

Schriften zur Rechtstheorie

Band 276

Rechtsnormen und Rationalität

Zum Problem der Rechtsgeltung
bei Hans Kelsen, Jürgen Habermas
und Niklas Luhmann

Von
Johannes Meiners



Duncker & Humblot · Berlin

JOHANNES MEINERS

Rechtsnormen und Rationalität

Schriften zur Rechtstheorie

Band 276

Rechtsnormen und Rationalität

Zum Problem der Rechtsgeltung
bei Hans Kelsen, Jürgen Habermas
und Niklas Luhmann

Von

Johannes Meiners



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität Potsdam hat diese Arbeit
im Sommersemester 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: Buch Bücher de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-14488-4 (Print)
ISBN 978-3-428-54488-2 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84488-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

„Ein guter Jurist würde aufhören, ein guter Jurist zu sein, wenn ihm in jedem Augenblick seines Berufslebens zugleich mit der Notwendigkeit nicht auch die tiefe Fragwürdigkeit seines Berufes voll bewusst wäre.“

(Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 105)

„Prüft alles. Das Gute aber behaltet.“

(Brief des Paulus an die Thessalonicher, 5. 21)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2014 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Potsdam als Dissertation angenommen. Mein Dank gilt Prof. Dr. Carola Schulze, die diese Arbeit mit großem Engagement betreut hat, wertvolle Anregungen gab und mir mit einem großen Überblick über die Literatur immer wieder neue Wege aufzeigte. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Georg Küpper für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und eine gewinnbringend offene Diskussion bei der Disputation.

Ich bedanke mich bei meinen Eltern für ihre rückhaltlose Unterstützung, in allem. Ich bedanke mich bei meinem Vater für ein großartiges Lektorat und einen unverstellten Blick auf die theoretischen Probleme dieser Arbeit, der mir neue Dimensionen erschlossen hat. Ich bedanke mich bei Friederike für inspirierende philosophische Gespräche.

Berlin, Oktober 2014

Johannes Meiners

Inhaltsverzeichnis

A. Das Problem der Rechtsgeltung	13
I. Der Begriff der Geltung des Rechts	13
II. Rechtsgeltungstheorien – Arten der Rechtsgeltung	14
1. Juristische, faktische und moralische Geltung	14
2. Faktische Geltungstheorien, Willentheorien, Gewalttheorien, Anerkennungs- theorien und materiale Geltungstheorien	16
3. Positivistische und materiale Geltungstheorien	16
a) Positivistische Geltungstheorien	17
b) Materiale Geltungstheorien	18
c) Rechtsgeltung und Legitimität	19
d) Praktische Konsequenzen	20
III. Erkenntnistheoretischer Kognitivismus und Nonkognitivismus	22
B. Die Geltungskonzeption Hans Kelsens	24
I. Das Programm der Reinen Rechtslehre	24
1. Die Genese der Reinen Rechtslehre	25
2. Erkenntnistheoretische Grundlagen	27
a) Der Sein-Sollen-Dualismus	27
b) Formaler Normativismus	31
c) Positivität	36
d) Werterelativismus	38
3. Zwischenfazit	41
II. Kelsens Begriff der Rechtsnorm	43
III. Das Stufenbaummodell	49
IV. Die Grundnorm	53
V. Geltung und Wirksamkeit	59
VI. Fazit	63
C. Die Geltungskonzeption Jürgen Habermas	66
I. Diskurstheoretische Grundlagen	66

1. Kommunikation als erkenntnistheoretische Grundlage	67
a) Kommunikatives Handeln und Objektivität	68
b) Strategisches und kommunikatives Handeln (System und Lebenswelt – Notwendigkeit der Sozialintegration)	70
2. Konsenstheorie der Wahrheit und Normgeltung	75
a) Das Diskursprinzip (D)	76
b) Das Universalitätsprinzip (U)	79
c) Kritik der Konsenstheorie der Wahrheit	84
II. Notwendigkeit und Bedingungen des Rechts	87
III. Diskurstheoretischer Rechtsgeltungsbegriff: Legalität und Legitimität	89
IV. Unterscheidung von moralischen und rechtlichen Normen	91
V. Rechtssetzungsdiskurse: Konsensualer Wahrheitsbegriff und nichtmetaphysische Rechtsnormbegründung	97
VI. Die kognitive Begründung der Rechtsgeltung im Verhältnis zu Kelsens Grund- normkonzeption	105
D. Die Geltungskonzeption Niklas Luhmanns	107
I. Systemtheoretische Grundlagen	107
1. Kommunikation	111
a) Gesellschaft als Kommunikation	112
b) Luhmanns Kommunikationsbegriff	113
c) Kritik	116
2. System und Umwelt	117
a) Psychische und soziale Systeme	118
aa) Strukturelle Kopplungen	122
bb) Interpenetration und Sinn	123
cc) Antihumanismus oder Individuen ernstgenommen?	126
b) Doppelte Kontingenz	129
c) Operative Geschlossenheit	131
3. Autopoiesis	133
4. Funktionale Differenzierung der Gesellschaft	136
II. Soziales Funktionssystem Recht	139
III. Positivität	141
IV. Luhmanns Normbegriff	146
V. Das formale Symbol der Rechtsgeltung	151
VI. Luhmanns systemtheoretische Konzeption im Vergleich	154

