

DER RECHTSSATZ

Von Sabine Wesser, Köln

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

II. Die Ordnungsfunktion von Sätzen

III. Seins- und Sollenssätze als die beiden Arten von Sätzen

- 1. Die Funktion der Kopula und ihre Abgrenzung vom (Subjekts- und Prädikats-) Begriff*
- 2. „Sein“ und „Sollen“ als die beiden Arten von Kopula*
- 3. Die Unabhängigkeit der Satzart von der Art der zur Satzbildung verwendeten Begriffe*

IV. Der Methodendualismus

V. Die Zweiteilung der Sollenssätze in Rechtssätze und solche Sätze, die nicht Rechtssatz sind

1. Das artbildende Merkmal des Rechtssatzes

- a) Seine Durchsetzbarkeit?*
- b) Seine Ursache?*
- c) Seine Geltung?*
- d) Sein Inhalt*

aa) Der Inhalt des Subjektsbegriffs?

bb) Der Inhalt des Prädikatsbegriffs

(1) Ein Handeln (Tun oder Unterlassen), das als „gesollt“ bestimmt wird?

(2) Etwas, das als „seinsollend“ bestimmt wird

(a) Die Lehre vom Bestimmungssatz

(b) Stellungnahme

2. Der Inhalt des Prädikatsbegriffs

a) Primär: Das Vermögen zu bestimmtem Handeln

aa) Das Prädikat der auf die Begründung subjektiven Rechts gerichteten Sätze

(1) Das Prädikat der Grundrechte begründenden Sätze

(2) Das Prädikat der einfache Rechte begründenden Sätze

(a) Das Prädikat der relative Rechte begründenden Sätze

(b) Das Prädikat der absolute Rechte begründenden Sätze

(3) Folgerungen

bb) Das Prädikat der auf die Begründung objektiven Rechts gerichteten Sätze

cc) Der Unterschied zwischen beiden Arten rechtsbegründender Sätze

dd) Die beiden Arten von Handlungsvermögen

(1) Das von Natur aus gegebene

(2) Das durch das Recht begründete

ee) Das Vermögen zur Anwendung von Gewalt als notwendiger Bestandteil des natürlichen Handlungsvermögens

b) Sekundär: Ein bestimmtes Handeln

VI. Zusammenfassung

I. Einleitung

Rechtswissenschaft ist nicht nur das Wissen um die Gesetze und deren richtige Anwendung, sondern auch das Schaffen von Wissen durch Aufdeckung der Grundlagen und Grundbegriffe des Rechts, die, wie es vor 100 Jahren *Rudolph Sohm* formuliert

hat,¹ „in den Tiefen des Rechts“ wohnen, „von Wind und Wellen der Gegenwart nicht bewegt“ und auch der „Hand des Gesetzgebers“ nicht unterworfen.²

Ein solcher Grundbegriff ist der des Rechtssatzes. Denn es sind Rechtssätze, durch die Rechte und Pflichten begründet werden, geschriebene wie ungeschriebene Sätze des Rechts.

Im nachfolgenden Beitrag geht es um das Wesen des Rechtssatzes.³

II. Die Ordnungsfunktion von Sätzen

Wir bewegen uns in der Welt nicht kraft Instinkts, sondern zur Erreichung selbst gesetzter Ziele. Sinnvolle, d. h. zur Erreichung eines Ziels nicht von vornherein ungeeignete Bewegung setzt Orientierung voraus. Diese Orientierung müssen wir uns verschaffen, indem wir denken. Und wir denken, indem wir Begriffe bilden und Sätze: Während eine „Be-Stimm-ung“ des auf uns Wirkenden durch (Individual- oder Allgemein-) Begriff⁴ die Voraussetzung dafür bildet, dass dieses überhaupt *denkbar* ist,

¹ Vgl. *Rudolph Sohm*, Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung, in: Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 28 (1906), S. 173 ff. (S. 176).

² Dazu, dass auch die Rechtswissenschaft „den sicheren Gang einer Wissenschaft nach Prinzipien gehen“ kann siehe *Wolfgang Bock*, Über die Möglichkeit von Erkenntnis in der Rechtswissenschaft, in: Rechtstheorie 36 (2005), S. 449 ff.

³ Z. T. wird angenommen, dass die Frage nach dem Wesen eines Gegenstandes eine ontologische sei, weshalb sie für die Begriffsbildung keine Relevanz besitze, vgl. z. B. *Rolf Wank*, Die juristische Begriffsbildung, München 1985, S. 54. Indes geht es bei der Bestimmung des Wesens eines Gegenstandes nicht darum, irgendetwas „Seiendes“ aufzudecken, sondern darum, im Hinblick auf den mit der Begriffsbildung verfolgten *Erkenntniszweck* die entscheidenden Merkmale dieses Gegenstandes zu *bestimmen*. Allein von diesem Zweck hängt ab, wie aus einer ständig veränderlichen Vielheit durch Abstraktion eine dauerhafte, d. h. ihrem Wesen nach unveränderliche und „begreifbare“, d. h. gedanklich abgegrenzte („endliche“) Einheit zu gewinnen ist. So kann einundderselbe Gegenstand je nach dem, ob er zur Gewinnung psychologischer, soziologischer oder rechtlicher Erkenntnis betrachtet wird, unterschiedlich begriffen werden. Auch *Wank* geht davon aus, dass alle Begriffsbildung „relativ“ ist, nämlich bezogen auf den mit ihr verfolgten Zweck, vgl. *Wank*, a. a. O., S. 152 ff., „schlechthin“ also, worauf schon *Immanuel Kant* hingewiesen hat, gar nichts begriffen werden kann, vgl. *Immanuel Kants Logik - ein Handbuch zu Vorlesungen* (1800), in: *Wilhelm Weischedel* (Hrsg.), Theorie-Werkausgabe *Immanuel Kant*, Werke in zwölf Bänden (Frankfurt 1968), Band VI, S. 97 (= Werkausgabe S. 493). Die Frage nach dem Wesen eines Gegenstandes ist daher keine ontologische, sondern eine *logische* (vgl. auch *Benno Erdmann*, Logik I, 3. Aufl., Berlin 1923, Nr. 157), genauso wie der Satz, dass das Wesen der Dinge unveränderlich sei, in die Logik gehört; denn in dem, was wesentlich zu dem Begriff eines Gegenstandes gehört, kann man nichts ändern, ohne zugleich diesen Begriff aufzuheben, vgl. *Immanuel Kant*, Über eine Entdeckung, nach der alle neue Kritik der reinen Vernunft durch eine ältere entbehrlich gemacht werden soll (2. Aufl. 1791), in: *Weischedel* (s.o), Band V, S. 98 Anm. (= Werkausgabe S. 356).

⁴ Der Sprachgebrauch ist uneinheitlich: Während z. B. *Kant* in Übereinstimmung mit der klassischen Lehre angenommen hat, „Begriff“ sei notwendigerweise eine allgemeine Vorstellung, weshalb es eine Tautologie darstelle, von allgemeinen Begriffen zu reden – nicht die Begriffe, sondern nur „ihr Gebrauch“ lasse sich in allgemeine, besondere und einzelne einteilen, vgl. *Kant*, Logik (FN 3), § 1, Anm. 2, S. 140 (= Werkausgabe S. 521); vgl. auch § 16, Anm., S. 155 f. (= Werkausgabe, S. 530) –, werden heute unter der Bezeichnung „Individualbegriff“ auch solche Vorstellungen zum „Begriff“ gezählt, die sich nur auf einen einzigen Gegenstand beziehen, vgl. z. B. *Kuno Lorenz/Peter Schroeder-Heister*, in: *Jürgen Mittelstraß* (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Stuttgart u.a. 2004, Stichwort „Individualbegriff“.

d. h. den Inhalt eines Gedankens bilden kann,⁵ erfolgt das Denken als solches dadurch, dass wir – durch Begriffe – bestimmte Vorstellungen⁶ („Denkinhalte“, „Gegenstände“⁷) zueinander in ein Verhältnis setzen: Durch jeden (vollständigen) Satz wird dem Denkinhalt, welcher die Position des Satzsubjekts besetzt, ein anderer Denkinhalt, nämlich derjenige, der im Satz die Position des Prädikats einnimmt, entweder zu- oder abgeordnet. Dadurch werden Denkinhalte als zusammen- bzw. nicht zusammengehörig bestimmt. „Prädikat“ in diesem auf die ordnende Funktion von Sätzen bezogenen Sinne können daher – anders als im grammatikalischen Sinne – nicht nur solche Worte sein, die eine Tätigkeit vorstellen (die Verben), sondern jedes Wort, das einen *Inhalt* aufweist, das also – in Abgrenzung zu den Formwörtern (wie z. B. den Konjunktionen) – Inhaltswort („Begriff“) ist (wie dies nicht nur auf Verben, sondern auch auf Substantive, Adjektive und Adverbien zutrifft).

Ob die Position von Satzsubjekt und -prädikat durch einen einzelnen (Subjekts- oder Prädikats-) Begriff oder durch mehrere, zu einem Gliedsatz (Subjekts- bzw. Prädikatsatz) verbundene Begriffe besetzt werden, spielt dagegen keine Rolle.⁸

Bei dem Satz „Fräulein Meier kann mit ihrem Schönfelder nach Belieben verfahren“, ist Satzsubjekt ein Fräulein Meier und Prädikat das Vermögen, mit einem gewissen Schönfelder nach Belieben zu verfahren.

Prädikate wiederum können ein- oder mehrstellig sein. Im ersten Fall erfolgt die Zuordnung „absolut“, im zweiten „relativ“, d. h. in Bezug auf einen (oder mehrere) andere(n) Denkinhalt(e).

Bei dem oben genannten Satz wird durch das Prädikat „kann nach Belieben verfahren mit“ das Satzsubjekt „Fräulein Meier“ mit dem (Präpositional-) Objekt „Schönfelder“ verbunden.

Gleich aber, ob es sich bei dem verwendeten Prädikat um ein ein- oder mehrstelliges handelt – entscheidend für die Annahme eines „Satzes“ ist das Zusammen- oder Auseinandersetzen von (mindestens) zwei Denkinhalten.

⁵ Vgl. auch *Albert Keller*, Sprachphilosophie, 2. Aufl., Freiburg u.a. 1989, S. 121 f.

⁶ „Vorstellung“ in diesem Sinne meint nicht ein psychisches Gebilde (wie dies z.T. angenommen wird, vgl. *Maximilian Herberger/Dieter Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, Frankfurt a.M. 1980, S. 246), sondern dasjenige, was der Begriff *bedeutet*: dessen *Inhalt*.

