

## Der Stufenbau der Rechtsordnung

### I. Einleitung

In seinem Lehrbuch „Reine Rechtslehre“ nimmt *Kelsen* ausführlich zum Aufbau einer Rechtsordnung Stellung. Basierend auf seiner These, dass das Recht selbst seine Erzeugung regelt, lassen sich Rechtsnormen in zwei Kategorien unterteilen: Normen, die die **Erzeugung** einer anderen Rechtsvorschrift **regeln**, und Normen, die aufgrund dieser Normen bestimmungsgemäß **erzeugt werden**.

Eine Norm gehört nur dann zur Rechtsordnung, wenn sie gemäß der Bestimmung einer anderen Norm dieser Rechtsordnung erzeugt wird. Da jede Norm ihren unmittelbaren Geltungsgrund daher in einer anderen Norm findet, die somit als übergeordnet zu betrachten ist, entsteht ein Stufenbau verschiedener Schichten von Rechtsnormen. Deren Einheit als Rechtsordnung wird dabei eben durch den Zusammenhang gebildet, dass die Geltung einer Norm jeweils auf einer anderen beruht. Dieser jeweilige Regress mündet letztlich in der – hypothetischen – **Grundnorm** als oberstem Geltungsgrund, die nicht mehr gemäß der Bestimmung einer anderen Norm gesetzt wird und daher vorausgesetzt werden muss – gewissermaßen die „Grundstufe“ oder „Stufe 0“ einer Rechtsordnung.

### II. Die einzelnen Stufen

#### 1. Verfassung

Die erste und **höchste positivrechtliche** – die Grundnorm ist schließlich rein hypothetischer Natur – **Stufe** in einer staatlichen Rechtsordnung stellt die **Verfassung** dar (Stufe 1). Sie kann entweder im Wege der Gewohnheit (ungeschriebene Verfassung) oder durch einen Gesetzgebungsakt (geschriebene Verfassung) erzeugt werden.

Verfassung in diesem Sinne ist **materiell** zu verstehen, d.h. es kommt nicht auf die Bezeichnung als „Verfassung“ an (Verfassung im formellen Sinne), sondern auf deren Inhalt. Eine Verfassung im materiellen Sinne besteht nach *Kelsen* – basierend auf seiner These, dass das

Recht selbst seine Erzeugung regelt – aus positiven Normen, die die Erzeugung weiterer Rechtsnormen regeln.

Diese Normen können in der Verfassung im (zugleich) formellen Sinne zu finden sein, aber auch in einfachen Gesetzen (z.B. in Gesetzen über die Wahl des zur Erzeugung der weiteren Rechtsnormen ermächtigten Organs), die auf Grundlage der Verfassung erlassen werden. In diesem Falle gliedert sich die erste Stufe der materiellen Verfassung selbst in zwei (Unter-)Stufen.

## **2. Generelle Rechtsnormen**

Alle (nach dem herkömmlichen Begriffsverständnis) sonstigen Rechtsnormen bezeichnet *Kelsen* als **generelle Rechtsnormen** (Stufe 2). Diese können ebenso durch Gesetzgebung oder Gewohnheit erzeugt werden.

### **a) Gesetzgebung**

Bei den gesetzten (positivrechtlichen) generellen Rechtsnormen kann man zumeist weitere Unterstufen entdecken. Insbesondere wird in einzelstaatlichen Rechtsordnungen zwischen **Gesetzen** (erlassen grds. durch das Parlament) und **Verordnungen** (erlassen grds. durch Verwaltungsorgane oder die Regierung) unterschieden. Die Verordnungen können gesetzesausführenden oder gar gesetzesersetzenden Charakter aufweisen; in letzterem Falle spricht man auch von Verordnungen mit Gesetzeskraft, letztendlich eine spezielle Gesetzesform.

Dies führt zu einer weiteren Unterscheidung zwischen Gesetzen im formellen Sinne – darunter werden zumeist nur diejenigen generellen Rechtsnormen verstanden, die vom dazu ermächtigten Organ (i.d.R. Parlament) im in der Verfassung vorgesehenen Verfahren beschlossen werden – und Gesetzen im materiellen Sinne, zu denen alle generellen Rechtsnormen zu zählen sind.

Bei dem normsetzenden Akt der Gesetzgebung ist stets ein subjektiver von einem objektiven Sinn zu unterscheiden. Der **subjektive Sinn** eines solchen Aktes liegt zum einen darin, eine generelle Norm im Sinne der Verfassung zu sein, zum anderen in einem Sollen: wie soll

man sich (laut der betreffenden Norm) verhalten? **Objektive Bedeutung** erfährt dieser subjektive Sinn aber erst dadurch, dass die Verfassung den Tatbestand der Gesetzgebung als rechtsnormerzeugenden Tatbestand einsetzt und der Akt auch der Verfassung entspricht.

### **b) Gewohnheit**

Gleiches gilt für die Gewohnheit, bei der ebenso zwischen dem subjektiven Sinn (durch die Gewohnheit gefordertes Verhalten) und dem objektiven Sinn (Institution durch die Verfassung als normerzeugenden Tatbestand) zu unterscheiden ist. Das Gewohnheitsrecht besitzt daher nach *Kelsen* nicht nur deklaratorischen, sondern als rechtserzeugender Tatbestand **konstitutiven Charakter**.

Der Tatbestand der Gewohnheit hat drei Voraussetzungen: Zur Rechtsgemeinschaft gehörende Menschen müssen sich unter gewissen gleichen Bedingungen tatsächlich in gewisser gleicher Weise **verhalten**, und zwar über eine **hinreichend lange Zeit**, so dass letztlich dadurch der kollektive Wille entsteht, sich auch so verhalten zu **sollen**.

