

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 113

Grundlagen  
des Institutionalistischen  
Rechtspositivismus

Von

Donald Neil MacCormick  
und Ota Weinberger



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**D. N. MACCORMICK / O. WEINBERGER**

**Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus**

**Schriften zur Rechtslehre**

**Heft 113**

# Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus

Von

Donald Neil MacCormick  
und Ota Weinberger



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Grundlagen des Institutionalistischen Rechts-  
positivismus** / von Donald Neil McCormick u. Ota  
Weinberger. — Berlin: Duncker und Humblot, 1985.  
(Schriften zur Rechtstheorie; H. 113)  
ISBN 3-428-05717-1

NE: McCormick, Donald Neil [Mitverf.];  
Weinberger, Ota [Mitverf.]; GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1985 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1985 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-05717-1

## Vorwort

Aus zwei Gründen haben wir uns entschlossen, eine Reihe von Arbeiten in einem gemeinsamen Buch zu veröffentlichen: 1. die von uns entwickelten rechtstheoretischen Konzeptionen stimmen weitgehend überein; 2. wir hoffen, daß die vorgelegte Lehre als eigenständige und ausbaufähige Rechtstheorie angesehen werden kann, die wir deswegen der wissenschaftlichen Öffentlichkeit zur Diskussion vorlegen wollen.

Es ist in der Wissenschaftsgeschichte kein allzu seltenes Phänomen, daß gewisse Theorien von verschiedenen Forschern unabhängig voneinander und ungefähr zur gleichen Zeit entwickelt wurden. Das berühmteste Beispiel ist wohl die Erfindung der Infinitesimalrechnung durch Leibniz und Newton. Wissenschaftssoziologisch gesehen ist die größere oder kleinere Wahrscheinlichkeit solcher Übereinstimmungen durch verschiedene Umstände bedingt. Die kulturelle und geistige Entwicklung bietet in gewissen Momenten die Möglichkeit, gewisse Konzeptionen zu entwickeln. Die aktuelle Problemsituation wirft gewisse Probleme auf und führt zu gewissen Betrachtungsweisen und Formen von Hypothesen bzw. Theorien. Und schließlich bedingt oft eine ähnliche Ausbildung der Forscher und eine analoge kulturelle Situation, daß ähnliche Ideen von verschiedenen Autoren entwickelt werden.

In unserem Fall, d. h. bei der Entwicklung des Institutionalistischen Rechtspositivismus, sind unsere Ergebnisse vollkommen unabhängig voneinander entstanden — wir kannten einander weder persönlich, noch unsere Arbeiten. Unsere akademische Schulung ist in verschiedenen Rechtskreisen vor sich gegangen, wir hatten verschiedene Lehrer sowohl im Bereich der Jurisprudenz als auch in jenem der Philosophie. Beide sind wir jedoch im Geiste einer analytischen oder strukturtheoretischen Jurisprudenz geschult worden, beide interessieren wir uns gleichzeitig sowohl für logische und methodologische wie auch für soziologische und politische Probleme des Rechts. Beide standen wir vor derselben Problemsituation in der Jurisprudenz und suchten Antworten auf dieselben Fragen der Rechtstheorie, die uns von keiner der etablierten Lehren angemessen beantwortet zu sein schienen. Weder der reine Normativismus noch der Rechtsrealismus noch die verschiedenen soziologischen Rechtstheorien geben befriedigende Erklärungen des Wesens und der Existenz des Rechts. Es gab also offenbar eine gemeinsame Basis für unsere Untersuchungen, doch war unsere Zutrittsweise und die wissenschaftliche Aufgabenstellung, die wir vor Augen hatten, nicht

die gleiche. MacCormick untersuchte die Grundfrage der analytischen Jurisprudenz, die logische Struktur der juristischen Argumentation und die Abhängigkeit umgangssprachlicher Äußerungen vom Recht, während Weinberger neben den strukturtheoretischen Problemen des Rechts und der Rechtsdynamik sich intensiv mit der philosophischen und semantischen Grundlegung der Normenlogik befaßte. Um so mehr waren wir überrascht und erfreut, als wir eine so weitgehende Ähnlichkeit unserer Ergebnisse feststellen konnten. Erfreut hauptsächlich deswegen, weil wir darin eine gewisse Bestätigung unserer Ansichten erblickten, daß wir auf verschiedenen Wegen zu gleichen Resultaten gelangt sind.