⁷ „Gegenstand“ in dem dieser Arbeit zugrunde liegenden Sinne ist weit zu verstehen, meint also nicht nur körperliche Gegenstände, sondern alles „Denkbare“, d. h. alles, was den Inhalt eines Gedankens bilden, also „Denkinhalt“ sein kann und damit, wie es *Kant* formuliert hat (Logik, § 2, S. 140 = Werkausgabe S. 521), die „Materie der Begriffe“ bildet.

⁸ Ein Beispiel für einen Subjektssatz liefert in § 823 I BGB der Gliedsatz „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben ... eines anderen widerrechtlich verletzt“.

Welche Denkinhalte zusammen- oder auseinandergesetzt werden, spielt dagegen keine Rolle: „Satz“ ist *jede* Verknüpfung (oder Trennung) von – durch Begriffe bestimmten – Denkinhalten, gleich, ob sich diese auf Körperliches oder Unkörperliches, Wirkliches oder Unwirkliches beziehen (wo auch immer die Trennlinie zwischen dem auf uns Wirkenden und dem nicht auf uns Wirkenden verlaufen vermag).

Ob der Subjektbegriff „Fräulein Meier“ steht für eine lebende oder für eine nur ausgedachte Person, für eine Studentin oder für eine unverheiratete ältere Dame, ist für die Annahme eines „Satzes“ daher genauso unerheblich wie die Frage, ob mit dem Objektbegriff „Schönfelder“ eine Gesetzessammlung, ein Rauhaardackel oder ein Verehrer von Fräulein Meier gemeint ist.

Festzuhalten ist, dass die Funktion von Sätzen darin besteht, zwischen – durch Begriffe – bestimmten Vorstellungen („Denkinhalten“) Ordnung zu schaffen, indem diese entweder als zusammen- oder als nicht zusammengehörig gesetzt werden. Jeder Elementarsatz ist nach diesem Muster (Subjekt, Prädikat und i.d.R. Objekt) aufgebaut und jeder aus mehreren Teilsätzen bestehender Satzkomplex (Satzgefüge oder Satzreihe) setzt sich zusammen aus Sätzen dieser Grundstruktur.

Sinnvolle Bewegung ermöglicht allerdings nicht jeder Satz, sondern nur ein solcher, der – im logischen Sinne – ein *Urteil* zum Ausdruck bringt, d. h. eine Verstand und Vernunft *bindende* („verbindliche“, „gültige“) Ordnung herstellt. Denn nur auf der Grundlage „vernünftiger“ Ordnung ist dem Menschen, der sich seit der Antike als *zoon logon echon* von anderen Lebewesen dadurch abgrenzt, dass er sich Logos, d. h. die Fähigkeit zu vernunftgeleitetem (inneren wie äußeren) Handeln zuspricht, ein solches „vernunftgeleitetes“ Handeln (und damit eine *selbstbestimmte* Lebensbewältigung und –gestaltung) möglich. Auch wenn nicht jeder Satz unmittelbar auf die Herstellung verbindlicher Ordnung gerichtet ist (eine solche Funktion fehlt z. B. den zur Dichtung verwendeten Sätzen), besteht doch das entscheidende Merkmal von Sätzen darin, der Welt, in die der Mensch „hineingeworfen“ ist, eine *seinem* Wesen (*seiner* „Be-Stimm-ung“) entsprechende, d. h. vernünftige Ordnung zu geben.

Dabei kommt dem *Zusammensetzen*, d. h. den bejahenden (positiven) Sätzen eine vorrangige Bedeutung zu. Denn Sätze, die nur (negativ) bestimmen, wie sich die Dinge *nicht* zueinander verhalten bzw. verhalten sollen, lassen sich unendlich viele bilden. Auf eine unendliche Vielzahl von Sätzen lässt sich aber nicht eine *Ordnung* gründen; denn das Wesen einer Ordnung besteht gerade darin, aus unendlich Vielem ein Endli-

ches (und damit für den Menschen Beherrschbares) zu machen. Ein Satz, der seine Funktion erfüllen, d. h. Ordnung herstellen soll, muss folglich zuallererst Denkinhalte *zusammensetzen*: Er muss bestimmen, welches Prädikat welchem Subjekt *zukommt* bzw. *zukommen* soll. Seinem Wesen nach ist der Satz daher bejahend, ist er *Zuordnung* (und nicht *Abordnung*).

Verbindlich sein kann ein Satz allerdings nur dann, wenn bei seiner Gewinnung, d. h. seiner Ableitung aus als verbindlich *vorausgesetzten* Sätzen, nicht gegen die Regeln der Logik verstoßen wurde: Da die Logik „von den notwendigen Gesetzen des Verstandes und der Vernunft überhaupt, oder – welches einerlei ist – von der bloßen Form des Denkens“⁹ handelt, vermag ein Satz – als das *Ergebnis* eines Denkvorgangs – Verstand und Vernunft nur dann zu binden, wenn bei dem Denkprozess die diesen Prozess beherrschenden formalen, d. h. unabhängig vom jeweiligen Denkinhalt geltenden Regeln beachtet wurden. Dabei wird das Denken nicht einer psychologischen, sondern einer *logischen* Betrachtung unterzogen: Gefragt wird nicht, wie wir denken, sondern wie wir denken sollen,¹⁰ wenn die dadurch hergestellte Ordnung nicht schon von vornherein, d. h. unabhängig von ihrem Gegenstand, unverbindlich sein soll. Anders ausgedrückt: Die Beachtung der (formalen) Regeln der Logik ist zwar nicht hinreichende, wohl aber *notwendige* Bedingung dafür, dass einem Satz das Prädikat „verbindlich“ („wahr“, „gültig“) zugeordnet werden kann.¹¹ Und eine solche Prädikation ist ihrerseits Voraussetzung dafür, dass der Satz durch sich *selbst*, d. h. ohne Hinzuziehung weiterer Sätze, wie etwa der Androhung eines Übels für den Fall seiner Nichtanerkennung, menschliches Verhalten zu leiten vermag.

Festzuhalten ist, dass sinnvolle Bewegung Orientierung voraussetzt und wirkliche Orientierung verbindliche Ordnung.

III. Seins- und Sollenssätze als die beiden Arten von Sätzen

1. Die Funktion der Kopula und ihre Abgrenzung vom (Subjekts- und Prädikats-) Begriff

Das jeden (vollständigen) Satz kennzeichnende „Zusammensetzen“ von Denkinhalten erfolgt mittels der *Kopula*. Deren Funktion besteht nicht wie die eines Begriffs darin, etwas Bestimmtes vorzustellen, sondern darin, das durch Subjekts- und Prädikatsbeg-

⁹ Kant, Logik (FN 3), S. 4 (= S. 433 der Werkausgabe).

¹⁰ Kant, Logik (FN 3), S. 6 (= S. 435 der Werkausgabe).

¹¹ Vgl. Kant, Logik (FN 3), S. 73 f. (= S. 478 der Werkausgabe)

riff (bzw. –satz) Bestimmte miteinander zu verknüpfen¹²: Es ist die Kopula, welche das Prädikat des Satzes dem Satzsubjekt zuordnet. Die Kopula ist daher nicht Inhalts-, sondern Formwort.¹³

Dem entspricht es, wenn *Immanuel Kant* das mittels der Kopula zwischen Subjekts- und Prädikatsbegriff hergestellte Verhältnis als die „Form“, die Begriffe dagegen als die logische „Materie“ des Urteils bezeichnet.¹⁴

Die Kopula tritt jedoch als solche nicht immer in Erscheinung, weil sie bei den *verbalen* Prädikaten bereits in der Flexionsform des Verbums enthalten ist und somit als Bestandteil des Prädikats erscheint. Sichtbar wird ihre eigenständige Funktion aber dann, wenn das Prädikat durch ein Adjektiv oder ein Substantiv gebildet wird.¹⁵

Im Beispielsatz ist die Kopula in der Flexionsform „kann“ enthalten. Formuliert man den Beispielsatz um in „Fräulein Meier ist vermögend, mit ihrem Schönfelder nach Belieben zu verfahren“ oder in „(Dem) Fräulein Meier kommt das Vermögen zu, mit ihrem Schönfelder nach Belieben zu verfahren“ tritt die Kopula in den Wörtern „ist“ bzw. „kommt zu“ deutlicher hervor.

Dabei ist wichtig, dass es sich bei dem Wort „Sein“ um ein Formwort (und nicht um einen Begriff) handelt. Deswegen bedeutet dieses Wort *nichts*, weder „Dasein“ noch „Faktizität“ noch „Existenz“ (was auch immer darunter zu verstehen sein mag¹⁶). Es fungiert nur als Zeichen einer *Zuordnung*: „Sein“ in diesem (kopulativen) Sinne meint die „Zugehörigkeit des Prädikats zum Subjektsbegriffe“¹⁷ (was nicht zuletzt daran deutlich wird, dass sich mit Hilfe der Kopula „Sein“ auch solche Denkinhalte miteinander verknüpfen lassen, die sich auf „Nichtexistentes“ beziehen). Die Annahme, jeder Seinsatz sei eine Tatsachenbehauptung, geht daher fehl.

¹² Vgl. *Elmar Bund*, Juristische Logik und Argumentation, Freiburg 1983, S. 30.

¹³ Vgl. auch *Andreas Preußner*, in: *Wulff D. Rehfus* (Hrsg.), Handwörterbuch der Philosophie, Göttingen 2003, Stichwort „Kopula“.

¹⁴ *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft (2. Aufl. 1787), in: *Weischedel* (FN 3), Band III, S. 322 (= S. 290 der Werkausgabe).

¹⁵ *Christoph Sigwart*, Logik, Band I, 3. Aufl., Tübingen 1904, § 17, S. 121 ff.

¹⁶ Folgt z. B. daraus, dass Einhörner nicht als Lebewesen existieren, dass der Begriff „Einhorn“ Nichtexistentes zum Gegenstand hat oder lässt sich die Existenz von Einhörnern daraus ableiten, dass sie als Fabelwesen existieren?

¹⁷ *Rudolf Eisler*, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 1904, Stichwort „Kopula“; vgl. auch *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft (2. Aufl. 1787), in: *Weischedel*, (FN 3), Bd. IV, S. 626 ff. (= S. 533 ff. der Werkausgabe). Darauf, dass es zur Annahme eines „Satzes“ (und damit auch zur Annahme eines „Urteils“) einer *Verknüpfung* von Subjekt und Prädikat bedarf und das „ist“ in diesem Zusammenhang „als ein Drittes“ ausgesagt wird (nicht also im Sinne von Existenz, sondern zur Verkopplung von Subjekt und Prädikat), hat schon *Aristoteles* hingewiesen, vgl. Organon II (Lehre vom Satz), Zehntes Kapitel.