Gesetzgebung und Gewohnheitsrecht unterscheiden sich – politisch betrachtet – darin, dass gesetzte Normen im Wege eines eher zentralisierten (nämlich durch die ermächtigten Organe), gewohnheitsrechtliche Vorschriften dagegen in einem eher dezentralisierten Verfahren (nämlich durch das Verhalten einer überwiegenden Mehrheit der der jeweiligen Rechtsordnung unterworfenen Subjekte) erzeugt werden.

### **3. Individuelle Rechtsnormen**

Generelle Normen, die an einen abstrakt bestimmten Tatbestand eine ebenso abstrakte Rechtsfolge knüpfen, bedürfen im Einzelfall der Individualisierung (bzw. Konkretisierung). „Es muss festgelegt werden, ob *in concreto* ein Tatbestand vorliegt, den die generelle Norm *in abstracto* bestimmt“. Durch diese **Individualisierung** erzeugen die dazu ermächtigten Organe (i.d.R. Gerichte und Verwaltungsbehörden durch Gerichts- oder Verwaltungsakte) individuelle Rechtsnormen (Stufe 3), in denen eine **konkrete Sanktion statuiert** wird (z.B. zivilrechtliche Zwangsvollstreckung oder Strafausspruch). Diese Normen gehören

ebenso zum Recht wie die generellen Rechtsnormen, sind also Bestandteil der Rechtsordnung.

Auch bei den individuellen Normen ist zwischen deren subjektiven und deren objektiven Sinn zu unterscheiden. Der subjektive Sinn einer durch die Gerichte erzeugten individuellen Norm besteht etwa darin, über einen konkreten Fall eine Entscheidung zu treffen. Objektive Bedeutung erlangt diese Entscheidung aber erst dann, wenn sie in Rechtskraft erwächst, d.h. in keinem Verfahren mehr aufgehoben werden kann.

#### **4. Sonderfall: Rechtsgeschäfte**

Auch Rechtsgeschäfte sind **normerzeugende Tatbestände**. Beim typischen Rechtsgeschäft des Vertrages etwa liegt der subjektive Sinn des Rechtsgeschäfts in der Vereinbarung der Parteien, sich gegenseitig in einer bestimmten Weise zu verhalten. Zugleich liegt darin aber auch sein objektiver Sinn, da die Rechtsordnung diesem Tatbestand rechtsnormerzeugenden Charakter verleiht. Dies geschieht dadurch, dass die Rechtsordnung den Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Verbindung mit einem rechtsgeschäftswidrigen Verhalten zur Bedingung einer Sanktion des Zivilrechts macht (von dieser Art der Schadensverursachung zu unterscheiden ist diejenige ohne Zusammenhang mit einem vorangegangenen Rechtsgeschäft). Aufgrund dieser Verbindung mangelt es rechtsgeschäftlich erzeugten Rechtsnormen allerdings an der Selbstständigkeit, die sie nur in Verbindung mit den die Sanktionen statuierenden generellen Rechtsnormen erlangen.

Von diesen Normen, die an ein rechtsgeschäftswidriges Verhalten Sanktionen knüpfen, unterscheidet sich das Rechtsgeschäft dadurch, dass diese keine normerzeugende Tatbestände sind. Sanktioniert ist nämlich nicht der Abschluss eines Rechtsgeschäfts als solcher, sondern vielmehr das rechtsgeschäftswidrige Verhalten nach Abschluss eines Rechtsgeschäfts.

Die **rechtsunterworfenen Individuen** sind also ermächtigt, ihre gegenseitigen Beziehungen innerhalb des durch die generellen Rechtsnormen vorgegebenen Rahmens durch Normen zu regeln, die durch den Abschluss von Rechtsgeschäften erzeugt werden. Die diese

den Abschluss von Rechtsgeschäften erzeugt werden. Die diese Rechtsfunktion, d.h. Erzeugung und Anwendung von Normen der staatlichen Rechtsordnung, leistenden Individuen sind laut *Kelsen* – entgegen der traditionellen Terminologie – ebenso **Rechtsorgane** wie der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung.

### **III. Regelungsinhalt und Regelungstiefe der zur Erzeugung ermächtigenden Normen**

Die Regelungstiefe der zur Erzeugung weiterer Normen ermächtigenden Vorschriften ist unterschiedlich. Geregelt werden können das **Verfahren** (genauer: das ermächtigende Organ und das Verfahren, in dem die weitere Norm erzeugt wird) und – in unterschiedlicher Regelungstiefe – der **Inhalt**.

#### **1. Materielles und formelles Recht**

Anknüpfend an diese verschiedenen Regelungsinhalte unterscheidet man zwischen formellem und materiellem Recht.

Innerhalb der generellen Normen gehören etwa zum formellen Recht die Vorschriften, die die **Organisation** und das **Verfahren** der zur Anwendung der generellen Normen ermächtigten Organe (i.d.R. der Gerichts- und Verwaltungsbehörden) regeln, also letztendlich das jeweilige Prozess- bzw. Verfahrensrecht. Als materielles Recht dagegen bezeichnet werden diejenigen generellen Normen, die den **Inhalt** der Gerichts- und Verwaltungsakte bestimmen (letztlich das sonstige Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht).

Materielles und formelles Recht sind aber untrennbar miteinander verbunden, da materielles Recht nicht ohne formelles Recht angewendet werden kann. „Nur in ihrer organischen Verbindung bilden sie das seine eigene Erzeugung und Anwendung regelnde Recht.“

#### **2. Regelungstiefe der einzelnen Stufen**

Eine zur Erzeugung ermächtigende Norm kann diese Erzeugung in unterschiedlichem Ausmaße bestimmen. Damit man bei der Erzeugung der niederen Norm überhaupt noch von einer Rechtsanwendung

der höheren Norm sprechen kann, ist jedoch unabdingbar, **zumindest** das **Organ** zu bestimmen, das diese Norm anzuwenden hat. Ohne eine solche Festlegung gehörte die erzeugte Norm nicht der Rechtsordnung an, da ihre Erzeugung überhaupt nicht durch eine höhere Norm (also durch ihren Geltungsgrund) geregelt wäre. Diesem Minimum an Regelungsinhalt steht ein hohes Maximum gegenüber: Rechtsanwendung und zugleich Rechtserzeugung liegen daher selbst dann vor, wenn auch der Inhalt der erzeugten Norm bestimmt ist.