Die Frage der Priorität erscheint uns einerseits unwichtig, andererseits sind wir der Meinung, daß sie keinem von uns zusteht, bzw. nicht genau bestimmt werden kann. MacCormick hat das erste Programm des Institutionalistischen Rechtspositivismus vorgelegt, und zwar in seiner Antrittsvorlesung „Law as Institutional Fact“ (1973), Weinberger hatte im wesentlichen die gleichen Gedanken in seinem Aufsatz „Die Norm als Gedanke und Realität“ (1969) ausgedrückt und ist — ohne Kenntnis der MacCormickschen Arbeit — später auch zur selben Terminologie gelangt [in dem Aufsatz „Tatsachen und Tatsachenbeschreibungen“ (1979)].

Die in diesem Band abgedruckten Arbeiten sollen unseren Weg zum Institutionalistischen Rechtspositivismus belegen sowie die Hauptthesen und das weitere Programm dieser Lehre darstellen.

Nach der allgemeinen Einleitung folgen die Arbeiten in chronologischer Reihenfolge. Sie wurden für die Wiederveröffentlichung stellenweise stilistisch adaptiert und ergänzt.

Die Übersetzungen der Arbeiten von MacCormick haben Dr. Alfred Schramm und Univ.-Doz. Dr. Peter Strasser durchgeführt. Wir danken dem Österreichischen Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung für die Übernahme der Übersetzungskosten.

Frau Gabriela Taucher danken wir für die sorgfältige Vorbereitung des Manuskripts und Herrn Dr. Dr. Peter Koller, Frau Mag. Dr. Herlinde Pauer-Studer, Herrn Dr. Alfred Schramm für die Hilfe bei der Durchführung der Korrekturen. Frau Dr. Pauer-Studer hat dankenswerterweise das Namen- und Sachverzeichnis des Buches angefertigt.

Den Verlegern der Erstpublikationen der hier abgedruckten Arbeiten danken wir für die Genehmigung des Wiederabdrucks.

# Inhaltsverzeichnis

## Einleitung:

|   |    |
|---|----|
| <b>Ausgangspunkte des Institutionalistischen Rechtspositivismus</b> | 11 |
| OTA WEINBERGER  |    |

|   |    |
|---|----|
| <i>Vorbemerkung</i> .....   | 11 |
| 1. <i>Die Rechtsontologie des Institutionalistischen Rechtspositivismus</i> ..  | 12 |
| 1.1. Die Problemsituation: Rechtstheorie zwischen Normativismus und Realismus .....   | 12 |
| 1.2. Normenontologie jenseits von Normativismus und Realismus: Das Dasein des Rechts nach institutionalistischer Auffassung ..... | 15 |
| 1.3. Die semantische und logische Basis des Institutionalistischen Rechtspositivismus .....                                       | 19 |
| 2. <i>Tatsachen: rohe und institutionelle Fakten</i> .....  | 22 |
| 2.1. Anmerkungen zur Geschichte des Terminus ‚institutionelle Tatsachen‘: Anscombe und Searle .....                               | 22 |
| 2.2. Institution und Regel .....  | 25 |
| 2.3. Die menschliche Welt und ihre Beschreibung .....   | 28 |
| 2.4. Gibt es rohe Tatsachen? .....  | 30 |
| 3. <i>Die Struktur des Rechts</i> .....   | 30 |
| 3.1. Allgemein: Die Aufgabenstellung der Strukturtheorie des Rechts ..  | 30 |
| 3.2. Die spezifischen Züge der institutionalistischen Strukturtheorie des Rechts .....  | 32 |
| 3.3. Institutionen und die sie bestimmenden Regeln .....  | 35 |
| 4. <i>Der Streit um das Naturrecht aus der Sicht des Institutionalistischen Rechtspositivismus</i> .....                          | 37 |
| 4.1. Meine Zutrittsweise zum Streit um das Naturrecht .....   | 38 |
| 4.2. Was führt die Rechtsphilosophen zum Naturrecht? .....  | 39 |
| 4.3. Was führt die Rechtsphilosophen zum Rechtspositivismus? .....  | 40 |
| 4.4. Typologie der rechtspositivistischen und der naturrechtlichen Lehren   | 41 |
| 4.5. Fragwürdige Thesen beider Parteien .....   | 44 |
| 4.6. Warum ich mich für einen Rechtspositivisten halte .....  | 49 |
| 5. <i>Abschließende Anmerkungen</i> .....   | 50 |
| 5.1. Zur Institutionentheorie .....   | 50 |
| 5.2. Zur juristischen Methodenlehre .....   | 53 |
| 5.3. Zur Gerechtigkeitstheorie .....  | 55 |