2. „Sein“ und „Sollen“ als die beiden Arten von Kopula

Wichtig ist nun, dass es – wie *David Hume* schon 1740 in seiner Abhandlung über die menschliche Natur hervorgehoben hat¹⁸ – zwei *Formen* gibt, wie Denkinhalte zueinander in ein Verhältnis gesetzt werden können: Das Prädikat lässt sich entweder über die Kopula „Sein“ oder über die Kopula „Sollen“ dem Satzsubjekt zuordnen. Im ersten Fall wird bestimmt, welches Prädikat dem Subjekt *zukommt*, im zweiten, welches ihm zukommen *soll*.¹⁹

Seiner *Form* nach lässt sich der eingangs genannte Beispielsatz somit auch umwandeln in: „Fräulein Meier *soll* mit ihrem Schönfelder nach Belieben verfahren können“.

Diese Zweiteilung der Kopula in zwei Arten, aus welcher wiederum die Zweiteilung aller Sätze in Seins- und in Sollenssätze resultiert, ist eine grundlegende. Sie betrifft die *Denkform*, d. h. die Art und Weise der *Verknüpfung* von durch Begriffe gegebenen Denkinhalten. Deswegen können einunddieselben Denkinhalte zur selben Zeit sowohl in der einen als auch in der anderen Form miteinander verknüpft werden. Die Verwendung der Kopula der einen Art schließt die Verwendung der Kopula der anderen Art weder aus noch ein: Ein Seinsatz steht einem Sollenssatz desselben Inhalts weder entgegen, noch fordert er ihn; umgekehrt folgt aus einem Sollensatz weder die Bejahung noch die Verneinung eines Seinsatzes desselben Inhalts.

Dass es zwei verschiedene Formen gibt, Denkinhalte zusammen- bzw. auseinanderzusetzen, hat jedoch auf die Funktion der Setzung keinen Einfluss: In beiden Fällen geht es um die Herstellung von Ordnung. Und im Falle einer auf die Herstellung *verbindlicher* Ordnung gerichteten Setzung geht es in beiden Fällen darum, dem Menschen sinnvolle Bewegung zu ermöglichen. Die Annahme, nur Sollenssätze seien „verhaltensleitend“, trifft daher nicht zu. Im Gegenteil: Von den verbindlichen Sätzen dürften die Seinsätze in weitaus stärkerem Maße das Verhalten von Menschen leiten als die Sollenssätze. Denn menschliches Verhalten ist in erster Linie auf die Erzielung *tatsächlicher* Wirkungen gerichtet und dem wirkt unmittelbar nur die Missachtung eines verbindlichen Seinsatzes entgegen.

¹⁸ Vgl. *David Hume*, A Treatise of Human Nature, Book III, Of Morals, London 1740 (Nachdruck Oxford 1896), Part I, Sect. I: „...expresses some new relation“.

¹⁹ Wird das Wort „sollen“ allerdings in der Bedeutung von „angeblich“ verwendet, handelt es sich bei dem fraglichen Satz nicht um einen Sollenssatz, sondern um einen Seinsatz. Der Sollenssatz im hier verwendeten Sinne ist auch nicht zu verwechseln mit den „Soll-Vorschriften“ im rechtstechnischen Sinne, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie ein bestimmtes Verhalten für den Regelfall vorschreiben (also als „gesollt“ bestimmen), im begründeten Ausnahmefall aber eine Abweichung von der festgesetzten Regel zulassen; zu den „Soll-Vorschriften“ im Verwaltungsrecht siehe z. B. *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, München 2002, § 7 Rdn. 11.

Gleichwohl weisen die Sollenssätze einen besonderen Bezug zu menschlichem Verhalten auf. Denn Gegenstand eines *verbindlichen* Sollenssatzes kann nur ein solches Verhältnis sein, welches weder *unmöglich* noch *notwendig* so ist, wie es durch den Satz bestimmt wird, und dies wiederum trifft nur auf solche Verhältnisse zu, die sich durch *menschliches* Verhalten ändern lassen.

Dies sei nachfolgend etwas näher ausgeführt: Dass als Gegenstand eines sinnvollen Sollenssatzes nur ein solches Verhältnis in Betracht kommt, das *nicht* kausalgesetzlich determiniert ist, folgt aus der Funktion verbindlicher Sollenssätze. Denn verbindliche Sollenssätze leisten – anders verbindliche Seinsätze – Orientierung nicht dadurch, dass sie bestimmen, wie sich die Dinge zueinander verhalten, sondern dadurch, dass sie bestimmen, wie sie sich zueinander verhalten sollen. Folglich ist der Zweck eines verbindlichen Sollenssatzes erst dann erreicht, wenn die durch ihn bestimmte Ordnung *verwirklicht* ist. Besteht aber die Funktion eines verbindlichen Sollenssatzes in der *Verwirklichung* der durch ihn bestimmten Ordnung, kann ein solcher Satz nur dann *sinnvoll*, d. h. ein zur Erreichung dieses Ziels nicht von vornherein ungeeignetes Mittel sein, wenn es möglich ist, dass sich die durch Subjekts- und Prädikatsbegriff (bzw. -satz) bestimmten Gegenstände auch *anders* zueinander verhalten können, als es durch den Satz angeordnet wird, ihr Verhältnis zueinander mithin *nicht* kausalgesetzlich vorgegeben ist. Die Vernunft *binden* kann ein Sollenssatz daher nur dann, wenn die durch ihn bestimmte Ordnung weder unmöglich noch notwendig so ist, wie sie durch den Satz bestimmt wird.²⁰ (Dies ist z. B. der Grund, weshalb Rechtssätze, die *Unmögliches* zum Gegenstand haben, keine Verbindlichkeit entfalten, wie dies durch die Sätze „impossibile nulla est obligatio“ und „ultra posse nemo obligatur“ zum Ausdruck gebracht wird).

Da wir nur *menschliches* Verhalten als *nicht* naturgesetzlich determiniert ansehen, können Sollenssätze folglich nur dann sinnvoll sein, wenn sie sich auf Verhältnisse beziehen, die sich durch Menschen verwirklichen lassen, die also nicht ausschließlich den Gesetzen der Natur unterworfen sind, während umgekehrt Seinsätze insbesondere dann sinnvoll sind, wenn sie Naturgesetzlichkeiten zum Ausdruck bringen. Insofern lässt sich daher sagen, dass sich die (verbindlichen) Sollenssätze von den (verbindli-

²⁰ Vgl. *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960 (Nachdruck 1976), S. 10 f.; *R. Stranzinger* nimmt allerdings an, dass diese u.a. von *Kelsen* für die Annahme eines *sinnvollen* Sollenssatzes verlangte – von *Stranzinger* als Sollen-Können-Prinzip bezeichnete – Voraussetzung der von *Kelsen* ebenfalls angenommenen Zweiteilung aller Sätze in Seins- und Sollenssätze – von *Stranzinger* als Sein-Sollen-Prinzip bezeichnet – widerspreche, vgl. *R. Stranzinger*, Sein-Sollen-Prinzip contra Effektivitätsprinzip, in: Rechtslehre 10 (1979), S. 81 ff. (S. 88).

chen) Seinsätzen dadurch unterscheiden, dass sie sich auf menschliches Verhalten beziehen, also „verhaltensbestimmend“ sind.

3. Die Unabhängigkeit der Satzart von der Art der zur Satzbildung verwendeten Begriffe

Zurück zur Zweiteilung aller Sätze in Seins- und Sollenssätze: Für diese Zweiteilung ist es *nicht* von Bedeutung, ob mehr beschreibende („deskriptive“) oder mehr wertende („normative“) Begriffe²¹ zur Satzbildung verwendet werden,²² denn wie dargelegt, hängt die Satzart allein von der Kopula ab und diese ist gerade *nicht* Begriff, sondern Formwort. Die Bestimmung „Fräulein Meier geht gut mit ihrem Schönfelder um“ ist daher in gleichem Maße *Seinssatz* wie die Bestimmung „Fräulein Meier färbt sich die Haare rot“. Zum *Sollenssatz* wird eine solche Bestimmung erst dann, wenn statt der Kopula „sein“ die Kopula „sollen“ verwendet wird, es also heißt „Fräulein Meier soll gut mit ihrem Schönfelder umgehen“ oder „Fräulein Meier soll sich die Haare rot färben“.

Es ist auch nicht jeder Satz, der ein Werturteil zum Ausdruck bringt, ein Sollenssatz. So enthält z. B. der Satz „Ich finde es gut, dass Fräulein Meier mit ihrem Schönfelder nach Belieben umgehen kann“ ein Werturteil; gleichwohl ist dieser Satz *kein* Sollenssatz, sondern ein *Seinssatz*. Denn es ist die Kopula „sein“, über die dem Subjekt des Satzes (dem durch das Pronomen „ich“ vertretenen Sprecher) das Prädikat (die Wertung des – durch den Gliedsatz näher – bestimmten Inhalts) zugeordnet wird: Ausgesagt wird, dass der Sprecher jene Wertung trifft (und nicht, dass er sie treffen soll).

Die Art eines Satzes lässt sich auch nicht allein daraus ableiten, dass zu seiner Bildung sog. deontische Ausdrücke verwendet werden – worunter solche Wendungen verstanden werden, die ein Sollen zum Ausdruck bringen, wie es z. B. für die Worte „verboten“, „geboten“ und „erlaubt“, aber auch für die Worte „Recht“ und „Pflicht“ ange-

²¹ Mit „deskriptiv“ und „normativ“ werden nur Begriffstypen, nicht aber Begriffsarten beschrieben, weil abgesehen von den univoken Begriffen (insbesondere den Zahlbegriffen) *jeder* Begriff eine Wertung beinhaltet. Denn Begriffe werden gebildet zu Erkenntniszwecken, weshalb es von dem jeweiligen Erkenntniszweck abhängt, welcher Inhalt dem Begriff gegeben wird. So ist z. B. die Beantwortung der Frage, ob von dem an sich als deskriptiv aufzufassenden Begriff „Baum“ auch ein Strauch erfasst wird, davon abhängig, aus welchem Grund die Begriffsbildung erfolgt. Geht es um die Bestimmung des Anwendungsbereichs von § 923 BGB, also um den Erwerb von Rechtskunde, wird die Antwort anders ausfallen als wenn das Interesse auf den Erwerb von Pflanzenkunde gerichtet ist. Die Grenzen zwischen „deskriptiven“ und „normativen“ Begriffen sind daher fließend, vgl. auch *Franz v. Kutschera*, Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen, Freiburg/München 1973, S. 129 f.

²² A.A. *Ilmar Tammelo*, Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1971, S. 146, nach dessen Auffassung die Verwendung eines wertenden Begriffs bedeutet, dass einem bestimmten Gegenstand ein bestimmter Wert zugeordnet werden „soll“.

nommen wird;²³ denn diese Worte können in unterschiedlicher Funktion verwendet werden: Einmal als *Begriff*, d. h. zur *Vorstellung* von etwas (z. B. zur Vorstellung eines Willens oder einer Willensäußerung im Falle der Worte „verbieten“, „gebieten“, „erlauben“; zur Vorstellung eines Gegenstandes des Rechtsverkehrs im Falle der Worte „Recht“ und „Pflicht“) oder als *Kopula*, d. h. zur *Verknüpfung* von durch andere Begriffe Vorgestelltem.