#### **a) Regelungstiefe der Verfassung**

Die Verfassung als erste (positivrechtliche) Stufe bestimmt oftmals nur Organe und Verfahren der Erzeugung der nachgeordneten generellen Normen, besteht also **vorwiegend** aus **formellem Recht**.

Den Inhalt der generellen Rechtsnormen wird sie dagegen nur ausnahmsweise bestimmen. I.d.R. wird insoweit ohnehin nur eine negative Bestimmung möglich sein, d.h. der Ausschluss gewisser Inhalte, etwa wenn diese einen Verstoß gegen Grundrechte bedeuteten. Bestimmte Inhalte vorzuschreiben, wird einer Verfassung dagegen bereits deswegen nicht gelingen, weil die ermächtigten Organe zum Erlass entsprechender Normen nicht bzw. zumindest nicht effektiv verpflichtet werden können, da ein Anknüpfen von Sanktionen an das Unterbleiben von Gesetzen schwierig ist.

#### **b) Regelungstiefe der generellen Rechtsnormen**

Generelle Rechtsnormen dagegen begnügen sich zumeist nicht mit der Bestimmung der zu ihrer Anwendung ermächtigten Organe und des dabei zu beachtenden Verfahrens, sondern geben auch den Inhalt der individuellen Normen, also der Gerichtsentscheidungen und der Verwaltungsakte vor. Sie stellen also i.d.R. **materielles Recht** dar.

Bei der Vorgabe des Inhalts können jedoch nicht alle Momente berücksichtigt werden, da sich diese erst durch die besonderen Umstände des konkreten Falles ergeben. Eine generelle Rechtsnorm gibt somit stets nur einen Rahmen vor, innerhalb dessen die individuelle Rechtsnorm zu erzeugen ist. I.d.R. ist die Vorausbestimmung des Inhalts

richterlicher Entscheidungen sehr detailliert mit der Folge eines verhältnismäßig geringen Spielraums der Gerichte, während im Verwaltungsrecht dieser Spielraum zumeist ziemlich weit ist.

#### **IV. Rechtsanwendung und Rechtserzeugung**

##### **1. Der dynamische Prozess des Rechts**

Rechtsanwendung und Rechtserzeugung bilden nach *Kelsen* keinen absoluten Gegensatz und müssen daher – entgegen der traditionellen Lehre – nicht unterschieden werden. Vielmehr wird eine übergeordnete Norm angewendet, wenn ihrer Bestimmung gemäß eine Norm erzeugt wird. **Rechtsanwendung** ist daher **zugleich Rechtserzeugung**. Grds. ist jeder Rechtsakt somit „zugleich die Anwendung einer höheren Norm und die durch diese Norm bestimmte Erzeugung einer niederen Norm“: in Anwendung der (nicht gesetzten, sondern nur vorausgesetzten) Grundnorm wird die Verfassung erzeugt, in deren Anwendung die generellen Rechtsnormen (durch Gesetzgebung und Gewohnheit), in deren Anwendung wiederum die individuellen Normen (durch richterliche Entscheidungen und Verwaltungsbescheide). Die Beziehung zwischen generellen und individuellen Rechtsnormen ist daher im Wesentlichen dieselbe wie die zwischen Verfassung und generellen Rechtsnormen.

Von diesem Grundsatz gibt es nur zwei Ausnahmen, die bei einer solchen **dynamischen Betrachtung des Rechts** am Anfang bzw. am Ende des Prozesses der Rechtserzeugung stehen: die Voraussetzung der Grundnorm bzw. die Vollstreckung eines durch eine individuelle Norm statuierten Zwangsaktes.

Bei diesem dynamischen Prozess – beginnend mit der Errichtung der Verfassung (Stufe 1) über Gesetzgebung und Gewohnheit (Stufe 2) zur richterlichen oder verwaltungsbehördlichen Entscheidung (Stufe 3) und letztlich in der Vollstreckung der Sanktion mündend – **nimmt** das **Maß an Individualisierung** von Stufe zu Stufe **zu**. Letztendlich entsteht dadurch ein „Prozess, in dem das Recht sich gleichsam selbst immer wieder von neuem erzeugt“.

## **2. Speziell: die Stufe der generellen Rechtsnormen**

In einem modernen Staat überlässt die Verfassung den Erlass genereller Normen i.d.R. der Gesetzgebung. Ohne weiteres denkbar ist aber auch eine unmittelbare Ermächtigung der Gerichte und/oder Verwaltungsbehörden zum Erlass dieser weiteren Rechtsnormen.

### **a) Erzeugung genereller Rechtsnormen durch die Gerichte**

So kann die Verfassung insbesondere vorsehen, dass die Gerichte durch ihre Entscheidungen **Präzedenzfälle** schaffen können, die für die Entscheidung weiterer, gleicher Fälle verbindlich sind. Die im konkreten Falle erzeugte **individuelle Norm** wird somit **generalisiert**. Möglich ist eine solche Präzedenz-Rechtsprechung, wenn die mit der Entscheidung an sich gesetzte individuelle Norm in ihrem Inhalt überhaupt nicht oder zumindest nicht eindeutig durch eine generelle Norm vorausbestimmt ist. Im ersten Falle erzeugt das Gericht neues materielles Recht, im zweiten gewinnt die durch das Gericht vorgenommene Auslegung den Charakter einer generellen Norm.

