

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 148

Normativität und sozialer Geltungsgrund des Rechts

Zur Revision und Reformulierung
der Normentheorie von Theodor Geiger

Von

Athanasios Gromitsaris



Duncker & Humblot · Berlin

ATHANASIOS GROMITSARIS

Normativität und sozialer Geltungsgrund des Rechts

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 148

Normativität und sozialer Geltungsgrund des Rechts

**Zur Revision und Reformulierung
der Normentheorie von Theodor Geiger**

Von

Athanasios Gromitsaris



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Gromitsaris, Athanasios:

Normativität und sozialer Geltungsgrund des Rechts :
zur Revision und Reformulierung der Normentheorie von
Theodor Geiger / von Athanasios Gromitsaris. – Berlin:
Duncker und Humblot, 1992

(Schriften zur Rechtstheorie ; H. 148)

ISBN 3-428-07228-6

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 3-428-07228-6

*Dem Gedenken an Theodor Geiger
(1891-1952)
zu seinem 100. Geburtstag gewidmet.*

Vorwort

Am 9. 11. 1991 jährte sich der 100. Geburtstag von Theodor Geiger. Jedoch ist seine Theorie und Soziologie des Rechts bis auf den heutigen Tag für viele Soziologen und Juristen, ganz zu schweigen von den Rechtstheoretikern bzw. Rechtsphilosophen, eine terra incognita geblieben. Wer es unternimmt, die Normen- und Gesellschaftstheorie Geigers zu rekonstruieren, sieht sich alsbald mit der Tatsache konfrontiert, daß es an einschlägigen monographischen Vorarbeiten mangelt. Die hier angestellten Untersuchungen dienen dem Versuch, dieses Defizit zu beheben.

Den heutigen Erkenntnisinteressen an dem Werk Theodor Geigers folgend, orientiert sich die Arbeit ihrem Schwerpunkt nach an der Normativität des Rechts sowie an den gesellschaftlichen Geltungsgrundlagen des Rechtssystems. Dem Verf. ist es jedoch nicht nur um eine Reformulierung der Normentheorie Geigers zu tun, die zu den Desideraten der rechtswissenschaftlichen und rechtssoziologischen Grundlagenforschung gehört. Es geht ihm vor allem um eine kritische Revision seiner Theorie und Soziologie des Rechts, die hier vom Standpunkt eines gegenüber allem geltenden Recht kritischen Rechtsrealismus unternommen wird. Es handelt sich somit nicht um eine bloße Exegese des Werks von Theodor Geiger. Die hier angestellten Untersuchungen wollen die hermeneutische Deutung seiner Normen- und Gesellschaftstheorie nicht ersetzen, sondern müssen sie voraussetzen. Der Verf. erhofft sich insoweit einen kritischen Leser, der diesen Informationsstand schon besitzt, aber darüber hinausfragt.

Anders als die bloß sprachanalytischen Richtungen der modernen Normentheorie einerseits sowie die systemtheoretischen Deutungen des Rechtssystems der modernen Gesellschaft andererseits entfaltet sich Theodor Geigers Theorie und Soziologie des Rechts auf einem Theorie- und Abstraktionsniveau mittlerer Reichweite, ganz im Sinne von Robert K. Merton und Helmut Schelsky. Dieser Anschluß an die modernen Institutionstheorien des Rechts macht es möglich, den normativen Sinn von Rechtsvorschriften nicht nur durch Rekurs auf deren textuelle Basis zu bestimmen, sondern durch Rekurs auf ihren jeweiligen gesellschaftlichen Kontext, der von Geiger als Verhältnis von Wortnorm und subsistenter Norm entfaltet wird. Infolgedessen steht im Zentrum der Normentheorie Geigers das Verhältnis von Regelbildung und Regelbefolgung, dem nach der hier vertretenen Auffassung ein prominenter normativer Stellenwert zukommt. Es gehört zu den verbreiteten Mißverständnissen der Normentheorie Geigers, daß diese vor allem auf den staatlichen Rechtsstab und sein Wirken zentriert sei.