So kann der Satz „Fräulein Meier hat das Recht, mit ihrem Schönfelder nach Belieben zu verfahren“ sowohl Seins- als auch Sollenssatz sein, je nach dem, in welcher Funktion das Wort „Recht“ verwendet wird:

Wird das Wort „Recht“ als *Begriff* verwendet, steht es für einen (nichtkörperlichen) Gegenstand, der entstehen und vergehen, übertragen, entzogen und verändert werden kann. Im Beispielsatz stünde das Wort „Recht“ für ein bestimmtes subjektives privates Recht, nämlich für das Eigentum an einer Textsammlung deutscher Gesetze. Mit dem Wort „Recht“ wird in diesem Fall ein „geistiger“ Gegenstand vorgestellt,²⁴ der zwar (als nichtkörperlicher Gegenstand) nicht den Grenzen des Raums, wohl aber (als vergänglicher Gegenstand) den Grenzen der Zeit unterworfen ist. Als ein solcher (nichtkörperlicher) Gegenstand wird das Recht z. B. in § 185 I BGB aufgefasst. Dort heißt es: Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Mit „Gegenstand“ ist hier nicht der (körperliche) Gegenstand „Sache“ gemeint (vgl. § 90 BGB), sondern der (nichtkörperliche) Gegenstand (subjektives) „Recht“; denn nur (subjektive) Rechte können Gegenstand eines Verfügungsgeschäfts sein.

Das Wort „Recht“ kann aber auch in anderer Funktion verwendet werden, nicht als Begriff, sondern als *Kopula*, d. h. zur *Verknüpfung* von – durch Begriffe bestimmten – Vorstellungen. Die Funktion des Wortes „Recht“ besteht in diesem Fall nicht darin, etwas vorzustellen, sondern darin, Vorgestelltes miteinander zu verknüpfen. Die Formulierung, dass eine bestimmte Person das Recht zu bestimmtem Verhalten habe, bedeutet dann, dass dieser Person über die *Kopula* „sollen“ das *Vermögen* zu dem bestimmten Handeln zugesprochen wird. Dies werde ich später noch näher ausfüh-

²³ Zu den „deontischen“ Ausdrücken und Grundmodalitäten vgl. *Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 2. Auflage, Frankfurt a. M. 1994, S. 45 f. und S. 182 ff. Deontische *Sätze* sind nach vorherrschender Auffassung allerdings *nicht* Sollenssätze, sondern Sätze, die als *Seinssätze* Auskunft geben über die *Geltung* von Sollenssätzen, vgl. z. B. *Christiane* und *Ota Weinberger*, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, München 1979, S. 111 f.

²⁴ Auch unkörperliche („geistige“) Gegenstände wirken auf uns und haben für uns damit den Charakter des „Wirklichen“, vgl. z. B. *Karl Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin u. a. 1991, S. 117; *Gerhart Husserl*, *Zur Lehre von den sog. Doppelwirkungen im Recht*, in: *Recht und Welt*, Frankfurt a. M. 1964, S. 217 ff. (S. 234 ff.)

ren.²⁵ An dieser Stelle sei nur festgehalten, dass mit dem oben genannte Satz auch zum Ausdruck gebracht werden kann, dass dem Fräulein Meier das *Vermögen* zukommen soll, mit ihrem Schönfelder nach Belieben zu verfahren. In diesem Fall besteht die Funktion des Wortes „Recht“ nicht darin, den möglichen Gegenstand eines Verfügungsgeschäfts vorzustellen, sondern darin, über die Kopula „sollen“ andere Denkinhalte miteinander zu verknüpfen.

Entsprechendes gilt für das Wort „Pflicht“. Dieses kann Begriff sein für einen nicht-körperlichen Gegenstand, der entstehen, vergehen oder übergehen kann; es kann aber auch dazu dienen, ein bestimmtes *Handeln* (Tun oder Unterlassen) einem bestimmten Rechtssubjekt über die Kopula „sollen“ zuzuordnen.

Bisherige Überlegungen haben gezeigt, dass sich allein aus der Verwendung sog. deontischer Ausdrücke keine Schlussfolgerung ziehen lässt im Hinblick auf die Frage, ob es sich bei dem mit Hilfe dieser Ausdrücke gebildeten Satz um einen Seins- oder um einen Sollenssatz handelt. Entsprechendes gilt bei Nichtverwendung deontischer Ausdrücke. Dass ein Satz wie ein Seinsatz formuliert ist, wie etwa § 903 I 1 BGB, nach dem „der Eigentümer einer Sache ... mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen [kann]“, bedeutet daher nicht, dass es sich auch wirklich um einen Seinsatz handelt. Vielmehr folgt aus dem Zusammenhang, in den der Satz des § 903 BGB eingebettet ist und der ihn als Bestandteil eines Gesetzbuches ausweist, dass es sich bei ihm um einen *Sollenssatz* handelt, durch den bestimmt wird, dass der Eigentümer einer Sache mit dieser grundsätzlich nach Belieben verfahren können *soll*.

Entsprechendes gilt für die Sätze des StGB, nach denen bestraft „wird“, wer eine Straftat begeht. Diese Sätze beinhalten nicht die (unwahre) Behauptung eines kausalen Zusammenhangs zwischen Straftat und Strafe, sondern bestimmen, dass dem Staat das *Vermögen* zukommen soll, bei Vorliegen der gesetzlich bestimmten Voraussetzungen eine Strafe zu verhängen: In Verbindung mit Art. 103 II GG begründen sie die Strafgewalt des Staates, d. h. dessen (objektives) Recht (die „Kompetenz“), eine Straftat mit einer Strafe zu ahnden.

Über die Qualifizierung eines Satzes als Seins- oder Sollenssatz entscheidet also nicht seine sprachliche Fassung, sondern seine Funktion: Geht es um die Bestimmung, wie sich die durch Subjekt- und Prädikatsbegriff bestimmten Gegenstände zueinander verhalten oder um die Bestimmung, wie sie sich zueinander verhalten sollen?

²⁵ Vgl. V 2a.

Festzuhalten ist, dass es von der Art der Verknüpfung von Denkinhalten abhängt, ob ein Satz Seins- oder Sollenssatz ist. Die Zweiteilung aller Sätze in Seins- und Sollenssätze betrifft somit nur die Form eines Denkakts und nicht seinen Inhalt.

IV. Der Methodendualismus

Aus dem soeben beschriebenen *formalen* Unterschied zwischen Seins- und Sollenssätzen folgt wiederum, dass sich die Verbindlichkeit eines Seinssatzes nur durch Seinssätze und die Verbindlichkeit eines Sollenssatzes nur durch Sollenssätze *begründen* (bzw. *widerlegen*) lässt:²⁶ Aus der Bestimmung, wie sich die durch Subjekts- und Prädikatsbegriff bestimmten Gegenstände zueinander verhalten, lässt sich logisch weder ableiten, wie sie sich zueinander verhalten sollen, noch, wie sie sich nicht zueinander verhalten sollen. Und aus der Bestimmung, wie sie sich zueinander verhalten sollen, lässt sich weder ableiten, wie sie sich zueinander verhalten noch wie sie sich nicht zueinander verhalten. Beide Satzarten sind – *logisch* gesehen – voneinander unabhängig. Weder lässt sich von einem Seinssatz unmittelbar auf einen Sollenssatz schließen, noch umgekehrt von einem Sollenssatz unmittelbar auf einen Seinssatz. Dass dies so ist, dass mithin Gedanken in Gestalt von Seinssätzen einer anderen „Gedankenwelt“ angehören als Gedanken in Gestalt von Sollenssätzen und diese verschiedenen Welten, wie es *Hans Kelsen* formuliert hat, „durch eine unüberbrückbare Kluft“ voneinander getrennt sind,²⁷ beruht auf der dargelegten unterschiedlichen *Form* dieser Gedanken, d. h. auf der unterschiedlichen Art und Weise, wie sie durch Verknüpfung von Denkinhalten zur Entstehung gelangen. Denn diese Form wird durch logische Vorgänge, durch Ableitungen, Verneinungen und Umkehrungen nicht berührt, weshalb ein unter Anwendung logischer Regeln gewonnener Satz notwendigerweise derselben Satzart angehört wie der als verbindlich *vorausgesetzte*. Das Urteil, dass etwas sein „soll“, kann daher schon wegen seiner logischen Struktur nichts dar-

²⁶ Vgl. auch *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl., Tübingen 1923 (Nachdruck 1962), S. 8 sowie *ders.*, Zum Begriff der Norm, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, München 1965, S. 57 ff.; *Ulrich Klug*, Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluss vom Sein auf das Sollen, in: Law, State and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen, Tennessee 1964, S. 154 ff.; *Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 2. Aufl., Freiburg 1994, S. 157; *Klaus Adomeit*, Rechtstheorie, 4. Aufl., Heidelberg 1998, S. 23; *Manfred Rehbinder*, Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin/New York 1995, S. 60; a. A.: *Heinrich Geddert*, Recht und Moral, Berlin 1984, S. 262 ff.

²⁷ *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (FN 26), S. 8.

über aussagen, dass etwas „ist“ und sagt auch nichts darüber aus, was jemand – psychologisch betrachtet – „will“.²⁸

Diese Erkenntnis, dass sich logische Schlussfolgerungen nur innerhalb derselben Satzart ziehen lassen, wird als „Hume’sches Gesetz“²⁹ oder als „Methodendualismus“³⁰ bezeichnet. Wie schon *Gustav Radbruch* betont hat, leugnen die Vertreter des Methodendualismus also nicht das Bestehen kausaler Zusammenhänge zwischen beiden Satzarten, sondern nur das Bestehen *logischer* Zusammenhänge: „Nicht dies wird behauptet, daß Wertungen nicht durch Seinstatsachen *verursacht*, vielmehr daß sie aus ihnen nicht *begründet* werden können“.³¹

Auch die von *Hans Kelsen* geforderte „Reinheit“ der Rechtslehre beruht auf diesem „fundamentalen Gegensatz zwischen Sollen und Sein“³². Wenn *Kelsen* das Sein und das Sollen als „zwei getrennte Welten“ beschreibt, so meint auch er die Verschiedenheit der beiden „Denkformen“³³; denn er nimmt an, dass der „formal-logische“ Unterschied zwischen Sollen und Sein den Grund dafür bilde, weshalb die Frage „nach dem Warum“ eines konkreten Sollens logisch immer wieder nur zu einem Sollen führen könne, so wie die Frage „nach dem Warum“ eines Seins immer nur ein Sein zur Antwort erhalte.³⁴ Das Bestehen wechselseitiger *kausaler* („psychologischer“) Zusammenhänge zwischen Sollen und Sein werde hingegen überhaupt nicht in Frage gestellt.³⁵ ~~ebensowenig die Möglichkeit eines Nebeneinanders von Sollen und Sein.~~³⁶ Bezieht sich der Methodendualismus allein auf die Frage der Vorgehensweise bei der Gewinnung verbindlicher Sätze, kann und will er auch keine Antwort geben auf die Frage nach der Existenz eines überpositiven, in Gott oder der Natur des Menschen (dessen Vernunftbegabung) wurzelnden *obersten* Sollenssatzes. Er geht zwar notwendigerweise von der Existenz eines solchen Satzes – der „Grundnorm“ – aus, kann des-

²⁸ *Zdenko Neubaur*, Norm und Wille, *Internationale Zeitschrift für Rechtstheorie* 12 (1938), S. 1 ff. (S. 7).