|   |    |
|---|----|
| <b>Ein Postskriptum zu Weinbergers Einleitung</b> | 57 |
| D. NEIL MACCORMICK                                |    |

|   |  |     |
|---|--|-----|
| <b>Die Norm als Gedanke und Realität</b>  |  | 60  |
| OTA WEINBERGER  |  |     |
| <i>Vorwort</i> .....  |  | 60  |
| 1. <i>Basis und Ziel der ontologischen Wesensbestimmung der Norm</i> ....                                     |  | 61  |
| 2. <i>Die Idealität der Norm</i> .....  |  | 61  |
| 3. <i>Die Eigenart des Normgedankens</i> .....  |  | 64  |
| 4. <i>Die Norm als Realität</i> .....   |  | 66  |
| 5. <i>Die Rechtsordnung in gedanklicher und realer Perspektive</i> .....                                      |  | 70  |
| 6. <i>Der Charakter der Rechtswissenschaften</i> .....  |  | 72  |
| 7. <i>Die Normenlogik als Hilfswissenschaft der Rechtswissenschaften</i> ..                                   |  | 74  |
| <b>Das Recht als institutionelle Tatsache</b>   |  | 76  |
| D. NEIL MACCORMICK  |  |     |
| 1. <i>Institutionelle Tatsachen und rechtliche Institutionen</i> .....  |  | 76  |
| 2. <i>Rechtliche Institutionen und die Struktur der Rechtssysteme</i> .....                                   |  | 87  |
| 3. <i>Das Transzendieren von institutionellen Tatsachen</i> .....   |  | 98  |
| <b>Tatsachen und Tatsachenbeschreibungen</b>  |  | 108 |
| Eine logisch-methodologische Überlegung zu einem<br>Grundlagenproblem der Sozialwissenschaften                |  |     |
| OTA WEINBERGER  |  |     |
| 1. <i>Problemstellung</i> .....   |  | 108 |
| 2. <i>Rohe Tatsachen und ihre Beschreibung</i> .....  |  | 109 |
| 3. <i>Menschabhangige Tatsachen und ihre Beschreibung</i> .....  |  | 114 |
| 4. <i>Typologie der praktischen Satze und Begriffe</i> .....   |  | 116 |
| 5. <i>Konsequenzen fur die methodologische Grundauffassung der Gesellschaftswissenschaften</i> .....         |  | 122 |
| <i>Anmerkung</i> .....  |  | 123 |
| <b>Über analytische Jurisprudenz</b>  |  | 124 |
| D. NEIL MACCORMICK  |  |     |
| <i>Einleitung</i> .....   |  | 124 |
| 1. <i>Das Problem des Rechtswissens</i> .....   |  | 126 |
| 2. <i>Rechtliche Tatsachen sind institutionelle Tatsachen</i> .....   |  | 129 |
| 3. <i>Der problematische Charakter der rohen Tatsachen</i> .....  |  | 133 |
| 4. <i>Wir brauchen eine hermeneutische Methode</i> .....  |  | 134 |
| <b>Jenseits von Positivismus und Naturrecht</b>   |  | 140 |
| OTA WEINBERGER  |  |     |
| 0. <i>Problemsituation und Aufgabenstellung</i> .....   |  | 140 |
| 1. <i>Das Recht als institutionelle Tatsache und die Grundlage der rechtswissenschaftlichen Methode</i> ..... |  | 142 |
| (i) <i>Die These des Non-Kognitivismus</i> .....  |  | 144 |
| (ii) <i>Das normenlogische Positivitatspostulat</i> .....  |  | 144 |
| (iii) <i>Überlegungen de lege lata und Überlegungen de lege ferenda</i> 145                                   |  | 145 |

