

Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie

80

Henrique Gonçalves Neves

Die Geltung als Tatsache

Zur Rechtstatsächlichkeit bei
Hans Kelsen und Robert Alexy



Nomos

Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie

herausgegeben von
Prof. Dr. Ralf Dreier (1931–2018)
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy
Prof. Dr. Carsten Bäcker und
Prof. Dr. Martin Borowski

Band 80

Henrique Gonçalves Neves

Die Geltung als Tatsache

Zur Rechtstatsächlichkeit bei
Hans Kelsen und Robert Alexy



Nomos

Gedruckt mit Unterstützung des Deutschen Akademischen Austauschdienstes.

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

Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8563-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-2984-0 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	13
Einleitung	17
Teil I: Philosophische Bausteine für die Rechtstatsächlichkeit	22
A. Vorbemerkungen	22
B. Grundriss einer metaphysisch-ontologischen Lehre	23
C. Philosophische Grundbegriffe	31
D. Fazit	67
Teil II: Die Konstituierung der Rechtstatsächlichkeit	79
A. Einführung	79
B. Zur Konstitutivität des Rechtlichen	83
C. Zum Begriff der Rechtsnorm	114
D. Zum Begriff der Rechtstatsache	159
Schluss: Die Geltung als Tatsache	198
Hauptthesen	212
Literaturverzeichnis	215

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
Teil I: Philosophische Bausteine für die Rechtstatsächlichkeit	22
A. Vorbemerkungen	22
B. Grundriss einer metaphysisch-ontologischen Lehre	23
I. Gottlob Freges Drei-Welten-Lehre	23
II. Das Wahrsein und das Fürwahrhalten	24
III. Die ontologischen Grundkategorien	25
1. Außenwelt	26
2. Innenwelt	26
3. Dritte-Welt	27
a. Denken als Fassen eines Gedankens	28
b. Urteilen als Anerkennung der Wahrheit eines Gedankens	30
c. Behaupten als Kundgebung eines Urteils	31
C. Philosophische Grundbegriffe	31
I. Satz und Proposition	32
1. Satz	32
2. Proposition	33
3. Funktionen des Propositionsbegriffs	34
a. Proposition als Denkinhalt	34
b. Proposition als Wahrheitsträger	35
c. Proposition als Sprachinhalt	35
II. Begriff und Prädikat	36
1. Begriff und epistemisches System	37
2. Prädikative Begriffe nach Gottlob Frege	38
a. Begriff als Funktion	38
b. Die prädikative Natur des Begriffs	39
c. Merkmal und Eigenschaft	42
d. Begriffsinhalt und Begriffsumfang	43
III. Sprechakt	44
1. Sprechakte nach John L. Austin	44
2. Sprechakte nach John R. Searle	46
a. Der propositionale Akt	47

Inhaltsverzeichnis

b. Struktur illokutionärer Akte	48
aa. Konstitutive Regel	48
bb. Illokutionäre Rolle	50
c. Eine Taxonomie der illokutionären Akte	52
IV. Tatsache	53
1. Tatsache und wahrer Gedanke	53
2. Wahrheitsbedingungen	55
3. Sachverhalt, Tatsache und die Doppelheit des Tatsachenbegriffs	56
4. Grundtypen von Tatsachen	59
V. Institutionelle Tatsachen	61
D. Fazit	67
I. Die theoretische Bedeutung der Drei-Welten-Lehre	67
1. These der Außenwelt und Realismus	67
2. Innenwelt als Verknüpfungskategorie	68
3. Der antireduktionistische Charakter der These der Dritten-Welt	69
4. Freges realistische Auffassung abstrakter Entitäten	69
5. Drei-Welten-Lehre und die zwei Grundtypen von Tatsachen	70
6. Wirksamkeit eines Gedankens	70
7. Gedanken- und Propositionsbegriff	71
8. Gedanke als semantisch-ontologische Entität	72
II. Norm als semantische Entität: der semantische Normbegriff	72
III. Normbegriff und Funktionen des Propositionsbegriffs	73
1. Norm als Denkinhalt?	74
2. Norm als Wahrheitsträger?	74
3. Norm als Sprachinhalt?	75
IV. Zusammensetzung der institutionellen Tatsächlichkeit	77
Teil II: Die Konstituierung der Rechtstatsächlichkeit	79
A. Einführung	79
I. Rechtstatsächlichkeit als institutionelle Tatsächlichkeit	79
II. Positivität und Wirksamkeit des Rechts	80
III. Parallelitätsthese	82
IV. Überblick	83