²⁹ Vgl. z. B. *Franz v. Kutschera*, Das Humesche Gesetz, in: *Grazer Philosophische Studien* 4 (1977), S. 1 ff.; *Gerhard Streminger*, Einleitung zu Hume, 2. Aufl., Paderborn 1996, S. 33.

³⁰ Vgl. insb. *Gustav Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, 3. Auflage, Leipzig 1932, Studienausgabe Heidelberg 1999, hrsg. von *Ralf Dreier* und *Stanley L. Paulson*, S. 14 f.; *Kurt Seelmann*, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., München 2004, § 2 Rdn. 33.

³¹ *Radbruch* (FN 30), S. 15. Die Ableitung eines „Sollens“ aus einem „Sein“ wird auch als „naturalistischer Fehlschluss“ bezeichnet, vgl. z. B. *Ottfried Höffe*, *Recht und Moral: ein kantischer Problemaufriß*, in: *neue hefte für philosophie*, Heft 17, S. 1 ff. (S. 6).

³² *Kelsen*, *Hauptprobleme* (FN 26), S. VI.

³³ *Kelsen*, *Hauptprobleme* (FN 26), S. 8.

³⁴ *Kelsen*, *Hauptprobleme* (FN 26), S. 8 f.; vgl. auch *Klug* (FN 26), S. 168.

³⁵ Vgl. *Kelsen*, *Hauptprobleme* (FN 26), S. 9.

³⁶ Vgl. *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (FN 20), S. 6 und S. 19 Anm.; vgl. auch *Horst Dreier*, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. Aufl., Baden-Baden 1986, S. 29 ff.

sen Existenz aber weder begründen noch den Inhalt eines solchen Satzes nachweisen. Vielmehr zählt jener Satz zu den Sätzen, die als verbindlich *vorausgesetzt* werden, die – wie es *Gustav Radbruch* formuliert hat – „unbeweisbar, axiomatisch, nicht der Erkenntnis, sondern nur [noch] des Bekenntnisses fähig“ sind.³⁷ Die Annahme, dass alles „Sollen“ im letzten Grunde auf menschlicher Zielsetzung beruhe³⁸ und bei den letzten Kategorien „erkenntnistheoretische Erwägung und psychologische Selbstbeobachtung in Eins“ zusammenfielen,³⁹ die obersten Sollenssätze mithin (ebenso wie die obersten Seinsätze) in der eigenen Anschauung, im eigenen Erleben begründet seien, steht dem *methodischen* Nebeneinander von Seins- und Sollensätzen daher nicht entgegen.

Auf der Erkenntnis, dass sich Sollenssätze nur durch Sollenssätze und Seinsätze nur durch Seinsätze *begründen* lassen, beruht z. B. die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung. Nach dieser Lehre kann „Geltungsgrund“ eines Rechtssatzes immer nur ein anderer, *höherrangiger* Rechtssatz sein.⁴⁰ So gründet z. B. die „Macht“ der Behörde zum Erlass eines Verwaltungsakts auf einer Ermächtigung des Verordnungsgebers; dessen „Macht“ zum Erlass der Verordnung gründet wiederum auf einer Ermächtigung durch den Gesetzgeber, der seine Rechtsetzungskompetenz wiederum ableitet vom Verfassungsgeber. Bleibt nur noch die Frage, worauf die Kompetenz des Verfassungsgebers gründet, ob an dieser Stelle die Grundnorm bereits erreicht ist, weil die verfassunggebende Instanz als die „höchste Autorität“ anzusehen ist⁴¹ oder ob sie, worauf das in Art 1 Abs. 1 und Abs. 2 GG enthaltene *Bekanntnis* zur Würde eines jeden Menschen und den daraus entspringenden Menschenrechten hindeutet, in der Natur des Menschen als einem zu Autonomie („Selbstgesetzgebung“) drängenden Wesen wurzelt. Im letzteren Fall handelte es sich bei dieser Grundnorm nicht um eine – von irgendeiner Rechtsautorität – *gesetzte* („positivierte“), sondern um eine im juris-

³⁷ *Radbruch* (FN 30), S. 15.

³⁸ *Edmund Mezger*, Sein und Sollen im Recht, Tübingen 1920, S. 64.

³⁹ *Mezger* (FN 38), S. 22.

⁴⁰ Vgl. z. B. *Kelsen*, Reine Rechtslehre (FN 20), S. 196 ff. Der Einwand, das Gewohnheitsrecht stelle für diese Lehre ein Problem dar, weil es ja gerade nicht auf der Positivierung durch den Gesetzgeber beruhe (so z. B. *Georg Küpper*, Begriff und Grund der Rechtsgeltung in der aktuellen Diskussion, in: *Rechtstheorie* 22 (1991), S. 71 ff., S. 72), greift nicht durch; denn der Stufenbau ist auch dann gegeben, wenn die Geltung eines Rechtssatzes auf einer Anerkennung durch den *Verfassungsgeber* beruht, wie dies beim Gewohnheitsrecht der Fall ist. So bindet Art. 20 III GG die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung nicht nur an das Gesetz, sondern auch an das Recht und damit auch an das Gewohnheitsrecht, vgl. *Michael Sachs*, in: *ders.* (Hrsg.), GG, Kommentar, 3. Aufl., München 2003, Art. 20 Rdn. 106.

⁴¹ Wie es nach Auffassung *Kelsens* alle „positivistischen“ Theorien annehmen müssen, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre (FN 20), S. 204 und S. 206.

tischen Denken *vorausgesetzte* Norm⁴², um ein „methodologisches Apriori“⁴³, d. h. um einen Sollenssatz, ohne den wir „Recht“ (und damit auch „Freiheit“) gar nicht denken könnten. Wenn *Hans Kelsen* allerdings meint, jeder beliebige Inhalt könne Recht sein, weil es sich bei der Grundnorm nicht um eine materielle Norm handle,⁴⁴ so berücksichtigt er m. E. nicht, dass die Beachtung der Denkgesetze nur die *formale* Richtigkeit eines Satzes verbürgt, während seine *inhaltliche* Richtigkeit davon abhängt, dass die als richtig *vorausgesetzten* Sätze inhaltlich auch wirklich richtig sind. Deswegen muss es sich bei der Grundnorm um einen Sollenssatz handeln, der inhaltlich *unbedingt* richtig ist, d. h. unter *allen* Umständen die Vernunft bindet. Geht man von dem Befund aus, dass jeder Mensch kraft seines Menschseins das Bedürfnis verspürt, nach selbstgesetzten Gründen zu handeln (und sei es nur dadurch, dass er sich fremder Bestimmung unterwirft) und erkennt man diesen Anspruch, „den jedes menschliche Wesen auf seiner Stirn trägt“⁴⁵, als begründet an, liegt die Annahme nahe, dass es sich bei der Grundnorm um die Bestimmung handelt, dass *jedem* Menschen das Vermögen zu individueller Selbstbestimmung, d. h. zu einem Leben in *Freiheit* zukommen soll. Jedenfalls hat *Immanuel Kant* dieses als das „einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht“ bezeichnet: Die „Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes andern Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann“.⁴⁶

⁴² So *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (FN 20), S. 23 und S. 201 Fußnote.

⁴³ *Ralf Dreier*, *Sein und Sollen*, in: *ders.*, *Recht, Moral, Ideologie*, Frankfurt a.M. 1981, S. 222.

⁴⁴ Vgl. z. B. *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (FN 20), S. 200 f.

⁴⁵ *Rudolf v. Jhering*, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Dritter Teil, Zweite Abteilung, 8. Aufl., Nachdruck Darmstadt 1954, § 60, S. 333.

⁴⁶ *Immanuel Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, Erster Teil: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (2. Auflage, Königsberg 1798), in: *Weischedel* (FN 3), Band VIII, S. 45 (= S. 345 der Werkausgabe). An diesem (als unbedingt verbindlich) *vorausgesetzten* Satz (der ein Satz des *Rechts* und nicht der *Moral* ist) müssen sich daher alle *festgesetzten* („positivierten“) *Rechtssätze* messen lassen. *Sollenssätze*, die noch nicht einmal mit dem *Anspruch* auftreten, der Gewährleistung gleicher Freiheit zu dienen (wie dies etwa auf die innerhalb krimineller Vereinigungen geltenden Regeln zutrifft), können daher nicht *Rechtssatz* sein. Dasselbe gilt für solche Sätze, die von vornherein nur manchen Menschen Freiheit zuerkennen. Deshalb kann *Gustav Radbruch* nur zugestimmt werden, wenn er annimmt, dass „ganze Partien“ nationalsozialistischer Gesetze „niemals zur Würde geltenden *Rechts* gelangt“ sind, vgl. *Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, 105 ff., abgedruckt in: *Rechtsphilosophie*, Studienausgabe (FN 30), S. 211 ff. (S. 216); vgl. auch BVerfGE 23, S. 98 ff. (S. 106); 54, S. 53 ff. (S. 67 ff.). Zur Frage der Anwendbarkeit der *Radbruch*-schen Formel bei der Bewältigung von DDR-Unrecht siehe BVerfGE 95, S. 96 ff. (S. 130 ff.) sowie *Horst Dreier*, *Gustav Radbruch und die Mauerschützen*, in: *Juristenzeitung* 1997, S. 421 ff. und *Christian Starck*, *Die Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze*, in: *Juristenzeitung* 2001, S. 1102 ff. Dass *Sollenssätze*, die sich unter *keinen* Umständen auf den obersten Satz *allen Rechts* zurückführen lassen, keine *Rechtsqualität* besitzen, bedeutet allerdings nicht, dass die *Rechtsqualität* von Gesetzen von deren *Gerechtigkeitsgehalt* abhinge; denn erstens besteht im Auffinden der gerechten Lösung von Interessenkonflikten das zentrale Problem eines jeden *Rechtsetzungsaktes*, weshalb die Lösung, die das vom *Verfassungsgeber* zur *Rechtsetzung* berufene Organ gefunden hat, grundsätzlich zu respektieren ist, soll die *verfassungsmäßige Ordnung* nicht *hinfällig* sein; und zweitens ist *Gerechtigkeit* nur *eine* von vielen

Die Auffassung *Hans Kelsens*, Grundnorm einer staatlichen Rechtsordnung sei die Bestimmung, dass Zwang von Mensch zu Mensch in der Weise und unter den Bedingungen geübt werden solle, wie es in der historisch ersten Verfassung bestimmt sei,⁴⁷ wird hier daher abgelehnt: Bei der von *Kelsen* genannten Norm handelt es sich nicht um die oberste, sondern um eine von dieser *abgeleitete* Norm, die daraus resultiert, dass Menschen, die bestimmen, dass dem durch sie verfassten Gemeinwesen das Gewaltmonopol zukommen soll, an diese Bestimmung gebunden sind, soll die Verbindlichkeit dieser Bestimmung nicht in demselben Atemzug, in dem sie begründet wird, wieder aufgehoben sein.