|    |   |     |
|----|---|-----|
| 2. | <i>Kritische Betrachtungen über den Begriff des Rechtspositivismus</i> ..   | 145 |
| 3. | <i>Sachliche Gründe für eine naturrechtliche Auffassung</i> .....   | 149 |
| 4. | <i>Braucht man für die inhaltliche Rechtsbegründung die Idee des Naturrechts?</i> .....   | 152 |
|    | (i) Die Methode der schwachen (selbstverständlichen) Voraussetzungen .....  | 154 |
|    | (ii) Die Methode der konsensstrebigen Analysen .....  | 154 |
| 5. | <i>Die Rolle des analytischen Zutrittes zur Rechtstheorie bei der Auflösung des Streites zwischen Rechtspositivisten und Naturrechtlern</i> | 155 |

**Recht, Moral und Positivismus** 156

D. NEIL MACCORMICK

|    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | <i>Eine Art des Positivismus</i> .....                      | 156 |
| 2. | <i>Rechtsregeln und die interne Betrachtungsweise</i> ..... | 160 |
| 3. | <i>Der hermeneutische Zugang zur Rechtstheorie</i> .....    | 165 |
| 4. | <i>Die Konvergenz von Positivismus und Naturrecht</i> ..... | 172 |

**Analytisch-dialektische Gerechtigkeitstheorie** 176

Skizze einer handlungstheoretischen  
und non-kognitivistischen Gerechtigkeitslehre

OTA WEINBERGER

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| 1.  | <i>Die Problemsituation in der Gerechtigkeitstheorie</i> .....                                  | 178 |
|     | (i) Gerechtigkeit als formales Prinzip .....  | 178 |
|     | (ii) Gerechtigkeit als materiales Apriori .....   | 181 |
|     | (iii) Anthropologisch gegebene Gerechtigkeitsprinzipien .....                                   | 181 |
|     | (iv) Die utilitaristischen Gerechtigkeitskriterien .....  | 181 |
|     | (v) Gerechtigkeit als Fairneß .....   | 182 |
|     | (vi) Gerechtigkeit nach Maßgabe einer Normenordnung .....                                       | 184 |
| 2.  | <i>Gerechtigkeitspostulate als Handlungsdeterminanten</i> .....                                 | 185 |
| 3.  | <i>Der non-kognitive Charakter der praktischen Argumentation</i> .....                          | 186 |
| 4.  | <i>Strukturtheorien des praktischen Denkens</i> .....   | 188 |
| 5.  | <i>Die Funktion von Vorsätzen, Normen und Werten</i> .....                                      | 189 |
| 6.  | <i>Gerechtigkeitspostulate im Kontext des Entscheidens</i> .....                                | 191 |
| 7.  | <i>Gerechtigkeit in Ethik, Jurisprudenz und politischer Theorie</i> .....                       | 192 |
| 8.  | <i>Der Charakter der Gerechtigkeitsargumentation vom Standpunkt des Non-Kognitivismus</i> ..... | 193 |
| 9.  | <i>Rationale Methoden der materialen praktischen Argumentation</i> ..                           | 195 |
|     | (a) Die Methode der „selbstverständlichen“ Voraussetzungen .....                                | 196 |
|     | (b) Die Analyse der Ausgewogenheit des Rollenspiels .....                                       | 197 |
|     | (c) Das Prinzip der Gegenseitigkeit in partnerschaftlichen Beziehungen .....                    | 198 |
|     | (d) Konsens und Gerechtigkeit .....   | 198 |
| 10. | <i>Der dialektische Charakter der praktischen Argumentation</i> .....                           | 200 |

