellenlehre herangezogen wird, kann auch dies nicht als „Definition“ erhalten, sondern bietet allenfalls eine *Beschreibung* geltenden Rechts.

Darüber hinaus lässt die staatstheoretische Aporie der Ko-Evolution von Staat und Recht<sup>46</sup> wie in einem Vexierbild teils das Recht als Bedingung des

<sup>40</sup> *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 18.

<sup>41</sup> Vgl. ebd. S. 205.

<sup>42</sup> So lauten Abgrenzungsversuche etwa: „Recht ist die Gesamtheit der Normen, die zur Verfassung eines staatlich organisierten oder zwischenstaatlichen Normensystems gehören [...] und der Normen, die gemäß dieser Verfassung gesetzt sind [...]“ (*R. Dreier*, NJW 1986, S. 890 (896)); „Besondere Unterschiede zwischen juristischen und anderen sozialen Normen liegen darin, dass juristische Normen innerhalb des Herrschaftsbereiches staatlicher Rechtsordnung ubiquitäre Geltung beanspruchen [...]“ (*Büllesbach*, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 401 (408)); „[...] heute ist das Recht [...] ein Aspekt des Staates“ (*Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 205); „Der wissenschaftliche Zutritt zum Recht beruht auf dem Postulat, das Recht (wenigstens das Recht des betrachteten Staates [...]) als formal gedankliche Einheit zu erfassen“ (*Weinberger*, Bemerkungen zu einer Grundlegung der Theorie des juristischen Denkens, in: ders./Albert/Luhmann/Maihofer (Hrsg.), Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, S. 134 [135]); „[...] Gegenstand [der Rechtswissenschaft bilden] die geltenden Rechtsordnungen der gegenwärtigen Staaten [...]“ (*Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 95).

<sup>43</sup> Vgl. *Hart*, The Concept of Law, S. 13 ff.

<sup>44</sup> *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn. 53 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 203. S. auch *Lubmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 320 ff.

<sup>45</sup> *Ryffel*, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, S. 371.

<sup>46</sup> *Seiler*, Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung, S. 87 ff. S. auch *Kraft*, Paradoxien des positiven Rechts, in: Métall (Hrsg.), 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, S. 181 (188).