Zurück zur Zweiteilung aller Sätze in Seins- und Sollenssätze: Dass die Regeln der Logik nur innerhalb *derselben* Satzart Anwendung finden können, ändert nichts daran, dass sich jeder Satz, der verbindlich zu sein beansprucht, an den Regeln der Logik messen lassen muss, gleich, welcher Art er ist. Die Frage, ob aus einem als verbindlich vorausgesetzten Sollenssatz ein anderer Sollenssatz logisch folgt, kann nur unter Zuhilfenahme der Regeln der Logik entschieden werden.⁴⁸ Da sich aber die Logik bloß „mit der Form des Verstandes und der Vernunft selbst“, also nur mit „den allgemeinen Regeln des Denkens überhaupt, ohne Unterschied der Objekte“⁴⁹ beschäftigt, verbürgt die Befolgung ihrer Regeln nur, dass der Denkakt nicht schon aus formellen Gründen, d. h. unabhängig von seinem Inhalt *unverbindlich* ist. *Nicht* dagegen verbürgt ihre Befolgung die *Verbindlichkeit* des Satzes; denn *den* Irrtum, „der nicht die Form, sondern den Inhalt trifft“, kann die Logik „durch keinen Probiertein“ entdecken.⁵⁰ Die inhaltliche Richtigkeit des Satzes hängt daher allein davon ab, dass die als verbindlich („richtig“) vorausgesetzten Sätze auch *wirklich* verbindlich („richtig“) sind.⁵¹

Bedingungen für die Gewährleistung gleicher Freiheit, weshalb diese auch durch ein an sich ungerechtes, dafür aber Rechtssicherheit schaffendes Gesetz gewährleistet sein kann. Die Rechtsqualität eines Gesetzes kann daher nur in ganz extremen Ausnahmefällen in Frage gestellt sein.

⁴⁷ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (FN 20), S. 51; zur jüngsten Kritik an dieser Auffassung siehe *Michael Potacs*, *Objektive Rechtswissenschaft ohne Grundnorm*, in: *Rechtstheorie* 36 (2005), 5 ff.

⁴⁸ Vgl. *Ulrich Klug*, in: *Hans Kelsen/Ulrich Klug*, *Rechtsnormen und logische Analyse*. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965, Wien 1981, S. 10 f.

⁴⁹ *Immanuel Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (2. Aufl., Riga 1786), in: *Weischedel* (FN 3), Band VII, Vorrede S. III (= Werkausgabe S. 11).

⁵⁰ *Immanuel Kant*, *Kritik der reinen Vernunft* (2. Auflage, Riga 1787), in: *Weischedel* (FN 3), Band III, S. 84 (= S. 103 der Werkausgabe)

⁵¹ Und eben darin, also im Auffinden der als verbindlich *vorauszusetzenden* Sätze (der „Obersätze“), besteht das zentrale Problem jeder Rechtsanwendung, vgl. *Martin Kriele*, *Theorie der Rechtsanwendung*, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 50 und S. 197.

V. Die Zweiteilung der Sollenssätze in *Rechtssätze* und solche Sätze, die *nicht* *Rechtssatz* sind

Gegenstand bisheriger Erörterung war der Satz als solcher, seine Funktion und seine Form. Kommen wir nun zum Rechtssatz:

Der Rechtssatz, oft auch bezeichnet als Rechtsnorm⁵², zählt zu den *Sollenssätzen*. Darüber dürfte weitgehend Einigkeit bestehen.⁵³

Keine Einigkeit besteht jedoch darüber, was das *Wesen* des Rechtssatzes ausmacht, durch welches spezifische Merkmal sich die Rechtssätze mithin unterscheiden von jenen Sollenssätzen, die *nicht* Rechtssatz sind.

⁵² Bezüglich der Terminologie herrscht keine Übereinstimmung: Für die einen besteht zwischen Rechtssatz und Rechtsnorm kein Unterschied, vgl. z. B. *Larenz*, Methodenlehre (FN 24), S. 250 Fn. 1; *Hans Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., Einsiedeln 1948, S. 16. Allerdings wird z.T. angenommen, dass die Norm den *Inhalt* des Rechtssatzes bilde: Rechtssatz sei der Satz, der die Norm „aus spreche“, vgl. *Ulrich Meyer-Cording*, Die Rechtsnormen, Tübingen 1971, S. 19, die „sprachliche Formulierung der Rechtsnorm“, vgl. *Ota Weinberger*, Norm und Institution, Wien 1988, S. 86; vgl. auch *Bernd Rüthers*, Rechtstheorie, München 1999, Rdn. 93. Deswegen sei - in Anlehnung an die Unterscheidung zwischen Aussage und Aussagesatz - zwischen Norm und Normsatz zu unterscheiden, weil einunddieselbe Norm durch verschiedene Normsätze zum Ausdruck gebracht werden könne, vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte (FN 23), S. 40 ff. (wobei er den Ausdruck „Rechtssatz“ für solche Normsätze reserviert, die Rechtsnormen ausdrücken, a.a. O., S. 51 Fn. 35). Danach ist „Norm“ die Bedeutung eines „Normsatzes“, vgl. *Weinberger*, Logik, Semantik, Hermeneutik (FN 23), 7.4. Andere wiederum verstehen unter „Normsatz“ die Behauptung, dass eine Norm gelte, vgl. *Franz von Kutschera*, Logik der Normen (FN 23), S. 13 bzw. behalten den Ausdruck „Rechtssatz“ den das geltende Recht beschreibenden Sätzen der Rechtswissenschaft vor, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre (FN 20), S. 73 f. (der jedoch noch in seinem Werk „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ beide Begriffe synonym verwendet). So ist nach Auffassung *Kelsens* der „Rechtssatz“ eine „Aussage über einen der Erkenntnis gegebenen Gegenstand“, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre (FN 20), S. 83, was ihn jedoch nicht daran hindert, diesen Satz als „Soll-Satz“ zu bezeichnen (*Kelsen*, a. a. O.). Abweichend von der Gegenüberstellung Aussage/Aussagesatz und Norm/Normsatz wird z.T. auch angenommen, dass der Normbegriff eine Doppelbedeutung besitze, weshalb es sowohl Seins- als auch Sollensnormen geben könne, vgl. *Dreier*, Sein und Sollen (FN 43), S. 220; s.a. *Rüthers*, Rechtstheorie (FN 52), Rdn. 95 f. Nach der hier zugrunde liegenden Terminologie ist „Rechtssatz“ der *Oberbegriff* zur „Rechtsnorm“, weil „Rechtsnorm“ nur ein solcher Rechtssatz ist, dessen Subjekt und Prädikat *allgemein* bestimmt sind, der also „abstrakt-genereller“ Rechtssatz ist. Individualvertragliche Regelungen sind danach „Rechtssätze“ (sofern und soweit sie Rechte und/oder Pflichten begründen), nicht aber „Rechtsnormen“, vgl. auch *Karl Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., Stuttgart 2005 (hrsg. v. *Thomas Würtenberger* und *Dirk Otto*), S. 26 Fn. 27; *Karl Larenz/Manfred Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 3 Rdn. 2 ff. Nach einem vor allem in der Rechtstheorie verbreiteten Sprachgebrauch ist „Norm“ dagegen auch die individuelle Regelung, vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte (FN 23), S. 48 f. und S. 73 Fn. 11 und *Kelsen*, in: FS Nipperdey (FN 26), S. 67 ff., S. 68 f.

⁵³ Vgl. z. B. *Engisch*, Einführung (FN 52), S. 18 m.w.N. In der Normlogik wird dagegen unterschieden zwischen Sätzen, die bestimmen, was „gesollt“ ist und Sätzen, die bestimmen, was „erlaubt“ ist, vgl. *Ota Weinberger*, Rechtslogik, 2. Aufl., Berlin 1989, S. 229. Danach zählen nur erstere zu den „Sollenssätzen“, während letztere als „Darf-Sätze“ eine eigene Kategorie bilden (vgl. *Weinberger*, a. a. O., S. 232 ff.). Auch *Kelsen* nimmt an, dass sich Sollen und Dürfen gegenseitig ausschließen, vgl. Hauptprobleme (FN 26), S. 667. Wie sich später noch zeigen wird, handelt es sich jedoch auch bei den „Darf-Sätzen“ um Sollenssätze, nämlich um solche Sätze, durch die ein *Handelnkönnen* als „seinsollend“ bestimmt wird.

Unklar ist weiter, ob die (vollständigen) Rechtssätze ausschließlich Imperative zum Ausdruck bringen, wie dies die Imperativtheorie annimmt,⁵⁴ oder ob Rechtssätze (auch oder vielleicht sogar in erster Linie) einen *anderen* Inhalt aufweisen.

Beide Fragen lassen sich nicht voneinander trennen. Denn wenn wir danach fragen, wodurch sich zwei ihrer *Form* nach gleiche Sätze (Sollenssätze der einen und Sollenssätze der anderen Art) voneinander unterscheiden, kann es doch nur der *Inhalt* dieser Sätze sein, aus welchem sich der spezifische Unterschied ergibt.

1. Das artbildende Merkmal des Rechtssatzes

a) Seine Durchsetzbarkeit?

Methodisch unzulässig ist es jedenfalls, zur Unterscheidung beider Arten von Sollenssätzen auf deren Durchsetzbarkeit abzustellen, die Zweiteilung der Sollenssätze in Rechtssätze und Nichtrechtssätze mithin danach vorzunehmen, welcher *Seinssatz* als mögliche oder wahrscheinliche Folge des Sollenssatzes in Betracht kommt.