Ob der Sachverhalt eines neuen konkreten Falles mit dem des Präzedenzfalles **übereinstimmt**, ist anhand der – durch letzteren geschaffenen – generellen Norm zu beurteilen. Damit der Präzedenzfall überhaupt erst verbindlich wird, müssen in der generellen Norm also auch die wesentlichen Elemente des Tatbestands festgelegt werden. Diese Generalisierung der individuellen Norm kann durch das den Präzedenzfall schaffende Gericht selbst vorgenommen, aber auch den daran gebundenen Gerichten überlassen werden. Letzterenfalls besteht allerdings die Gefahr, dass die präzedentielle Entscheidung in verschiedener Weise generalisiert wird, was einer einheitlichen Rechtsprechung nicht förderlich ist.

### **b) Konkurrenz zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung**

Im Falle einer Ermächtigung der Gerichte zum Erlass genereller Normen treten diese in Konkurrenz zum Gesetzgeber und die Gesetzgebung wird dezentralisiert.

Diese **Dezentralisierung** kann ein unterschiedliches Ausmaß annehmen. Als Extreme denkbar sind einerseits eine völlig zentralisierte Gesetzgebung durch ein zentrales Organ, andererseits ein System, in dem allein Gerichte und Verwaltungsorgane nach freiem Ermessen über die konkreten Einzelfälle zu befinden haben (**System der freien Rechtsfindung**; vergleichbar mit *Platons* Idealstaat). Die Zentralisierung verkörpert dabei das Prinzip des Rechtsstaates, insbesondere das Prinzip der Rechtssicherheit, birgt jedoch in sich den Nachteil des Mangels an Flexibilität. Gerade dadurch zeichnet sich eine völlig dezentralisierte Erzeugung genereller Normen aus, die aber wiederum jeglicher Rechtssicherheit entbehrt. *Kelsen* sieht den Unterschied dieser Systeme darin, dass an die Stelle des Gerechtigkeitsideals des Gesetzgebers im System der freien Rechtsfindung das Gerechtigkeitsideal des zur Rechtsfindung berufenen Organs tritt.

Zwischen diesen beiden Idealtypen stehen Rechtsordnungen mit unterschiedlich weitgehender Verwirklichung des Prinzips der Flexibilität, das zu dem der Rechtssicherheit in einem umgekehrten Verhältnis steht. Möglich sind vor allem Rechtsordnungen mit einem zentralen Gesetzgebungsorgan, die aber zugleich die Gerichte ermächtigen, entweder – mangels Vorliegen einer generellen Rechtsnorm – individuelle Rechtsnormen (dazu auch unten IV.3.c)aa)) oder sogar in Form von Präzedenzfällen generelle Rechtsnormen zu erlassen. Letzteres kommt insbesondere dann gelegen, wenn die generellen Rechtsnormen zumindest größten Teils aus Gewohnheitsrecht bestehen (wie das anglo-amerikanische *common law*), weil deren Anpassung an sich ändernde Verhältnisse schwieriger ist als bei gesetzten Normen.

### **3. Speziell: die Stufe der individuellen Rechtsnormen**

Welche Organe für die Individualisierung der generellen Normen zuständig sind und in welchem Verfahren diese stattzufinden hat, muss von der Rechtsordnung bestimmt werden; i.d.R. sind dazu die Gerichte und die Verwaltungsbehörden ermächtigt.

### a) Prüfungsumfang der Gerichte

Die Gerichte haben die Aufgabe festzustellen, ob die in einer generellen Rechtsnorm abstrakt festgelegten Voraussetzungen einer Rechtsfolge im konkreten Einzelfall gegeben sind (**quaestio facti**). Nach *Kelsen* schließt diese Feststellung aber auch die Feststellung mit ein, dass die angewandte generelle Norm überhaupt in Geltung steht (**quaestio juris**).

Erst wenn diese beiden **Feststellungen** getroffen wurden, hat das Gericht die in der generellen Norm abstrakt bestimmte Rechtsfolge für den konkreten Einzelfall **anzuordnen**. Diese Feststellungen und diese Anordnung sind die wesentlichen Funktionen der richterlichen Entscheidung.

Auch bei einem Gerichtsverfahren handelt es sich um ein **Rechtserzeugungsverfahren**. Denn die Entscheidung des Gerichts besitzt – entgegen der anderen Auffassung, die die individuellen Rechtsnormen ignoriert – nicht nur deklaratorischen Charakter, sondern ist vielmehr konstitutiver Natur.

Die Feststellung der Tatsachen durch das erkennende Gericht (*quaestio facti*) ist insoweit konstitutiver Art, da erst dadurch aus einem natürlichen Tatbestand ein rechtlicher wird. Diese Feststellung erfolgt mit rückwirkender Kraft, d.h. der Tatbestand gilt nicht erst als mit dem Zeitpunkt der Feststellung gesetzt, sondern bereits mit dem festgestellten Zeitpunkt des natürlichen Tatbestands. Eine in einer generellen Norm als Voraussetzung für das Aussprechen einer (bestimmten) Sanktion bestimmte Tatsache ist also nur eine im von der generellen Norm bestimmten Verfahren **festgestellte Tatsache**.

Auch die *quaestio juris*, d.h. die Feststellung, dass die anzuwendende (gesetzte oder gewohnheitsrechtliche) Norm verfassungsmäßig ist, ist eine konstitutive Entscheidung, da erst dadurch die Anwendbarkeit dieser Norm auf den konkreten Einzelfall begründet wird.

Ebenso konstitutiven Charakter hat schließlich die Anordnung der konkreten Sanktion, da dadurch eine individuelle Norm geschaffen wird, die eine bestimmte Sanktion gegen eine bestimmte Person statu-

iert. Letztendlich ist die gerichtliche Entscheidung also nur die Fortsetzung des Rechtserzeugungsprozesses.