B. Zur Konstitutivität des Rechtlichen	83
I. Konstitutivität des Rechtlichen nach Hans Kelsens Rechtspositivismus	85
1. Das Sollen als transzendente Kategorie	86
2. Die Grundnorm als transzendental-logische Voraussetzung	91
II. Konstitutivität des Rechtlichen nach Robert Alexys Nichtpositivismus	95
1. Die nichtpositivistische Grundnorm	96
2. Die argumentative Konstituierung des Rechtlichen	98
a. Diskursive Unmöglichkeit und diskursive Notwendigkeit	99
b. Der Anspruch auf Richtigkeit und der Sprechakt der Normsetzung	100
c. Juristische Entscheidungen im Offenheitsbereich des positiven Rechts	101
d. Der Unrechtscharakter von extrem ungerechten Normen	103
e. Die Zugehörigkeit von moralischen Normen zum Recht	104
III. Zwischenergebnis: Konstituierung des rechtlichen Sollens	105
IV. Hauptfälle der Konstitutivität des Rechtlichen	106
1. Gesetzgebung	108
2. Rechtsprechung	109
3. Verwaltung	109
4. Vertragsschluss	111
C. Zum Begriff der Rechtsnorm	114
I. Der positivistische Rechtsnormbegriff nach Hans Kelsen	114
1. Positivität des Rechts	116
2. Rechtscharakter und spezifisch juristischer Sinn	118
3. Norm als Akt und Sinngehalt	121
4. Positivrechtliche Normen und ihre normativen Funktionen	127
5. Erzeugung positivrechtlicher Normen	130
6. Geltung positivrechtlicher Normen	134
7. Definition des positivistischen Rechtsnormbegriffs	139
II. Der nichtpositivistische Rechtsnormbegriff nach Robert Alexy	140
1. Positivität des Rechts und inhaltliche Richtigkeit	145
2. Rechtscharakter und Norminhalt	147

Inhaltsverzeichnis

3. Der semantische Normbegriff	148
4. Regeln und Prinzipien	150
5. Erzeugung rechtlicher Normen	152
6. Geltung rechtlicher Normen	155
7. Definition des nichtpositivistischen Rechtsnormbegriffs	158
D. Zum Begriff der Rechtstatsache	159
I. Was ist eine Rechtstatsache?	160
II. Definition des Rechtstatsachenbegriffs	165
III. Spezialfall der Konstitutivität des Rechtlichen: Konstituierung von Rechtstatsachen	166
IV. Akzeptanz und Rechtstatsache	171
1. Akzeptanzbegriff	171
2. Die Rolle der Akzeptanz bei der Konstituierung von Rechtstatsachen	173
3. Der Umfang der Akzeptanz	177
V. Grundtypen von Rechtstatsachen	179
1. Anwendungsrechtstatsache	179
2. Befolungsrechtstatsache	182
3. Unrechtstatsache	183
4. Unvollständige Rechtstatsache	187
VI. Darstellung von Rechtstatsachen	190
1. Satz und Rechtstatsache	190
2. Sprechakt und Rechtstatsache	194
Schluss: Die Geltung als Tatsache	198
I. Parallelitätsthese	198
II. Das philosophische Fundament der Rechtstatsächlichkeit	200
III. Konstituierung der Rechtstatsächlichkeit	200
1. Konstitutivität des Rechtlichen	201
2. Rechtsnormbegriff	202
3. Rechtstatsachenbegriff	203
IV. Der Spezialfall der Konstitutivität des Rechtlichen	204
V. Die Akzeptanz des Rechtlichen	206
VI. Zwei Begriffe der Rechtsnorm für die Rechtstatsächlichkeit	207
VII. Die Geltung als Tatsache	209
Hauptthesen	212
Literaturverzeichnis	215

Einleitung

Eine grundlegende Konzeption der Objektivität im Recht bezieht sich auf die Tatsächlichkeit seiner Setzung, Anwendung und Befolgung. So ist das Recht objektiv im Sinne der Positivität und der sozialen Wirksamkeit der Normen. Dies äußert sich in der tatsächlichen Bedingtheit eines geltenden Systems von Rechtsnormen, die sich in der gesellschaftlichen Wirklichkeit durch menschliche Handlungen und Unterlassungen verwirklichen. Die tatsächliche Verwirklichung von Rechtsnormen entspricht der Seins-Bedingung für die Existenz des Rechts als normativer Ordnung, die sich an einem gegebenen Ort und in einer bestimmten Zeit effektiv auf das gegenseitige Verhalten der Menschen auswirkt. Eine derartige Konzeption der Objektivität im Recht bezieht sich letzten Endes auf das reale Recht, und zwar auf die Normen, die positivrechtlich existieren.