Wie die vom Verf. angestellten Analysen und Rekonstruktionen zeigen, basiert Geigers Theorie der Normen und des Rechts auf einem durchgängig *gesellschaftlichen* Rechtsverständnis, das allenthalben von dem Primär- oder Aktionsnormen ausgeht. Den Sekundär- oder Reaktionsnormen kommt daher — anders als in bis auf den heutigen Tag vertretenen Sanktionstheorien des Rechts — nur eine nachgeordnete Bedeutung zu.

Angesichts der zahlreichen Ungereimtheiten, die heute vor allem in der Theorie der Rechtsquellen zutage treten, kommt der Rekonstruktion der Geigerschen Theorie der Rechtsgeltung eine gesteigerte Relevanz zu. Wie hier vor allem deutlich wird, gehört Geiger zu denjenigen Normentheoretikern, die — in Kritik aller metaphysisch-spekulativen Rechtstheorien — die Geltungsgrundlagen des Rechts auf ihre gesellschaftliche Basis zurückführen. Jedoch wird die Geltung und Verbindlichkeit des Rechts wie des Rechtssystems nicht auf eine Grund- oder Supernorm bzw. auf eine transzendente Autorität gestützt, sondern auf eine multireferenziell gedeutete Autopoiese des Rechts. Dies macht es auch für einen Regel- und Faktenskeptizismus, wie Geiger ihn vertritt, möglich, zu einer fortlaufenden Reproduktion und Geltungserstreckung des jeweils vorhandenen rechtlichen Normenvorrats zu gelangen. Die juristische Rationalität des Rechts gewinnt damit, wie Geigers Normentheorie lehrt, eine gegenüber aller bloßen Moral und Vernünftigkeit höchst eigenständige Position, die auch seiner Rechtstheorie bleibenden Erkenntniswert sichert.

Wichtige Anregungen und Einsichten verdanke ich den Gesprächen, die ich im Verlaufe der Untersuchung mit Herrn Professor Dr. Raffaele De Giorgi, Direktor de Centro di Studi sul Rischio, Universität Lecce sowie Direktor des Istituto per lo Studio e l'Analisi delle Società Complesse; Herrn Professor Dr. Nikolaos Intzessiloglou, Juristische Fakultät der Universität Thessaloniki, Departement für Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie, sowie Herrn Professor Dr. Dr. Werner Krawietz, Lehrstuhl für Rechtssoziologie, Rechts- und Sozialphilosophie, Universität Münster, führen durfte. Ihnen allen bin ich zu herzlichem Dank verpflichtet.

Mein besonderer Dank gilt schließlich dem Verleger, Herrn Professor Simon, der auch diese Untersuchung in seine Reihe aufgenommen und großzügig gefördert hat.

Im Oktober 1991

Athanasios Gromitsaris

Inhaltsverzeichnis

Erster Abschnitt

Normativer Sinn im Rechtsrealismus: Vom einzelnen Entscheidungsträger zur arbeitsteilig institutionalisierten Entscheidungsträgerschaft

§ 1 Strukturen der Entscheidungsherstellung in den sozialen Institutionen des Rechts	9
I. Stufenbau und nachträgliche Asymmetrierung	9
1. Stufenbau und Rechtserzeugung	10
2. Selbsthierarchisierung des Rechtssystems	17
3. Formalisierte Kommunikation im Rechtssystem	18
4. Aktenmäßigkeit	22
5. Entscheidungsorganisation in konkreten Kommunikationssystemen ...	26
II. Aktionsnorm und Reaktionsnorm	33
1. Systeme beobachten Systeme	33
2. Kontroverse Normunterstellungen	40
3. Normierung von Enttäuschungsabwicklungen	46
§ 2 Juridische Rationalität	50
I. Normatives Erwartungskalkül und juridische Rationalität	50
1. Temporalisierte Erwartungserwartungen	50
2. Norm- und Sachirrtum	56
3. Rationalität	58
II. Programmierung und normative Konditionierung juristischen Entscheidens in den sozialen Institutionen des Rechts	62
1. Entscheidungsprogrammierung in strafrechtlichen Kommunikationssystemen	62
2. Entscheidungsprogrammierung in Gerichtsverfahren	72
3. Ritualisierung von Kommunikation in Gerichtsverfahren	81