### **b) Befugnis zur Überprüfung genereller Rechtsnormen**

Auch generelle Normen müssen auf die Vereinbarkeit mit der ermächtigenden Verfassung, d.h. auf ihren objektiven Sinn überprüft werden. Zu dieser Prüfung kann die Verfassung sinnigerweise nur ein bestimmtes Rechtsorgan ermächtigen, da ansonsten kaum ein die Rechtssubjekte und Rechtsorgane bindendes Gesetz zustande kommen könnte. Gibt es nur ein zentrales Gesetzgebungsorgan, ist allerdings anders als bei der Rechtsprechung ein Instanzenzug ausgeschlossen. Ermächtigt werden können dann nur das Gesetzgebungsorgan selbst oder ein von ihm verschiedenes Organ, etwa das das Gesetz anwendende oder ein besonderes Gericht.

**Mangels Regelung** und mangels ausdrücklichen Ausschlusses der Prüfungskompetenz sind **alle zur Gesetzesanwendung ermächtigten Organe** (insbesondere die Gerichte) zu dieser Überprüfung ermächtigt.

Bestimmt die Verfassung dagegen ein konkretes Organ zur Überprüfung, ist zu beachten, dass die Prüfungskompetenz der rechtsanwendenden Organe zugleich nur bis zu einem gewissen Grade eingeschränkt werden kann. Da diese Organe vernünftigerweise nicht dazu ermächtigt werden können, alles, was sich subjektiv als Gesetz ausgibt, als Gesetz anzuwenden, muss ihnen ein **Minimum an Prüfungsbefugnis** verbleiben. So muss das zur Publikation zuständige Organ zumindest prüfen können, ob das verfassungsmäßig vorgesehene Organ gehandelt hat. Geschieht selbst diese Prüfung nicht und wird eine generelle Norm – etwa erlassen durch einen Usurpator – daher wirksam, liegt eine revolutionäre (Total-)Änderung der Verfassung und damit ebenfalls ein verfassungsmäßiges, der neuen Verfassung entsprechendes Gesetz vor. Gleiches gilt für Vollstreckungsorgane: Würde eine Entscheidung eines nicht zuständigen Organs gleichwohl vollstreckt werden und dadurch wirksam, liegt ebenfalls eine revoluti-

onäre (Teil-)Änderung der Verfassung und somit eine verfassungsmäßige Gerichtsentscheidung vor.

Ob dagegen das Gesetz im verfassungsmäßigen **Verfahren** zustande gekommen ist und ob das Gesetz **inhaltlich** der Verfassung entspricht, kann allein der Beurteilung durch das zur Überprüfung gesondert ermächtigte Organ überlassen bleiben. Trifft diese Entscheidung das Gesetzgebungsorgan selbst, befindet es sich in einer vergleichbaren Situation wie ein letztinstanzliches Gericht, dessen Entscheidung Rechtskraft besitzt. Es hat die Möglichkeit, Normen auf dem von der Verfassung direkten Weg, also verfassungsgemäße Normen zu erlassen, oder es kann auch den von der Verfassung dadurch indirekt eröffneten Weg zu beschreiten, dass nur der Gesetzgeber selbst die Entscheidung darüber zu treffen hat, ob ein von ihm als Gesetz erlassene Norm auch ein Gesetz im Sinne der Verfassung ist.

Gibt die Verfassung dagegen den Gerichten die Prüfungskompetenz, ist zu unterscheiden. Wenn jedes Gericht zur Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit ermächtigt ist, darf ein Gericht, das ein Gesetz für verfassungswidrig hält, i.d.R. nur die Anwendung des Gesetzes in dem konkreten Fall ablehnen, während für alle anderen Fälle das Gesetz gültig bleibt. Ist die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit dagegen einem einzigen Gericht vorbehalten, kann dieses ermächtigt sein, die Geltung des von ihm für verfassungswidrig gehaltenen Gesetzes generell aufzuheben. Bis zur Aufhebung ist das Gesetz aber gültig und von allen rechtsanwendenden Organen zu beachten. Auch die sog. verfassungswidrigen Gesetze sind somit verfassungsmäßig, aber eben in einem besonderen Verfahren aufhebbar. Auch hier hat der Gesetzgeber also die Wahl zwischen dem direkten und indirekten Weg des Erlasses genereller Normen; allerdings kann hier ein verfassungswidriges Gesetz in einem besonderen Verfahren aufgehoben werden.

### **c) Besonderheiten**

#### **aa) Sanktionen aus Gründen der Billigkeit**

Zumeist ist die durch das erkennende Gericht erzeugte (**individuelle**) **Rechtsnorm** durch die angewandten (formellen sowie materiellen)

generellen Rechtsnormen **vorausbestimmt**. Das Gericht hat dann lediglich zwei Möglichkeiten: Entweder stellt es fest, dass ein in einer generellen Norm beschriebener Tatbestand gegeben ist und spricht die darin bestimmte Sanktion aus; oder das Gericht stellt fest, dass dieser Tatbestand nicht gegeben (quaestio facti) bzw. die betreffende Norm nicht gültig ist (quaestio juris), so dass keine Sanktion angeordnet wird. In beiden Fällen erfolgt die richterliche Entscheidung in Anwendung der geltenden Rechtsordnung.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Rechtsordnung menschliches Verhalten nicht nur positiv durch Ge- oder Verbote regeln kann, sondern auch negativ, indem sie ein bestimmtes Verhalten dadurch erlaubt, dass sie es nicht verbietet. „**Was rechtlich nicht verboten ist, ist rechtlich erlaubt**“.