Gleichwohl darf die tatsächliche Bedingtheit des Rechts nicht zu der Auffassung verleiten, dass ein Rechtssystem schlechterdings im Seinsbereich verortet ist und dass mithin die Existenz seiner Rechtsnormen auf natürliche oder soziale – also empirische – Tatsachen zurückzuführen ist. Das trifft deshalb nicht zu, weil die Normativität des Rechts nicht in der empirischen Tatsächlichkeit ihre Konstituierung findet. Der normative Charakter des Rechts erklärt sich also keineswegs mit seiner tatsächlichen Bedingtheit.

Eine Rechtsordnung ist ein System von Rechtsnormen, die Soll-Geltung aufweisen. Rechtsnormen verwirklichen sich durch das menschliche Verhalten in der gesellschaftlichen Wirklichkeit, ohne jedoch auf ihre spezifische Gesolltheit zu verzichten. Sein und Sollen sind strikt voneinander zu unterscheiden. Von daher ist dem objektiven Sinn einer Rechtsnorm ein rechtliches Sollen eigentümlich. Die Norm drückt nicht das aus, was der Fall *ist*, sondern genau das, was der Fall *sein soll*. Das rechtliche Sollen ist demnach zu verwirklichen; seine Verwirklichung hingegen macht kein Sollen, sondern ein rechtliches Sein aus.

Wenn im Zentrum der rechtstheoretischen Überlegungen das rechtliche Sollen steht bzw. zu stehen hat, warum ist dann für die Untersuchung der Objektivität im Recht seine spezifische Tatsächlichkeit in Betracht zu ziehen? Dem rechtlichen Sollen, das als Rechtsnorm zu einem Rechtssystem gehört, korrespondiert ein rechtliches Sein, das die tatsächliche Verwirklichung der geltenden Rechtsnorm ist. Daher ist es für eine rechtsphiloso-

Einleitung

phische Untersuchung von besonderer Bedeutung, auf die Tatsächlichkeit des Rechts in Gestalt von Positivität und sozialer Wirksamkeit einzugehen. Um dies weiter zu klären, bedarf es der Präzisierung der betreffenden Objektivitätskonzeption und der Einführung des Rechtsstatsachenbegriffs.

Der Begriff der Objektivität ist ein ebenso altbekannter wie wissenschaftlich kontroverser Begriff, der auch in der alltäglichen Sprache Gebrauch findet. Je nach Denkschule, der man sich anschließt, kann die vertretene Auffassung des Objektivitätsbegriffs variieren. In einem *Beitrag zur juristischen Methodenlehre in 51 Thesen* hat Klaus Adomeit als erste These aufgestellt: »Von Objektivität ist wenig zu sehen. „Fünf Juristen sechs Meinungen“ (Volksmund).«¹ Demgemäß wäre die Rede von Objektivität vor allem eine Rede davon, was unter einem beliebigen Gesichtspunkt für objektiv erachtet wird. Aber daraus, dass divergierende wissenschaftliche Auffassungen von der Objektivitätskonzeption vertreten werden (können), folgt nicht, dass alle Auffassungen *richtig* sind. Ungeachtet solcher (rechts-)wissenschaftlichen Divergenzen besteht immerhin noch die Möglichkeit, so präzise und klar wie möglich die vertretene Konzeption darzustellen. Die Präzisierung und Klarheit der Darstellung vermögen zwar nicht die Meinungsverschiedenheit zu unterbinden, aber sie verdeutlichen die Argumente und Begriffe, auf welche sich die vertretene Konzeption stützt.