*Zweiter Abschnitt***Entstehung, Anwendung und Befolgung des Rechts**

§ 3 Verhältnis von Wortnorm und subsistenter Rechtsnorm	86
I. Normativität	86
II. Normsatz und Rechtsnorm	89
III. Rückwirkende Kraft der Norm	94
§ 4 Regelbildung und Regelbefolgung in den sozialen Entscheidungssystemen des Rechts	98
I. Aporien staatlicher Rechtsbildung	98
1. Informalität und Pluralität von Entscheidungsmöglichkeiten	98
2. Zwischenstaatliche und überstaatliche Rechtsbildung	103
3. Rechtliche Organisation und gesellschaftliche Polykontextualität	105
II. Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungswissenschaften	110
III. Formale Organisation und soziale Entscheidungssysteme des Rechts	116
1. Machtprozesse an den Grenzen der formalen Verwaltungsorganisation	116
2. Interorganisationsbeziehungen	122
3. Emergenz konkreter Kommunikationssysteme	125
4. Verwaltungshandeln und funktionale Differenzierung	130
§ 5 Juristische Entscheidung und ihre rechtliche Relevanz für das menschliche Sozialverhalten	137
I. Interdependenz von Entscheidungen	137
II. Herstellung und Darstellung von Entscheidungen	144
III. Systemtheoretische und entscheidungstheoretische Problemkonzeptionen	150

*Dritter Abschnitt***Geltung und soziale Verbindlichkeit der Rechtsregeln im Rechtssystem**

§ 6 Stabilisierung, Erneuerung und Reform normativer Erwartungsstrukturen	160
I. Individuum und soziale Erwartungsbildung	160
1. Die soziale Situation	160
2. Vom Subjekt zur Selbstreferenz	167

II. Normativer Wandel in Regelsystemen	174
1. Macht	174
2. Machtgesteuerte Regelbildung	177
3. Lernfähigkeit in Regelsystemen	186
§ 7 Funktion der Geltung von Rechtsnormen im Rechtssystem	192
I. Rechtsgeltung und Erwartungsbildung in Interaktionssystemen	192
1. Strukturbildung	192
a) Herstellung von Gleichzeitigkeit und Dauer	192
b) Orientierungs- und Verhaltenskontinuitäten	198
2. Konformität und Abweichung in Interaktionen	209
a) Regelskeptizismus	209
b) Orientierungsgewißheit und Realisierungssicherheit	216
II. Rechtliche Entscheidung und Rechtsgeltung	222
1. Rechtsquellen	222
2. Aktuelle Geltungsfrage	225
3. Norm und Geltung	226
III. Rechtsgeltung und funktionale Gesellschaftsdifferenzierung	231
1. Rechtscode und Selektionskriterien	231
2. Riskante Erwartungen und Risiko der Entscheidung	236
3. Parzellierung der Macht und Schisma der Moral	241
4. Rechtsbewußtsein und sozialer Wandel durch Recht	248
Literaturverzeichnis	255
Sachregister	270

Erster Abschnitt

Normativer Sinn im Rechtsrealismus: Vom einzelnen Entscheidungsträger zur arbeitsteilig institutionalisierten Entscheidungsträgerschaft

§ 1 Strukturen der Entscheidungsherstellung in den sozialen Institutionen des Rechts

I. Stufenbau und nachträgliche Asymmetrisierung

Geigers „Unorthodoxe Bemerkungen zur Frage der Rechtsquellen“ nehmen Abschied von der Auffassung, daß die Rechtsquellenhierarchie die Entstehungsprozesse des geltenden Rechts wiedergibt. Rechtsproduktion ist „Genesis“ von sozialer Ordnung und braucht nicht hierarchisch strukturiert zu sein.¹ Um den Zusammenhang von formaler Rechtsgeltung, Rechtsquellenhierarchie und Rechtsgenese zu untersuchen, müssen wir auf die Funktion eingehen, die der Einbau von Hierarchien in Entscheidungsinterdependenzen hat.