Kann das Gericht keine generelle Rechtsnorm feststellen, die irgendein Verhalten gebietet, ist die Nichtanordnung einer Sanktion aber nicht zwingend. Die Rechtsordnung kann das Gericht nämlich in diesen Fällen – aus Gründen der **Billigkeit bzw. Gerechtigkeit** – gleichwohl zum **Ausspruch von Sanktionen** ermächtigen. Das Gericht dürfte dann also individuelle Rechtsnormen erzeugen, deren Inhalt nicht durch eine generelle Norm materiellen Rechts vorgegeben ist. Auch in diesen Fällen fungiert das Gericht jedoch nicht als Gesetzgeber – sofern man unter Gesetzgebung nur die Erzeugung genereller Rechtsnormen versteht. Angewendet wird vielmehr zum einen die das Gericht zu dieser Neuschaffung materiellen Rechts ermächtigende Rechtsnorm und zum anderen eine für gerecht gehaltene (nicht positionierte) generelle Norm, die der Gesetzgeber zu setzen unterlassen hat. In beiden Fällen wird somit unter Anwendung einer generellen Rechtsnorm eine individuelle Rechtsnorm erzeugt. Der Unterschied zwischen diesen Konstellationen ist lediglich ein gradueller insofern, dass der Ermessensspielraum des Gerichts bei der letzteren, in der kein Inhalt der individuellen Entscheidung vorgegeben ist, weiter ist.

## **bb) „Lücken“ im Recht**

Eine Rechtsordnung kann nach den soeben angestellten Überlegungen auf jeden konkreten Fall angewendet werden. Ist ein Verhalten nämlich nicht von einer Rechtsordnung berücksichtigt, hat sie es **negativ**, d.h. dadurch **geregelt**, dass das betreffende Verhalten rechtlich nicht verboten und daher erlaubt ist. Insofern kann man – so *Kelsen* – nicht mit der traditionellen Lehre eine „Lücke“ annehmen, die die Gerichte durch Erzeugung einer entsprechenden Rechtsnorm ausfüllen müssten. Vielmehr ist hier – zwar mangels Existenz keine einzelne positive Rechtsnorm, aber – die **Rechtsordnung selbst anzuwenden**. Auch das ist eine Form der Rechtsanwendung.

Hinter der Lückentheorie stehen Billigkeits- und Gerechtigkeitsgesichtspunkte, denn eine „Lücke“ wird nur dann angenommen, wenn das Fehlen einer Rechtsnorm von dem rechtsanwendenden Organ als rechtspolitisch unerwünscht angesehen und die – logisch mögliche – Anwendung der Rechtsordnung daher abgelehnt wird. Dies ist zumindest insofern inkonsequent, dass eine solche Lücke aus rechtspolitischen Gründen auch dann angenommen werden könnte, wenn eine positive – und nach Meinung des Rechtsanwenders unbillige – Regelung vorhanden wäre. Zudem ist die Beurteilung einer „Lücke“ als unbillig oder ungerecht ein höchst relatives Werturteil, das eine andere Betrachtung des Falles nicht auszuschließen vermag.

Wird ein Verhalten also nicht von einer generellen Rechtsnorm erfasst, kann an dieses Verhalten auch keine Sanktion geknüpft werden. Denkbar ist allenfalls, dass der Gesetzgeber die Gerichte ermächtigt, den von ihm nicht vorausgesehenen Umständen angepasste individuelle Rechtsnormen zu erzeugen (s.o.). Die Einräumung eines solchen Ermessens allerdings birgt die Gefahr in sich, dass die Gerichte diese Ermächtigung missbrauchen und generell ihre moralisch-politische Anschauung an die Stelle des Gesetzgebers setzen.

Von diesen sog. echten Lücken, bei denen der Gesetzgeber keine positive Regelung gesetzt hat, sind die sog. **technischen Lücken** zu unterscheiden, bei denen der Gesetzgeber etwas zu normieren unterlassen hat, was für die technisch mögliche Anwendung der betreffenden

Norm Voraussetzung ist. Auch in diesen Fällen liegt jedoch keine „Lücke“ vor, denn die jeweilige Norm enthält ihre Bestimmungen. Diese sind **lediglich unsinnig**.

## **V. Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit**

### **1. Konflikte zwischen Normen verschiedener Stufen**

#### **a) Allgemeine Grundsätze**

Normen gehören nur zu einer Rechtsordnung, weil und sofern sie der ihre Erzeugung bestimmenden höheren Norm entsprechen. Ist dies nicht der Fall, d.h. werden die (insbesondere inhaltlichen) Vorgaben der bestimmenden Norm nicht beachtet, spricht man üblicherweise von „gesetzwidrigen“ Entscheidungen der Gerichte bzw. von „verfassungswidrigen“ Gesetze. Trotz dieser Bezeichnungen nach der herkömmlichen Terminologie und auch trotz zahlreicher Vorkehrungen der Rechtsordnung selbst, solche Normen aufzuheben, **existiert** nach *Kelsen* jedoch ein solches **rechtswidriges Recht in einer Rechtsordnung überhaupt nicht**. Wenn eine Norm vernichtet bzw. aufgehoben wird, wird vielmehr einem Akt, der nach seinem subjektiven Sinn eine Norm darstellen soll, seine objektive Bedeutung als Norm entzogen. Die Geltung eines Aktes wird letztendlich also erst durch eine andere Norm beendet, so dass **auch** eine „**rechtswidrige**“ **Norm vorerst als objektiv gültig**, d.h. **rechtmäßig** anzusehen ist. Zwischen einer höheren und einer niederen Norm einer Rechtsordnung ist somit kein Konflikt möglich, der die Einheit der „Rechts-Ordnung“ als Normensystem dadurch aufhebt, dass er es unmöglich macht, diese in einander nicht widersprechenden Rechtssätzen zu beschreiben.

#### **b) Die „gesetzeswidrige“ Gerichtsentscheidung**

Eine gerichtliche Entscheidung über einen konkreten Fall und somit die durch diese Entscheidung erzeugte individuelle Norm ist etwa so lange wirksam, bis diese Norm durch die Entscheidung des dafür zuständigen Organs aufgehoben wird. Eine „rechtswidrige“ individuelle Rechtsnorm ist also nicht nichtig, sondern **lediglich vernichtbar**.