Die betreffende Konzeption von Objektivität im Recht weist zwei Aspekte auf: den ontologischen und den epistemischen. Der *ontologische* Aspekt bezieht sich auf die Konstituierungs- und Existenzweise von Rechtsentitäten, der *epistemische* Aspekt indes auf die (wahre) Erkenntnis derartiger Entitäten. Die ontologischen und epistemischen Fragen erweisen sich als die grundlegenden Fragen einer Untersuchung zur Objektivität im Recht.²

Eine rechtsphilosophische Untersuchung, die auf die Erläuterung der Grundentitäten des Rechts abzielt, stellt sich als rechtsontologische Untersuchung dar. Welche wären dann die Grundentitäten des Rechts? Dafür ist die Rechtsnorm gewiss eine aussichtsreiche Kandidatin. Robert Alexy zufolge sei der Begriff der Norm einer der Grundbegriffe der Jurisprudenz, wenn nicht sogar der Grundbegriff dieser Wissenschaft überhaupt.³ Aber wenn die Grundentität des Rechts die Norm, also das rechtliche Sollen, ist, an welcher Objektivitätskonzeption orientiert sich ein Rechtstheoretiker,

1 Adomeit, *Objektivität im Recht*, S. 263.

2 Siehe Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*; Leiter, *Law and Objectivity*.

3 Vgl. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 49.

der Objektivität in der tatsächlichen Verwirklichung von Rechtsnormen aufzufinden anstrebt? Er vertritt eine Objektivitätskonzeption betreffend die objektive Existenz von Rechtstatsachen, d.h. von Tatsachen, die durch die Anwendung und Befolgung von Rechtsnormen zustande kommen. Insofern zeigt sich die Rechtstatsache neben der Rechtsnorm als eine weitere Grundentität in einer Ontologie des Rechts. Somit wird die Rechtsnorm nicht mehr als alleinige Grundentität des Rechts angesehen.

Die Rechtstatsache ist eine geeignete Kandidatin für die Grundentität des Rechts. Denn die positivrechtliche Realität, die der spezifischen Tatsächlichkeit eines geltenden Rechtssystems entspricht, besteht in der Setzung, Anwendung und Befolgung von Rechtsnormen sowie in der Sanktionierung ihrer Nichtbefolgung. Gerade dadurch kommen die Rechtstatsachen zustande, die die Rechtstatsächlichkeit ausmachen. Der Begriff der Rechtstatsache, der als Grundentität des Rechts neben dem Begriff der Rechtsnorm steht, ist für die Untersuchung der Rechtstatsächlichkeit notwendig. Denn so wie im Vordergrund der Rechtsnormativität der Begriff der Rechtsnorm steht, verdient es der Begriff der Rechtstatsache, im Vordergrund der Rechtstatsächlichkeit zu stehen.

Die Rechtstatsache ist der bestehende Sachverhalt, der von der Rechtsnorm als Rechtstatsache qualifiziert wird: Sie ist diejenige Tatsache, der rechtliche Relevanz zukommt. Die Rechtstatsache ergibt sich aus einer rechtlichen Gesolltheit und existiert als ein Wirklichkeitszusammenhang, an dem ein spezifisch rechtlicher Sinn anhaftet. Dass die Rechtstatsache als eine Grundentität des Rechts gilt, ist mit jeder Rechtstheorie verträglich, die in sich die positivistische Konzeption von Realität des Rechts einbezieht. Der Begriff der Rechtstatsache ist demnach ein notwendiger Begriff für die juristische Betrachtung des Rechts als spezifische Tatsächlichkeit, die sich aus der Normativität des rechtlichen Sollens ergibt.

Insofern tritt das *Problem der Tatsächlichkeit des Rechts* auf. Es besteht darin, dass ein geltendes Rechtssystem im Sollensbereich existiert, obgleich die Setzung, Anwendung und Befolgung ihrer Rechtsnormen im Seinsbereich stattfinden. Oder anders ausgedrückt: Wenn sich das Recht als ein soll-geltendes Normensystem konstituiert, wie kann sich das Recht zugleich als Seins-Tatsache konstituieren? Das Problem der Tatsächlichkeit des Rechts ist eng an Hans Kelsens *Problem der Positivität des Rechts* gebunden. Seine Lösung für das Problem der Positivität des Rechts erklärt sich mit dem Grund der Konstituierung des Rechtlichen. Nach Kelsen ist die Voraussetzung der Grundnorm die notwendige Bedingung der Erkenntnis des objektiven Sollens einer geltenden Rechtsnorm und damit