|   |   |         |
|---|---|---------|
| <b>Institutionelle Moral und die Verfassung</b>                       |   | 202     |
| D. NEIL MACCORMICK  |   |         |
| 1.  | <i>Einleitung</i> .....   | 202     |
| 2.  | <i>Positivismus und das Problem des Rechtsirrtums</i> .....                             | 202     |
| 3.  | <i>Theorie der institutionellen Moral</i> .....   | 205     |
| 4.  | <i>Institutionelle Moral und die britische Verfassungstheorie</i> .....                 | 207     |
| 5.  | <i>Positivistische Voraussetzungen der institutionellen Moral</i> .....                 | 213     |
| 6.  | <i>Praktische Vernunft und verfassungskonstituierende Gewohnheit</i> ..                 | 217     |
| <br><b>Die Grenzen der Rationalität im Rechtsdenken</b>               |   | <br>222 |
| D. NEIL MACCORMICK  |   |         |
| 1.  | <i>Einführung</i> .....   | 222     |
| 2.  | <i>Anmerkungen über die praktische Rationalität</i> .....                               | 223     |
| 3.  | <i>Das Rechtsdenken und die Grenzen der Rationalität</i> .....                          | 236     |
| <br><b>Die <i>Conditio Humana</i> und das Ideal der Gerechtigkeit</b> |   | <br>243 |
| OTA WEINBERGER  |   |         |
| 1.  | <i>Die Rolle der Gerechtigkeitstheorie</i> .....  | 243     |
| 2.  | <i>Die anthropologische Zutrittsweise zum Problem der Gerechtigkeit</i>                 | 245     |
| 3.  | <i>Gerechtigkeitsideale als Handlungsdeterminanten</i> .....                            | 246     |
| 4.  | <i>Der analytisch-dialektische Charakter der Gerechtigkeitsüberlegun-<br/>gen</i> ..... | 249     |
| 5.  | <i>Formale Gerechtigkeitspostulate</i> .....  | 250     |
| 6.  | <i>Naturrecht oder Gerechtigkeitsüberzeugungen</i> .....                                | 253     |
| 7.  | <i>Postulate der gerechten Rechtsanwendung</i> .....                                    | 254     |
|   | (a) Das Postulat der wahren Tatsachenfeststellung .....                                 | 254     |
|   | (b) Das Postulat der Realisation .....  | 254     |
|   | (c) Postulate der Verfahrensgerechtigkeit .....   | 254     |
| 8.  | <i>Ausgewogenheit des Rollenspiels als Postulat der Gerechtigkeit</i> ....              | 254     |
| 9.  | <i>Kollektives Handeln</i> .....  | 256     |
| 10.   | <i>Aktuelle Aspekte der Gerechtigkeitsproblematik</i> .....                             | 256     |
|   | (a) Konservative oder reformatorische Gerechtigkeit .....                               | 256     |
|   | (b) Gemeinschaftliche und übergemeinschaftliche Orientierung der<br>Gerechtigkeit ..... | 256     |
|   | (c) Prospektive Gerechtigkeit .....   | 257     |
| <br><b>Quellenverzeichnis</b> .....                                   |   | <br>259 |
| <br><b>Namen- und Sachverzeichnis</b> .....                           |   | <br>260 |

OTA WEINBERGER

## Einleitung:

### Ausgangspunkt des Institutionalistischen Rechtspositivismus

#### Vorbemerkung

Die von MacCormick und mir entwickelten rechtsphilosophischen Auffassungen weisen — wie schon im Vorwort erwähnt und wie der Leser aus den hier abgedruckten Arbeiten ersehen kann — große Ähnlichkeit auf, was nicht nur die gemeinsame Herausgabe der vorliegenden Studien, sondern auch die Bezeichnung unserer Lehren mit einem gemeinsamen Namen ‚Institutionalistischer Rechtspositivismus‘ rechtfertigt.