Dazu muss die Rechtsordnung jedoch auch ein entsprechendes Verfahren vorsehen, in dem die „Rechtmäßigkeit“ der betreffenden gerichtlichen Entscheidung in Frage gestellt werden kann. I.d.R. fällt diese Aufhebungskompetenz nur einem (bestimmten) **höheren Gericht** zu, denn ermächtigt die Rechtsordnung jedermann zu dieser Feststellung, käme kaum eine die jeweiligen Parteien bindende Gerichtsentscheidung zustande.

Da gegen die letztinstanzliche Entscheidung ein solches Verfahren nicht mehr möglich ist und diese in **Rechtskraft** erwächst, kann auch eine individuelle Norm in Geltung treten, deren Inhalt der ermächtigenden generellen Norm nicht entspricht. Zum Erlass einer solchen individuellen Norm sind auch bereits die nicht letztinstanzlichen Gerichte ermächtigt. Deren Entscheidungen nehmen allerdings (vorläufig) nur provisorische Geltung an, da sie in dem von der Rechtsordnung bestimmten Verfahren aufgehoben werden können. Entscheidungen der letztinstanzlichen Gerichte dagegen erwachsen von vornherein in definitiver Geltung. Aber sowohl die provisorische als auch die definitive Geltung der erzeugten individuellen Norm beruhen auf der Rechtsordnung, so dass eine gerichtliche Entscheidung – solange sie gültig und noch nicht aufgehoben ist – nicht rechtswidrig sein kann.

Daher besteht **kein Konflikt** zwischen der durch die Gerichte erzeugten individuellen und der durch Gesetzgebung oder Gewohnheit erzeugten generellen Norm. Auch bei erstinstanzlichen und somit anfechtbaren Gerichtsentscheidungen ist der **objektive Grund ihrer Vernichtbarkeit** nicht ihre Rechtswidrigkeit, also nicht, dass sie der von ihr anzuwendenden generellen Norm nicht entspricht, sondern die **von der Rechtsordnung vorgesehene Möglichkeit**, in einem dazu bestimmten Verfahren einer anderen Alternative zu definitiver Geltung zu verhelfen. Schließlich ist eine Aufhebung einer erstinstanzlichen Gerichtsentscheidung nicht nur dann möglich, wenn diese rechtswidrig ist, sondern selbst dann, wenn ihr Inhalt der diesen vorausbestimmenden generellen Norm entsprechen sollte. Auch an sich rechtmäßige Gerichtsentscheidungen können also durch rechtskräftige

Entscheidungen aufgehoben werden. Die Möglichkeit, die durch die Rechtsprechung zu erzeugenden individuellen Normen durch die generellen Normen vorzubestimmen, ist damit allerdings erheblich eingeschränkt.

### c) Das „verfassungswidrige“ Gesetz

Ebenso wenig gibt es verfassungswidrige Gesetze. Entspricht ein Gesetz nicht den Vorgaben der Verfassung, hat dies lediglich zur Folge, dass eine Aufhebung – soweit von der Verfassung vorgesehen – in einem besonderen Verfahren möglich ist. Solange dies aber nicht geschieht, müssen auch diese Gesetze als gültig und somit nicht verfassungswidrig angesehen werden. Der Grund für die Gültigkeit eines Gesetzes liegt also in der Verfassung. Auch ein wirklich ungültiges Gesetz ist nicht etwa ein verfassungswidriges Gesetz, sondern vielmehr überhaupt kein Gesetz, weil es rechtlich nicht existent ist.

Neben diesem besonderen Verfahren ist auch generell eine Aufhebung von (rechtswidrigen oder rechtmäßigen) Normen nach dem Grundsatz des **lex posterior** möglich, wonach eine generelle Rechtsnorm (unabhängig, ob dem Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht zuzurechnen) durch eine andere, spätere Rechtsnorm derogiert wird. Auch die Verfassung selbst kann auf diesem Weg Änderungen unterworfen werden. Um der Verfassung insoweit aber einen besonderen Schutz zukommen zu lassen, wird i.d.R. neben einer bestimmten Gesetzesform eine **spezifische Verfassungsform** (z.B. durch Bestimmung eines speziellen Organs oder durch erhöhte Verfahrensvoraussetzungen) vorgeschrieben, die eine Änderung der zur Erzeugung ermächtigenden Normen erschwert. Während eine Verfassung dadurch nicht durch ein einfaches Gesetz, sondern nur wieder durch ein Verfassungsgesetz aufgehoben bzw. abgeändert werden kann, hat jedoch gegenläufiges Gewohnheitsrecht auch einem formellen Verfassungsgesetz gegenüber stets derogierende Wirkung.

## 2. Vernichtbarkeit einer Rechtsnorm

Aus den soeben angestellten Überlegungen ergibt sich ferner, dass eine zu einer Rechtsordnung gehörende **Rechtsnorm nicht nichtig**, sondern **allenfalls vernichtbar** sein kann.

Eine von der Rechtsordnung vorgesehene Vernichtbarkeit kann allerdings verschiedene Grade annehmen. I.d.R. wird eine Rechtsnorm nur mit **Wirkung für die Zukunft** aufgehoben werden, so dass die unter ihr bereits eingetretenen Rechtsfolgen unberührt bleiben. Denkbar ist allerdings auch eine **Aufhebung mit rückwirkender Kraft für die Vergangenheit**, so dass auch alle entstandenen Rechtswirkungen vernichtet würden.

Auch im letzteren Falle ist das aufgehobene Gesetz aber bis zu seiner Aufhebung gültig. Die Entscheidung des zur Aufhebung ermächtigenden Organs hat nämlich nicht nur deklaratorischen, sondern konstitutiven Charakter. Die betreffende Norm ist also nicht von Anfang an nichtig, sondern sie wird durch die Aufhebungsentscheidung mit rückwirkender Kraft vernichtet. Auch der Aufhebungsakt stellt – wie der Akt, durch den die „nichtige“ Norm erzeugt wurde – eine Norm dar.