E. Schlussbetrachtung	160
I. Erkenntnistheoretische Grundlagen	160
II. Notwendigkeit einer normativen Perspektive	161
III. Rechtsgeltung und Zeit – Ausblick	165
Literaturverzeichnis	168
Sachverzeichnis	176

A. Das Problem der Rechtsgeltung

Die Frage nach seiner Geltung ist ein zentrales Thema der theoretischen und philosophischen Auseinandersetzung mit dem Recht. Was bezeichnet die „Geltung“ des Rechts genau? Was sind die Voraussetzungen, unter denen Recht „gilt“? Wann sind staatliche Gesetze, rechtliche Regeln und Normen als geltendes Recht anzusehen?

I. Der Begriff der Geltung des Rechts

Die „Geltung“ des Rechts bezeichnet grundsätzlich die spezifische Existenz von Rechtsnormen oder einer Rechtsordnung als ganzer. Hier stellt sich die Frage nach der besonderen Art, in der Normen gegeben sind.¹ Die Existenzweise von Normen sagt für sich noch nichts über ihre Verbindlichkeit aus. Sie bedeutet nicht, dass oder warum Rechtsnormen befolgt werden *sollen*. Der Begriff der Geltung hat somit verschiedene Bedeutungen. Geltung kann die reale, sozial-tatsächliche Gegebenheit von Normen bezeichnen, aber auch die Begründetheit ihres Verpflichtungsanspruchs.² Geltung bedeutet das In-Kraft-sein der Normen des positiven Rechts. Dieses kann etwa darin bestehen, dass ihre Durchsetzung notfalls durch Anwendung staatlicher Gewalt erzwungen wird. Andererseits wird dabei teilweise zugleich unterstellt, dass die entsprechenden Normen auch verbindlich sind, befolgt werden sollen. Durchsetzung und Verbindlichkeit des positiven Rechts bezeichnen jedoch zwei verschiedene Sachverhalte.³ Es ist terminologisch zwischen verschiedenen Arten von Geltung zu unterscheiden. So kann etwa *soziale Geltung* die sozial-tatsächliche Gegebenheit von Normen bezeichnen, während *materiale Geltung* für die normative Begründetheit einer Norm steht.⁴ Eine andere Terminologie unterscheidet zwischen *positiver Rechtsgeltung* und der *Legitimität* des Rechts.⁵

¹ Kelsen, Reine Rechtslehre I, S. 7.

² Mahlmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 261.

³ Iltig, Der Geltungsgrund moralischer Normen, S. 619; vgl. auch Welzel, An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung, S. 22.

⁴ Mahlmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 261.

⁵ Welzel, An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung, S. 21.

II. Rechtsgeltungstheorien – Arten der Rechtsgeltung

Wie aber lässt sich die Existenz von Rechtsnormen genau bestimmen? Lässt sich die Geltung des Rechts materiell begründen und entsteht so eine verbindliche Verpflichtung durch Rechtsnormen, oder besteht die Existenz von Rechtsnormen nur in ihrer sozialen Wirklichkeit? Diese Frage wird in verschiedenen Geltungstheorien unterschiedlich beantwortet.

1. Juristische, faktische und moralische Geltung

Je nach philosophischem und wissenschaftstheoretischem Standpunkt wird die Geltung des Rechts auf verschiedene Arten definiert. In der Rechtstheorie wird heute häufig zwischen juristischer, faktischer bzw. soziologischer und moralischer bzw. ethischer Geltung unterschieden.⁶ Unter juristischer Geltung wird eine von der tatsächlichen Befolgung unabhängige „Soll-Geltung“ verstanden. Sie ergibt sich etwa aus der Tatsache, dass die Rechtsnormen in einem bestimmten Verfahren gesetzt werden.⁷ Juristische Geltungstheorien verweisen auf die juristischen Normerzeugungszusammenhänge. Eine Rechtsnorm gilt danach etwa, weil sie gemäß der Verfassung erlassen wurde.⁸