Der Gedanke, daß das Recht je nach der Quelle, der es entstammt unterschiedliche Geltungskraft besitzt, läßt sich bis in die Antike und das Mittelalter zurückverfolgen. Das Problem einer Rechtsquellenhierarchie bzw. einer Hierarchiebildung im Rechtsdenken überhaupt stellt sich in zweifacher Hinsicht. Einmal nämlich als Frage nach der Möglichkeit einer Hierarchiebildung im Recht selbst und zum anderen als Frage nach der Eigenart der rechtstheoretischen Reflexion auf die hierarchische Struktur des Rechts.² Die enge Verknüpfung beider Fragenkomplexe miteinander kann dazu verleiten, die Hierarchiebildung als notwendige Struktur allen Rechts anzusehen. Das Aufstellen einer Stufenbaulehre wird dann zu der einzig möglichen Strukturanalyse des Rechts. Die Vorstellung einer allem Recht immanenten Legeshierarchie geht jedoch vor allem auf „religiös bzw. theologisch begründete Naturrechtsvorstellungen“ zurück. Zu nennen ist hier die Hierarchie von *lex divina*, *lex aeterna*, *lex naturalis* und *lex positiva*. Theologische

¹ *Theodor Geiger*, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 2. Aufl., Neuwied am Rhein / Berlin 1964, S. 92 ff., 169 ff.

² *Werner Krawietz*, *Die Lehre vom Stufenbau des Rechts — eine säkularisierte politische Theologie*, in: *Werner Krawietz / Helmut Schelsky* (Hrsg.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, in: *RECHTSTHEORIE Beiheft 5* (1984), S. 255-271, 255.

Begriffskategorien haben mit fortschreitender Differenzierung von geistlicher und weltlicher Gewalt ihren religiösen Gehalt abgestreift und eine verweltlichte Gestalt angenommen. Naturrechtliche Vorstellungen religiöser Herkunft wurden auf die staatliche Herrschaftsordnung übertragen. Die menschliche Rechtsordnung, die *suprema potestas* des weltlichen Territorialherrschers, der *princeps legibus solutus*, die Geltungsgrundlagen des Rechts, die Rechtsposition des einzelnen und die vom Staat eingeräumten Menschenrechte, dies alles entsteht analog zu naturrechtlichen Normenhierarchien und kirchlichen Verbandsbildungen.³ Dieser Gedanke, daß Recht nicht gleich Recht ist, sondern daß die einzelnen Rechtsquellen und Rechtsgestalten eine stufenförmige Rangordnung, eine „Primärhierarchie des Rechts“⁴ bilden, hat von Adolf Merkl eine interessante Formulierung erfahren. Es handelt sich um die Lehre vom Stufenbau des Rechts, die von Kelsen in die Rechtstheorie der Wiener Schule integriert wurde.

1. Stufenbau und Rechtserzeugung

Im heutigen Rechtsdenken ist die auf die Wiener rechtstheoretische Schule zurückgehende Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung noch von grundlegender Bedeutung. Sie versteht das Recht als Rechtsnorm, die Rechtsordnung als System von Rechtsnormen und die Rechtswissenschaft als System von Aussagen über Rechtsnormen. Sie führt das Recht auf eine Hierarchie von Rechtsbestimmungen zurück und antwortet somit mit der Annahme einer allem Recht wesentlichen hierarchischen Struktur auf das Problem der Asymmetrisierung von Beziehungen.⁵ Das Recht beruht in allen seinen Erscheinungsformen auf Ermächtigungen zu Rechtserzeugung oder der Rechtsanwendung. Neues Recht kann nur geschaffen werden, wenn das jeweils zuständige Organ von dieser Ermächtigung Gebrauch macht. Für den Gesetzgeber und den Inhaber der Verordnungsgewalt heißt das, daß ihre Tätigkeit nur dann rechtswirksam ist, wenn sie das verfassungsgemäße Blankett mit Rechtsstoff von der dem Recht „eigenen Beharrungstendenz“ ausfüllt, ohne es zu überschreiten.⁶ Für den Rechtsanwender bedeutet dies, daß rechtskräftiges Entscheiden immer und nur gesetzmäßiges Entscheiden sein kann. Die Rechtsgestalten des Gesetzes, der Verordnung, der verwaltungsbehördlichen Verfügung und der richterlichen Fallentscheidung stehen in einem Hierarchieverhältnis, in einem Bedingungszusammenhang. Die Aneinanderreihung mehrerer Konkretisierungsstufen der Entscheidungen und die arbeitsteilige Zuteilung der Konkretisierungsakte an verschiedene Rechtserzeugungs- und Rechtsan-

³ *Krawietz*, ebd., S. 257 ff.