Sicherlich gibt es jedoch Rechtsnormen, die von niemandem als solche angesehen werden müssen, auch ohne dass die Rechtsordnung hierzu jedermann ermächtigt bzw. auch ohne dass ein entsprechender von der Rechtsordnung vorgesehener Aufhebungsakt notwendig wäre. Dies wäre etwa der Fall, wenn ein absolut unzuständiges Organ ein Gesetz erlasse. In diesen Fällen Nichtigkeit des „Gesetzes“ von vornherein anzunehmen bedeutet, dass dieses **außerhalb des Rechtsbereiches** steht. Hier ist jedoch nicht möglich, dass die Rechtsordnung alle diese Fälle der Nichtigkeit *a priori* bestimmt. Denn dann müsste sie auch ein Organ bestimmen, das das Vorhandensein der Nichtigkeitsvoraussetzungen feststellt; da diese Feststellung aber konstitutiven Charakter besäße und die Nichtigkeit der fraglichen Norm erst begründete, die vor der erfolgten Feststellung nicht behauptet werden könnte, bedeutet diese Feststellung nur die rückwirkende Vernichtung einer bis dahin als gültig angesehenen Norm. „In dieser Hinsicht

gleich das Recht dem König Midas. So wie alles, was dieser berührte, sich in Gold verwandelte, so nimmt alles, worauf sich das Recht bezieht, Rechtscharakter an. Innerhalb der Rechtsordnung ist Nichtigkeit nur der höchste Grad der Vernichtbarkeit.“

## **VI. Funktionen des Staates**

Indem *Kelsen* zwischen individuellen und generellen Normen unterscheidet, betrachtet er auch die Funktionen des Staates aus einem anderen Blickwinkel. Die sog. Staatsverwaltung kann danach entweder die **Erzeugung und/oder Anwendung von Rechtsnormen** oder die **schlichte Befolgung von Rechtsnormen** zum Gegenstand haben.

Die erste Tätigkeit ist nicht nur eine Angelegenheit für Gesetzgebung (insbesondere der Erlass genereller Rechtsnormen) und Rechtsprechung (vor allem die Erzeugung individueller Rechtsnormen). Vielmehr besteht auch ein großer Teil des Aufgabenbereichs der Verwaltung in der Erzeugung genereller (z.B. Verordnungen durch die Regierung oder durch sonstige Verwaltungsorgane) und individueller Normen (z.B. Ausspruch von Sanktionen durch Polizeiorgane unter Anwendung genereller Normen). Zwischen der Funktion eines Gerichts und eines Verwaltungsorgans besteht nur ein einziger Unterschied: anders als die unabhängigen Gerichte, die nur an die anzuwendenden generellen Rechtsnormen gebunden sind, müssen Verwaltungsorgane grds. auch Anweisungen der ihnen vorgesetzten Organe beachten.

Die schlichte Befolgung von Rechtsnormen – und somit die zweite Tätigkeit – ist vergleichbar mit der wirtschaftlichen und kulturellen Tätigkeit Privater und unterscheidet sich nicht etwa durch ihren Gehalt, sondern lediglich dadurch, dass die diese Tätigkeit **ausübenden Individuen** rechtlich als **Staatsbeamte** zu qualifizieren sind und ihr Handeln daher dem Staat selbst zugeschrieben wird. Dabei kann die schlichte Rechtsbefolgung dem handelnden Beamten auch eine Amtspflicht zur Erzeugung und Anwendung von Rechtsnormen (und somit zur Ausübung zugleich der ersten Funktion) auferlegen. So kann etwa auch das unabhängige Richteramt Beamtencharakter aufweisen oder der Staat im Rahmen seiner Verwaltungstätigkeit Rechtsnormen er-

zeugende Rechtsgeschäfte abschließen. Die Normen, die den Beamten spezielle Amtspflichten auferlegen und besondere Amtsbefugnisse verleihen, bilden innerhalb der gesamten Rechtsordnung eine Teilrechtsordnung, die den **Staat im engeren Sinne** (Beamtenapparat mit Regierung an der Spitze) konstituiert – zu unterscheiden vom weiteren Staatsbegriff, zu dem alle auf dem Staatsgebiet lebenden Individuen gehören.

Betrachtet man als Zweck der staatlichen Rechtsordnung, ein rechtmäßiges Verhalten seiner Individuen herbeizuführen bzw. ein bestimmtes Verhalten durch die Statuierung von Rechten und positiven Erlaubnissen rechtlich zu ermöglichen, kann man somit rechtssystematisch zwei Funktionen der Staatsverwaltung unterscheiden. Während die **Rechtsbefolgung** als solche durch die Staatsbeamten (also den Staat im engeren Sinne) diesen Zweck des Staates (im weiteren Sinne) unmittelbar realisiert (**unmittelbare Staatsverwaltung**), vermag die **Rechtserzeugungs- und Rechtsanwendungsfunktion** diesem Zweck nur mittelbar zu dienen (**mittelbare Staatsverwaltung**). Sofern die Rechtsbefolgungsfunktion zugleich Rechtserzeugungsfunktion besitzt, hat sie nicht etwa Rechtsprechungs-, sondern Rechtsgeschäftscharakter. Dieser Unterschied in den Funktionen kommt nach *Kelsen* in der traditionellen Lehre, die als die wesentlichen drei Staatsfunktionen Rechtsprechung, Justiz und Verwaltung ansieht, nicht zum Ausdruck. Justiz und Verwaltung sind zwar verschiedene Behördenapparate; die Grenze zwischen den beiden Staatsfunktionen der mittelbaren und unmittelbaren Staatsverwaltung verläuft aber mitten durch diese Bereiche.