Faktische Geltung bezeichnet die Rechtswirksamkeit.⁹ Sie liegt vor, wenn das Recht real befolgt wird. Es handelt es sich um eine soziologische Kategorie.¹⁰ Sie orientiert sich an der Frage: welche Mechanismen verhelfen dem Recht zur Durchsetzung?¹¹ Was mit moralischer bzw. ethischer Geltung gemeint ist, lässt sich nicht eindeutig formulieren. Teilweise wird argumentiert, sie liege bereits vor, wenn Rechtsnormen durch die rechtunterworfenen Bevölkerung akzeptiert und damit freiwillig aus Rechtsüberzeugung befolgt werden.¹² Diese Definition bleibt jedoch auf rein faktischer Ebene und erfasst das Problem einer moralischen Geltung von Rechtsnormen nur unzureichend. Zweifelsohne gibt es Zusammenhänge und funktionale Beziehungen zwischen der tatsächlichen Anerkennung von Rechtsnormen in der Bevölkerung und der Rechtsgeltung. Ohne ein gewisses Maß an Zustimmung durch die Rechtsunterworfenen kann keine Rechtsordnung und keine einzelne Rechtsnorm dauerhaft in Geltung sein. Ihr kommt die beschriebene faktische Geltung (Wirksamkeit) abhanden und auch die juristische Geltung wird ihr abgesprochen werden. Bei der moralischen Geltung von Rechtsnormen geht es

⁶ Vgl. *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 139 ff.; *Rüthers*, Rechtstheorie, S. 203 ff., 207; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 311; *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 79 ff.

⁷ *Rüthers*, Rechtstheorie, S. 204.

⁸ *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 265.

⁹ *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 311.

¹⁰ *Rüthers*, Rechtstheorie, S. 204.

¹¹ *Huber*, Gerechtigkeit und Recht, S. 48.

¹² *Rüthers*, Rechtstheorie, S. 204 f.

jedoch nicht um eine faktische Anerkennung von Rechtsnormen aufgrund tatsächlicher moralischer Anschauungen in der Bevölkerung, sondern um eine apriorisch zu begründende Moral und die Frage, ob das Recht dieser entspricht.¹³ Gibt es materielle Bedingungen, aufgrund derer die Rechtsunterworfenen das Recht aus eigener freier Einsicht befolgen können? Diese können als Geltungsbedingung des Rechts angesehen werden.¹⁴ Die Geltung wird dann nicht mit der psychologischen Tatsächlichkeit der Anerkennung begründet, sondern mit dem „wahren(n) Interesse der Rechtsunterworfenen an seiner Geltung“.¹⁵ Entscheidend für die moralische Geltung des Rechts ist, dass sich die Rechtsgeltung einer Norm nicht nur nach ihrer korrekten Gesetztheit und ihrer empirischen Wirksamkeit, sondern auch nach ihrer moralischen Richtigkeit beurteilt. Das Recht muss, um zu gelten, bestimmten materiellen Anforderungen genügen.¹⁶

Bei den drei bezeichneten Arten von Rechtsgeltung handelt es sich um verschiedene Dimensionen eines Problems. Häufig wird eines der verschiedenen geltungstheoretischen Probleme des Rechts in den Vordergrund gestellt. Dann verselbständigt sich die jeweils gewählte Perspektive und es scheint keine Verbindung der verschiedenen Ebenen mehr möglich.¹⁷ Die als verschiedene Geltungsarten dargestellten Perspektiven hängen in konkreten Rechtssystemen jedoch funktionell zusammen. So kann ein Spannungsverhältnis zwischen juristischer Geltung und der Akzeptanz in der Bevölkerung entstehen, was Auswirkungen auf die faktische Geltung hat. Die juristische Geltung wird in der Praxis funktionslos, wenn das Recht faktisch nicht beachtet wird.¹⁸ Die juristischen, faktischen und moralischen bzw. ethischen Begründungen der Rechtsgeltung sind unterschiedliche, logisch voneinander unabhängige Auszeichnungen von normativen Sätzen, die als Recht in Betracht gezogen werden.¹⁹ Für das Problem der Rechtsgeltung ist jede dieser Perspektiven relevant.

¹³ Ähnlich *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 311.

¹⁴ Ähnlich *Huber*, Gerechtigkeit und Recht, S. 48.

¹⁵ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 81.

¹⁶ *Engländer*, Moralische Richtigkeit als Bedingung der Rechtsgeltung?, S. 86 mit Nachweisen für Theorien, die eine Beurteilung der Rechtsgeltung anhand der moralischen Richtigkeit von Rechtsgeltung vornehmen.

¹⁷ *Huber*, Gerechtigkeit und Recht, S. 49 mit exemplarischem Verweis auf die Theorien Kants, Holmes und Wesels sowie Max Webers.

¹⁸ Vgl. *Rüthers*, Rechtstheorie, S. 206.

¹⁹ *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 311 f.