⁴ Begriff von *Werner Krawietz*, Identität oder Einheit des Rechtssystems? Grundlagen der Rechtsordnung in rechts- und gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: RECHTS-THEORIE 16 (1985), S. 233-277, 270.

⁵ Hierzu: *Krawietz* (Fn. 2).

⁶ Hier und zum folgenden: *Adolf Merkl*, Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung, in: Hans Klecatsky / René Marcić / Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, Frankfurt-Zürich 1968, S. 1203-1214, 1212 f.

wendungsorgane bringt freilich die Erscheinung von prima facie rechtswidrigen behördlichen Rechtsgeschäften mit sich. Dieser logischen Diskrepanz von bedingtem und bedingtem Staatsakt wird jedoch dadurch abgeholfen, daß eine „polyzentrische Infallibilität“ im Recht angenommen wird: Wo die rechtsanwendende Tätigkeit mit den Forderungen des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen ist, sieht man sich genötigt mit ebensovielen „Unfehlbarkeitszentren“ zu rechnen als Richter und Verwaltungsorgane „inappellable Rechtsakte setzen“.

Merkel versucht in der Stufenbaulehre die Einheit und Vielfalt des Rechts gleichermaßen zu erklären. Es geht ihm nicht bloß um eine äußerliche Einteilung der Rechtsformen, sondern um ihren inneren Zusammenhang, der ihre Erzeugung regelt. Der eigentliche Geltungsgrund des positiven Rechts wird nicht in ein überpositives, höherrangiges Natur- oder Vernunftrecht verlegt. Er wird als ein rechtsimmanenter Vorgang dargestellt. Das Recht regelt seine eigene Erzeugung selbst. Nur positives Recht kann positives Recht erzeugen, und zwar in einem fortlaufenden, stufenförmigen Prozeß, wo die Erzeugung von Recht selbst ein rechtliches Phänomen ist.⁷ Dies bedeutet, daß den Kriterien, die eine Hierarchie im Recht konstituieren, ebenfalls eine ausschließlich rechtliche Relevanz zukommt. Die Formen, in denen Recht zur Entstehung gelangt, sind zwar mannigfaltig, aber doch beschränkt. Zu diesen Formen gehören nach Merkel auch noch die individuell konkreten Rechtsakte wie Gerichtsurteile, Verwaltungsakte, private Rechtsgeschäfte und innerdienstliche Befehle sowie die Exekutionsakte, in denen der stufenförmig geschichtete Prozeß der Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung seine Erfüllung findet. Angesichts dieser, wenn auch beschränkten Mannigfaltigkeit der Rechtsformen, stellt sich für Merkel die neukantisch anmutende Frage nach dem Prinzip, das die verschiedenartigen Formen zum einheitlichen System werden läßt. Dieses Prinzip wird dadurch gewonnen, daß die Rechtsordnung auf eine Urform oder Idealstruktur reduziert wird.⁸ Merkel kommt zu dem Ergebnis, daß die logische Urgestalt des Rechts zumindest zwei unterschiedliche Rechtsformen enthält. In Gesellschaften, wo ein Häuptling als absoluter Herrscher und alleiniger Richter nach freiem Ermessen seine Befehle erteilt, muß logisch zumindest ein Satz vorausgesetzt werden, der den Häuptling als solchen qualifiziert und normiert, und seine Handlungen als Häuptlingsakte, d. h. als Rechtsakte gelten läßt. Dieser Satz soll eine Art Verfassung dieser einfachsten Rechtsordnung sein. Die Rechtsqualität der Häuptlingsakte wird gleichsam von dieser Verfassung abgeleitet. Damit, so deutet Merkel diesen Zusammenhang, ist der Nachweis darüber geführt, daß die hierarchische Struktur dem Recht wesentlich sei. Jedes Rechtsgestaltensystem sei zweigliedrig und zweistufig. Die Stufenordnung sei ein denknotwendiges Prinzip des Rechts. Das eigentliche Prinzip der hierarchischen Rechtsstruktur liege demnach nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis der individuell konkreten Rechtsakte vom generell abstrakten Gehalt der Verfassung.

⁷ *Theo Öhlinger*, Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte, Wien 1975, S. 10.

⁸ Hier und zum folgenden: Ebd., S. 12 ff.