Nichts anderes macht aber die Zwangstheorie, nach welcher das Kennzeichen des Rechtssatzes darin besteht, durch „organisierten äußeren“⁵⁵ bzw. „staatlichen“⁵⁶ Zwang durchgesetzt zu werden. Denn diese Theorie erhebt einen *Seinssatz* – den Satz betreffend die zwangsweise Durchsetzbarkeit – zum wesentlichen Merkmal eines Sollenssatzes. Darin, d. h. in der „Aufnahme eines Seinselements – des in der Befolgung gelegenen *tatsächlichen* Geschehens – in einen normativen, d. i. der Welt des Sollens angehörenden Begriff“ steckt ein methodischer Fehler,⁵⁷ ein Verstoß gegen das oben dargelegte *Hume'sche* Gesetz: Als artbildendes Merkmal eines Sollenssatzes wird ein *Seinssatz* angesehen, obwohl es aufgrund der unterschiedlichen *Satzart* von vornherein ausgeschlossen ist, zwischen dem *Seinssatz* (dem Definiens⁵⁸) und dem Sollenssatz (dem Definiendum) die für eine „Definition“ erforderliche Äquivalenz herzustellen.

Deswegen mag die Zwangstheorie zwar einen Ansatz liefern zur (psychologischen bzw. soziologischen) *Erklärung*, weshalb Rechtssätze „verwirklicht“ werden, also z.

⁵⁴ So z. B. *August Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878, S. 1 ff. *Engisch*, Einführung (FN 52), S. 19 ff.; *Rüthers*, Rechtstheorie (FN 52), Rdn. 116 ff.

⁵⁵ So z. B. *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre (FN 52), S. 9.

⁵⁶ So z. B. *Rüthers*, Rechtstheorie (FN 52), Rdn. 55 und 96; siehe auch Norbert Hoerster, Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff, in: Juristische Schulung 1987, S. 181 ff. (S. 184).

⁵⁷ *Kelsen*, Hauptprobleme (FN 26), S. 216, der später jedoch in Widerspruch zu seinen eigenen methodischen Überlegungen gemeint hat, es sei jede Definition des Rechts abzulehnen, die dieses nicht als Zwangsordnung bestimme, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre (FN 20), S. 55.

⁵⁸ Vgl. z. B. *Bund*, Juristische Logik (FN 12), S. 22.

B. ein durch Gesetz oder Rechtsgeschäft als „gesollt“ bestimmtes Verhalten *beobachtet* wird, doch Auskunft geben darüber, durch welches spezifische Merkmal sich die Rechtssätze von jenen Sollenssätzen unterscheiden, die nicht Rechtssatz sind – das kann sie nicht.

Dass die Durchsetzbarkeit eines Sollenssatzes kein zur Unterscheidung des Rechtssatzes von Sollenssätzen anderer Art geeignetes Kriterium darstellt, wird zudem daran deutlich, dass es schon problematisch ist, bei an *Freiheitsträgern* adressierten Sollenssätzen „Erzwingbarkeit“ anzunehmen,⁵⁹ eine solche Annahme aber mit Gewissheit ausscheidet, wenn der das Gewaltmonopol besitzende Hoheitsträger Adressat des Satzes ist. Denn wer sollte dem Träger des Gewaltmonopols gegenüber imstande sein, durch Anwendung von Gewalt die Beobachtung eines Sollenssatzes zu erzwingen?⁶⁰ Die Theorie, nach welcher das spezifische Merkmal des Rechtssatzes darin besteht, zwangsweise durchgesetzt werden zu können, entspricht somit nicht der Erfahrung, nach welcher es Rechtssätze gibt, die sich *nicht* zwangsweise durchsetzen lassen. Wird aber die Zwangstheorie der Wirklichkeit nicht gerecht, ist sie zu deren theoretischer Erfassung nicht geeignet.

Es wird daher zu Recht abgelehnt, die „Erzwingbarkeit“ als Begriffsmerkmal des Rechtssatzes anzusehen.⁶¹

b) Seine Ursache?

Für die Abgrenzung der Rechtssätze von Sollenssätzen anderer Art kann es aber auch nicht darauf ankommen, wer Urheber dieser Sätze ist, ob sie von ihren Adressaten selbst („autonom“) oder von einem anderen Subjekt, insbesondere von einem Hoheits-

⁵⁹ Darauf, dass es ein „offenbarer Widerspruch“ ist, menschliches Verhalten einerseits vom „zwanghaften Müssen“ der Natur auszunehmen, um es dann andererseits für „erzwingbar“ zu halten, weist z. B. *Ernst Rudolf Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Band I, Freiburg/Leipzig 1894 (Neudruck 1964), S. 50 f. hin.

⁶⁰ Aus diesem Grund scheint mir auch die Auffassung *Kelsens* in sich nicht stimmig zu sein. Denn wenn *Kelsen* das Recht einerseits als Zwangsordnung auffasst in dem Sinne, dass es Zwangsakte „als Folgen der von ihm bestimmten Bedingungen“ statuiert, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre (FN 20), S. 37, so dass Zwangsakte „als Reaktion auf ein von der Rechtsordnung bestimmtes Verhalten“ auftreten würden (S. 36), er andererseits aber annimmt, Adressat der Sollenssätze sei nicht der Einzelne, sondern der Staat und „gesollt“ sei die Sanktion (S. 26), so fragt sich, welche Zwangsakte als Reaktion statuiert werden, wenn sich der *Staat* nicht in der von der Rechtsordnung als „gesollt“ bestimmten Weise verhält.

⁶¹ Vgl. z. B. *Alexy*, Theorie der Grundrechte (FN 23), S. 168 Fn. 32; *Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959, S. 203 f.; *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1997, S. 150; *Radbruch*, Rechtsphilosophie (FN 30), S. 50.

träger (und damit „heteronom“) gesetzt wurden.⁶² Auch hier wird wieder versucht, das Wesen eines Sollenssatzes mit Hilfe eines Seinssatzes (des Satzes betreffend den Urheber des Sollenssatzes) zu ergründen. Indes kann das den Rechtssatz von Sollenssätzen anderer Art unterscheidende (artspezifische) Merkmal nicht in Ereignissen begründet sein, die *außerhalb* des Satzes liegen.

Dass es nicht darauf ankommen kann, durch wen der Satz in die Welt gesetzt, also „verursacht“ worden ist, zeigt sich auch daran, dass sich eine Verursachung nicht denken lässt, ohne den Gedanken des Verursachten bereits zu haben, weshalb die Frage nach der *Entstehung* von Rechtssätzen die Beantwortung der Frage nach ihrem *Wesen* (und damit nach dem sie von Sollenssätzen anderer Art unterscheidenden Merkmal) zur logischen Voraussetzung hat.

Den Versuch, die Klarlegung eines formalen Begriffes mit einer kausalen Fragestellung zu versuchen, hat *Rudolf Stammler* daher zu recht als verfehlt bezeichnet⁶³: Es sei dies die Verwechslung der „systematischen“ mit der „genetischen“ Frage, welche „eine Gefahr für klares Denken“ in sich berge.⁶⁴ Als „systematisch“ begreift er die Frage nach dem (unveränderlichen) *Wesen* eines Gegenstandes, d. h. nach der Einheit der Bedingungen, unter denen wir diesen Gegenstand stets übereinstimmend begreifen, als „genetisch“ dagegen die Frage nach dem *Werden* dieses Gegenstandes, also nach seiner Entstehung und Veränderung. Während die systematische Frage auch für sich allein beantwortet werden könne, setze die Beantwortung der genetischen die Beantwortung der systematischen notwendigerweise voraus. „Denn wenn wir nicht innerhalb des Gegenstandes der genetischen Betrachtung etwas Bleibendes und Unwandelbares hätten, so könnten wir ja nicht davon handeln, dass gerade er aufkomme und sich verändere“.⁶⁵ Deshalb sei die systematische Erkenntnis die logische Bedingung der genetischen⁶⁶: Letztere könne ohne erstere nicht gewonnen, der Gedanke der Veränderung ohne den des (unveränderlichen) Wesens gar nicht gedacht werden.⁶⁷

Das artbildende Merkmal des Rechtssatzes muss daher unabhängig davon sein, wer diesen Satz gesetzt hat.

⁶² Zu dieser Unterscheidung und den gegen sie sprechenden Bedenken siehe *Geddert*, *Recht und Moral* (FN 26), S. 104 ff. und 118 ff.

⁶³ *Rudolf Stammler*, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Halle 1923 (Neudruck Aalen 1970), S. 43.

⁶⁴ *Stammler*, *Theorie der Rechtswissenschaft* (FN 63), S. 24.

⁶⁵ *Stammler*, a. a. O., S. 24 f.

⁶⁶ *Stammler*, a. a. O., S. 25.

⁶⁷ Vgl. *Stammler* a. a. O. sowie S. 43 ff.

Die verschiedenen Anerkennungstheorien, nach denen sich die Rechtsnormen von allen anderen Normen dadurch unterscheiden, dass sie von in Gemeinschaft lebenden Menschen als Norm und Regel des äußeren Verhaltens (individuell oder generell) anerkannt und damit autonom gesetzt sind,⁶⁸ sind folglich genauso abzulehnen wie jene Theorie, nach welcher Rechtssätze dadurch gekennzeichnet sind, dass sie von einem Souverän gesetzt werden⁶⁹.

Abzulehnen sind ferner jene Theorien, die darauf abstellen, ob die Norm im Großen und Ganzen tatsächlich befolgt wird⁷⁰. Denn genauso wenig, wie sich aus der Ursache eines Satzes auf dessen Wesen schließen lässt, gibt seine (tatsächliche) Wirkung hierüber Auskunft.

c) Seine Geltung?

Dies gilt selbst dann, wenn nicht auf die tatsächliche, sondern auf die rechtliche Wirkung des Satzes abgestellt wird, „Verbindlichkeit“ also nicht im Sinne faktischer, sondern im Sinne *rechtlicher* Wirksamkeit („Gültigkeit“) aufgefasst wird:

„Gültigkeit“ kommt – wie „Wahrheit“ – nur als eine Eigenschaft von *Sätzen* in Betracht. Vom methodischen Standpunkt aus müssen daher die Sätze, die über *andere* Sätze ein Urteil treffen (indem sie ihnen das Prädikat „gültig“ oder „wahr“ zu- oder abordnen), von diesen anderen Sätzen, die – als (Satz-) Subjekt des urteilenden Satzes – das Objekt (den Gegenstand) der Beurteilung bilden, unterschieden werden.⁷¹

Wird also angenommen, „Rechtssatz“ sei jeder Sollenssatz, der gültig ist, bildet die mit dem Begriff „gültig“ verbundene Vorstellung das Prädikat eines Satzes, als dessen Subjekt wiederum *der* Satz fungiert, dem dieses Prädikat zugeordnet wird. Ein Prädi-

⁶⁸ Vgl. z. B. *Ernst Rudolf Bierling*, Juristische Prinzipienlehre (FN 59), S. 19; *Julius H. v. Kirchmann*, Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral als Einleitung in das Studium rechtsphilosophischer Werke, 2. Aufl., Berlin 1873, S. 48. Umfassend zu den verschiedenen Anerkennungstheorien: *Walter Ott*, Der Rechtspositivismus, 2. Aufl., Berlin 1992, § 6.