Einleitung

der Geltungsgrund des Rechts.⁴ Die Anwendung der Kelsen'schen Lösung auf das Problem der Tatsächlichkeit des Rechts stellt sich als ersten Schritt zur Erläuterung der Konstituierung von Rechtstatsachen dar. Erforderlich ist aber noch ein weiterer Schritt, und zwar ein Rückschritt. Denn das Problem der Positivität des Rechts betrifft die Generierung von Rechtsnormativität, das heißt: wie das subjektive Wollen als objektives rechtliches Sollen konstituiert wird. Das Problem der Tatsächlichkeit des Rechts wiederum betrifft die Konstituierung von Rechtstatsachen, das heißt: wie ein bloßes Sein durch eine geltende Rechtsnorm als objektives rechtliches Sein konstituiert wird. Daher besteht die gewichtige Aufgabe einer Untersuchung zur Objektivität im Recht darin, die spezifische Konstituierung des Rechtlichen, und zwar der Rechtsnorm und der Rechtstatsache, zu klären.

Die vorliegende Untersuchung hat die Konstituierung der Rechtsnorm und der Rechtstatsache zum Gegenstand. Sie geht von der Prämisse aus, dass sich die Rechtstatsächlichkeit notwendig aus der Rechtsnormativität ergibt. Denn die Anwendung wie die Befolgung von Rechtsnormen, wodurch die tatsächliche Existenz eines geltenden Rechtssystems bedingt ist, führt zur Konstituierung von Rechtstatsachen.

Als Grundthese der Untersuchung wird die Parallelitätsthese vertreten. Sie besagt, dass Rechtsnormativität bzw. Rechtsnormen und Rechtstatsächlichkeit bzw. Rechtstatsachen zueinander parallel sind. Diese parallele Existenz ist als eine aufeinander nicht-reduzierbare, notwendige Existenz von rechtlichem Sein und rechtlichem Sollen zu verstehen. Die Rechtsnorm (das rechtliche Sollen) verwirklicht sich durch ihre Anwendung und/oder Befolgung, wodurch die Rechtstatsache (das rechtliche Sein) zustande kommt.

Dass Rechtstatsachen durch die Anwendung oder Befolgung des Rechts zustande kommen, deutet auf den primären Charakter der Rechtsnorm gegenüber der Rechtstatsache hin. Daher soll jegliches wissenschaftliches Streben, die Rechtstatsächlichkeit zu untersuchen, von der Konstituierung der Rechtsnormen ausgehen. Infolgedessen ist zunächst die Konstituierung der Rechtsnormativität explizit und objektiv zu behandeln und erst dann auf die Konstituierung von Rechtstatsachen einzugehen.

Diese vorliegende Untersuchung gliedert sich in zwei Teile. Der *erste Teil* ist rein philosophischer Natur und legt der Explikation der Rechts-

4 Siehe dazu *Kelsen*, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 10 ff. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, S. 196 ff.; *Kelsen*, Was ist eine Reine Rechtslehre?, S. 615; *Kelsen*, Vom Geltungsgrund des Rechts.

tatsächlichkeit metaphysisch-ontologische und sprachlich-philosophische Bausteine zugrunde. Der *zweite Teil* stellt die Rechtsnorm und die Rechtstatsache in den Mittelpunkt der Untersuchung. Erörtert werden die Begriffe der Rechtsnorm und der Rechtstatsache auf der Grundlage des Rechtspositivismus Hans Kelsens und des Nichtpositivismus Robert Alexys.

Der Titel der Untersuchung *Die Geltung als Tatsache* verweist auf das im Jahr 1997 von Carsten Heidemann veröffentlichte Buch *Die Norm als Tatsache*. Hierbei aber wird auf die soziale bzw. faktische Geltung des Rechts vom rechtsphilosophischen Standpunkt aus eingegangen. Der Untertitel *Zur Rechtstatsächlichkeit bei Hans Kelsen und Robert Alexy* verweist auf die rechtsphilosophischen Grundlagen der Untersuchung. Vom Standpunkt des Rechtspositivismus Kelsens und des Nichtpositivismus Alexys wird die Konstituierung der Rechtsnorm und der Rechtstatsache ausführlich untersucht.