In diesem Kapitel möchte ich versuchen, die philosophischen Ausgangspunkte und die Grundthesen des Institutionalistischen Rechtspositivismus zu skizzieren und einen Ausblick auf die theoretischen Leistungen und die mir vorschwebenden Perspektiven dieser Lehre zu gewähren. Für die dabei ausgesprochenen Meinungen, ihre Darlegungsweise und Begründung bin ich allein verantwortlich. Dieser Hinweis erscheint mir deswegen wichtig, weil ich mir sehr wohl bewußt bin, daß gewisse Unterschiede in der Gewichtung der Thesen und ihrer Begründungsweise zwischen MacCormick und mir bestehen, ja daß es gewisse Teilfragen gibt, wo unsere Ansichten nicht deckungsgleich sind. Im philosophischen Bereich wird der Leser sicherlich bemerken, daß MacCormick Oxford nicht nur geographisch näher steht als ich, und daß ich als logischer Rekonstruktivist von den Konzeptionen der Ordinary Language Philosophy weiter entfernt bin als mein Koautor. Ferner ist offensichtlich, daß bei uns beiden die Frage der sprachlichen und logischen Analyse eines unserer zentralen Anliegen ist, doch daß bei mir die spezifische Problematik der Normenlogik zentralere Bedeutung hat als bei meinem geschätzten Kollegen; begreiflicherweise, denn ich befasse mich seit etwa vierzig Jahren mit Normenlogik und ihrer Rolle in der Jurisprudenz<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Im Anhang zu dieser Abhandlung stellt Neil MacCormick einige ergänzende Überlegungen an und gibt zu einigen Punkten, in denen seine Auffassung von meiner abweicht, Stellungnahmen ab.

## 1. Die Rechtsontologie des Institutionalistischen Rechtspositivismus<sup>2</sup>

Der IRP ist vor allem eine rechtsontologische Konzeption, die sich wesentlich von den traditionellen Voraussetzungen der Rechtstheorie sowie der praktischen Philosophie überhaupt unterscheidet, denn er gibt eine neuartige, nicht traditionelle Antwort auf die Fragen nach dem Wesen des Rechts und nach der Daseinsweise gesellschaftlicher Normensysteme.

### 1.1. Die Problemsituation:

#### *Rechtstheorie zwischen Normativismus und Realismus*

Die herrschenden Auffassungen des Rechts und die rechtsphilosophischen Erklärungen der Daseinsweise des Rechts bewegen sich — wenn ich richtig sehe — zwischen zwei Polen: dem Normativismus und dem Rechtsrealismus. Die konkreten Lehrmeinungen schwanken in gewisser Weise zwischen diesen Extrempositionen.

Nach normativistischer Konzeption ist das Recht nichts anderes als ein Normensystem, d. h.: eine Menge irgendwie miteinander zusammenhängender Idealentitäten (objektiv verstehbarer Gedankeninhalte) mit normativem Sinn. Die Existenz des Rechts wird als Daseinsweise von Idealentitäten angesehen. Das Recht als Sinngebilde kann intersubjektiv übermittelt und aufgrund von sprachlichen Kommunikaten verstanden werden. Im einzelnen wird die Daseinsweise der gesellschaftlichen Normensysteme von den einzelnen normativistischen Lehren unterschiedlich expliziert, und es wird hierbei in verschiedener Weise oft auch auf andere, nicht-normative Tatsachen bezug genommen. Darin und in der Begründungsweise der Geltung des Rechts als eines Systems sowie der Geltungsbegründung der einzelnen Normen in diesem System unterscheiden sich die einzelnen normativistischen Lehren untereinander. Den extremsten Normativismus stellt wohl *Kelsens* Reine Rechtslehre dar. Ihre hervorstechendsten Kennzeichen sind die Ausklammerung aller Nichtnormativen durch das Reinheitspostulat<sup>3</sup>, die Begründung der Geltung von Rechtsnormen durch höhere (besser: vorgeordnete) Normen, wodurch die Rechtsdynamik als Vorgang dargestellt wird, der nur im Bereich der Normen — und nicht im Bereich der sozialen Tatsachen — vor sich geht<sup>4</sup>, und die Grundnorm als bloße

<sup>2</sup> Für ‚Institutionalistischer Rechtspositivismus‘ werde ich die Abkürzung ‚IRP‘ verwenden.

<sup>3</sup> *H. Kelsen, Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 1.

<sup>4</sup> *H. Kelsen, a.a.O.*, S. 196: „Allerdings bildet in dem Syllogismus, dessen Obersatz der die höhere Norm aussagende Soll-Satz ist: man soll den Geboten Gottes (oder den Geboten seines Sohnes) gehorchen, und dessen Schlußsatz der die niedere Norm aussagende Soll-Satz ist: man soll den Zehn Geboten gehorchen.“

Annahme (Hypothese, transzendentalphilosophische Voraussetzung oder fiktive Norm) zur letztinstanzlichen Begründung der objektiven Geltung der Rechtsordnung<sup>5</sup>. Zur Rechtfertigung der erwähnten Grundnormvoraussetzung arbeitet allerdings auch Kelsen mit dem Begriff der Wirksamkeit (Effektivität oder Faktizität) der Rechtsordnung sozusagen als Rechtfertigung der erwähnten Grundnormvoraussetzung. Die Wirksamkeitsfrage ist aber zweifellos von der Prüfung soziologischer Tatsachen abhängig, was eine „reine“ Beantwortung der Geltungsfrage unmöglich macht<sup>6</sup>. Daraus folgt: Es kann keinen reinen Normativismus geben.

Der Rechtsrealismus geht von der These aus, daß nur Sätze, die tatsächliches, der Beobachtung zugängliches Geschehen beschreiben, wahr sein können, und daß daher auch die Darstellung des Rechts in der Beschreibung von beobachtbaren Vorgängen in der Gesellschaft und in der Bestimmung von deren gesetzmäßigen Zusammenhängen bestehen muß. Gegenstand der Rechtsbetrachtungen sind jene gesellschaftlichen Einrichtungen, die mit dem Recht zu tun haben, wie Gerichte und Behörden sowie der Stab von Menschen, die professionell mit dem Recht befaßt sind. Für den Rechtsrealisten ist Gegenstand der Rechtskenntnis das Verhalten des Rechtsstabs, die Feststellung der faktischen Regelmäßigkeiten seines Verhaltens und die prognostische Bestimmung des zu erwartenden zukünftigen Verhaltens der Staatsorgane. Die rechtsrealistischen Lehren sind in verschiedenem Maße antinormativistisch; die einen leugnen überhaupt, daß Normen sinnvolle Gedanken sind, die anderen anerkennen die Normen nur als psychische Realitäten im Bewußtsein des Rechtsstabs oder sie betrachten sie als Charakteristik der ideologischen Einstellung des Rechtsstabs<sup>7</sup>. Die aktu-

---

ten (oder dem Gebot, seine Feinde zu lieben) gehorchen, der eine Seins-Tatsache feststellende Satz: Gott hat die Zehn Gebote erlassen (oder der Sohn Gottes hat befohlen, die Feinde zu lieben) als Untersatz ein wesentliches Glied. Obersatz und Untersatz sind beide Bedingungen des Schlußsatzes. Aber nur der Obersatz, der ein Soll-Satz ist, ist *conditio per quam* im Verhältnis zum Schlußsatz, der auch ein Soll-Satz ist; das heißt, die im Obersatz ausgesagte Norm ist der Geltungsgrund der im Schlußsatz ausgesagten Norm. Der als Untersatz fungierende Seins-Satz ist nur *conditio sine qua non* im Verhältnis zum Schlußsatz; das heißt: die im Untersatz festgestellte Seins-Tatsache ist nicht der Geltungsgrund der im Schlußsatz ausgesagten Norm.“

<sup>5</sup> H. Kelsen, a.a.O., S. 197 - 209; ders., Allgemeine Theorie der Normen, posthum hrsg. von K. Ringhofer, R. Walter, Wien 1979, S. 295 ff. Zur Kritik vgl. O. Weinberger, Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen, Berlin 1981, S. 135, 174.

<sup>6</sup> Dies hat Kelsen wohl nicht bemerkt.

<sup>7</sup> Während Hägerström wohl der markanteste Vertreter der erstgenannten Konzeption ist, anerkennt Alf Ross, der bekannteste Rechtsrealist (der sogar Arbeiten über normenlogische Probleme geschrieben hat), sehr wohl das Recht als ein System normativer Sinngebilde, die als Ideologien des Richters