⁶⁹ So z. B. *John Austin*, Lectures on Jurisprudence or The Philosophie of Positive Law, Bd. 2, 4. Aufl., London 1873, S. 687.

⁷⁰ So z. B. *Roland Dubischar*, Einführung in die Rechtstheorie, Darmstadt 1983, S. 98 ff. Zu den verschiedenen Spielarten des „Rechtsrealismus“ siehe auch *Ott* (FN 68), § 7.

⁷¹ Diese Unterscheidung entspricht der gängigen Unterscheidung zwischen der Objektsprache und der Metasprache, vgl. z. B. *Wilhelm K. Essler*, Einführung in die Logik, 2. Aufl., Stuttgart 1969, S. 16; *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie (FN 6), 12.1. Missverständnisse entstehen allerdings, wenn der Unterschied zwischen „Objektsprache“ und „Metasprache“ nicht darin gesehen wird, dass es sich bei der „Objektsprache“ um jene Sprache handelt, die ihrerseits Objekt sprachlicher Untersuchung ist, sondern wenn „Objektsprache“ als die Sprache aufgefasst wird, in der über „Objekte“ gesprochen wird, vgl. *Kuno Lorenz*, in: *Mittelstraß* (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie (FN 4), Stichwort „Objektsprache“; denn dadurch wird der Eindruck erweckt, sprachliche Gegenstände (Sätze, Begriffe) könnten keine „Objekte“ sein, über die gesprochen wird. Bei der Erfassung von Rechtssätzen wird ebenfalls unterschieden zwischen Objekt- und Metasprache, vgl. *Rolf Wank*, Rechtstheorie 13 (1982), 465 ff.

kat aber sagt – vom Ausnahmefall jener Sätze abgesehen, mit deren Hilfe wir „definieren“ und bei denen daher das Prädikat (das Definiens) die Wesensmerkmale des Subjekts (des Definiendums) angibt – nichts aus über das Wesen jenes Gegenstandes, der die Position des Satzsubjekts besetzt. Artbestimmendes Merkmal des Rechtssatzes wäre die „Gültigkeit“ daher nur dann, wenn sich mit Hilfe dieses Prädikats das Wesen des Rechtssatzes erfassen ließe. Dies jedoch ist nicht der Fall; denn die durch den Begriff „Satz“ bestimmte Vorstellung ist gegenüber der durch den Begriff „gültig“ bestimmten Vorstellung logisch vorrangig: Sie ist das logische *prius*, weil etwas überhaupt erst als „Satz“ erkannt sein muss (was die Bestimmung seines Wesens voraussetzt), bevor über seine „Gültigkeit“ nachgedacht werden kann.

Der Begriff des Rechtssatzes, insbesondere der der Rechtsnorm⁷², darf daher nicht so definiert werden, dass er „Gültigkeit“ schon voraussetzt.⁷³ „So wie es möglich ist, ‚einen Gedanken auszudrücken, ohne ihn als wahr hinzustellen‘ so muß es möglich sein, eine Norm auszudrücken, ohne sie als geltend einzustufen“.⁷⁴

Dieser Erkenntnis entspricht die Erfahrung, nach der es gültige und ungültige Rechtssätze gibt, was nicht möglich wäre, stellte die Gültigkeit bereits ein Begriffsmerkmal des Rechtssatzes dar.

d) Sein Inhalt

Das Wesen des Rechtssatzes lässt sich nur dann erkennen, wenn der Satz als solcher einer näheren Betrachtung unterzogen wird. Da sich der Rechtssatz von Sollenssätzen anderer Art nicht der Form nach unterscheidet (in beiden Fällen werden Subjekt und Prädikat durch die Kopula „sollen“ miteinander verknüpft), bleibt als möglicher Ansatzpunkt, wie oben schon angedeutet, allein der Inhalt des Satzes. Dieser Inhalt lässt sich in zwei Teile zerlegen: In den Inhalt des Subjektsbegriffs (bzw. -satzes) und den des Prädikatsbegriffs (bzw. -satzes).

aa) Der Inhalt des Subjektsbegriffs?

Wie oben dargelegt, wird die Position des Satzsubjekts besetzt von jenem Denkinhalt, dem ein anderer zugeordnet wird. Was jeweils Denkinhalt ist, spielt grundsätzlich keine Rolle. Ist Gegenstand des Prädikats aber ein „Handeln“, also eine *willentliche* Bewegung und wird diese über die Kopula „sollen“ zugeordnet, kommt als Subjekt

⁷² Zur unterschiedlichen Terminologie siehe oben, Fn. 52.

⁷³ Alexy, Theorie der Grundrechte (FN 23), S. 47.

⁷⁴ Alexy a. a. O.

eines *sinnvollen* Sollenssatzes nur eine „Person“, d. h. ein zur Willensbildung und – betätigung grundsätzlich *befähigtes* Wesen in Betracht (wobei es keine Rolle spielt, ob diese Befähigung von Natur aus oder z. B. kraft rechtlicher Organisationsregeln gegeben ist). Zwar wäre der Satz grammatikalisch auch dann richtig, wenn die Position des Satzsubjekts von einem Denkinhalt anderer Art besetzt würde (der Subjektsbegriff z. B. für ein Tier oder einen leblosen Gegenstand stünde), doch kommt, wie oben dargelegt, als Gegenstand eines *verbindlichen* Sollenssatzes nur ein solches Verhältnis in Betracht, das weder unmöglich noch notwendig so ist, wie es durch den Satz bestimmt wird. Da dies nach oben Dargelegtem nur auf menschliches Verhalten, d.h. das Verhalten von (natürlichen oder rechtlichen) Personen zutrifft, kann ein Satz, dessen Prädikatsbegriff (oder –satz) für ein bestimmtes *Handeln* steht, nur dann verbindlich sein, wenn der Subjektsbegriff (oder –satz) für eine solche *Person* steht. Entsprechendes gilt, wenn das Prädikat des Satzes das *Vermögen* zu bestimmtem Handeln zum Gegenstand hat.

Bezüglich des Inhalts des *Subjektsbegriffs* dürfte folglich kein Unterschied bestehen zwischen einem *Rechtssatz* und einem Sollenssatz anderer Art.

Nun wird aber zum Teil angenommen, es sei der „Tatbestand“, dem der Rechtssatz Rechtsfolgen zuordne.⁷⁵ Dieser bilde das (Satz-) Subjekt des (vollständigen) Rechtssatzes.⁷⁶ Indes widerspricht diese Annahme der Tatsache, dass Rechte oder Pflichten nur *Personen* (natürlichen oder juristischen), nicht aber Tatbeständen zugeordnet werden können (zumal es „Tatbestände“ nicht bei allen, sondern nur bei konditional strukturierten Rechtssätzen gibt⁷⁷). Ob diese Person durch einen *Subjektsbegriff* oder durch einen *Subjektssatz* bestimmt wird, spielt hingegen keine Rolle, ebensowenig die Frage, ob sie generell oder individuell bestimmt wird. Dass die Position des Satzsubjekts durch einen Gliedsatz besetzt wird, der einen ganzen Sachverhalt („Tatbestand“) beschreibt, ändert daher nichts daran, dass die durch den Rechtssatz begründete Rechtsfolge (z. B. die Pflicht zur Leistung von Schadensersatz) nicht diesem Sachverhalt, sondern der *Person* zugeordnet wird, auf die der bestimmte Sachverhalt zutrifft, die also sämtliche in dem Tatbestand genannten Merkmale (wie z. B. die fahrlässige und widerrechtliche Verletzung fremden Eigentums) erfüllt.

⁷⁵ Vgl. z. B. *Engisch*, Einführung (FN 52), S. 35; *Larenz*, Methodenlehre (FN 24), S. 251; *Rüthers*, Rechtslehre (FN 52), Rdn. 130.

⁷⁶ *Larenz*, Methodenlehre, 1. Auflage, Berlin 1960, S. 149.

⁷⁷ Final strukturierte Normen finden sich nicht nur im Planungsrecht, vgl. z. B. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (FN 17), § 7 Rdn. 63, sondern in Gestalt von „Prinzipien“ bzw. „Richtlinien“ auch im Verfassungs- und EG-Recht.

Festzuhalten ist, dass als Subjekt eines verbindlichen Sollenssatzes nur eine *Person* in Betracht kommt.

Folglich lässt sich bezüglich des Inhalts des *Subjektsbegriffs* (bzw. –satzes) zwischen *Rechtssätzen* und *Sollensätzen anderer Art* kein Unterschied ausmachen.

Bleibt als mögliches Unterscheidungskriterium nur noch der Inhalt des *Prädikatsbegriffs* (bzw. –satzes):

bb) Der Inhalt des Prädikatsbegriffs

(1) Ein Handeln (Tun oder Unterlassen), das als „gesollt“ bestimmt wird?

Folgt man allerdings der Imperativentheorie, besteht auch hinsichtlich des Inhalts des *Prädikatsbegriffs* (bzw. –satzes) *kein* Unterschied: Nach der Imperativentheorie sind (vollständige) Rechtssätze „Imperative“, d. h. Sätze, die ein bestimmtes Verhalten befehlen.⁷⁸ Nur vermittelt solcher Imperative würden subjektive Rechte gewährt.⁷⁹ Die Rechtspflichten seien rechtslogisch vorrangig⁸⁰ und das „Dürfen“ sei als normlogische Funktion von Imperativen aufzufassen⁸¹. Der Imperativentheorie zufolge wird durch jeden (vollständigen) Rechtssatz ein bestimmtes Handeln (Tun oder Unterlassen) befohlen und dadurch zum Gegenstand einer Pflicht gemacht.

Auch *Hans Kelsen*, der die Imperativentheorie an sich ablehnt, nimmt an, dass „Rechtssatz“ nur ein verpflichtender Satz sein könne.⁸² Erst durch Statuierung einer Rechtspflicht gelange das subjektive Recht zur Entstehung;⁸³ das Recht sei bloß ein „Reflex“ der Pflicht.⁸⁴

Dementsprechend werden die den grammatischen Sätzen des Gesetzbuchs entnommenen Ver- und Gebote als die „eigentlichen Sinnträger“ der Rechtsordnung angesehen⁸⁵ (wobei jedoch zwischen Ver- und Gebot kein *struktureller*, sondern bloß ein *sprachli-*

⁷⁸ Vgl. *August Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht (FN 54), S. 8 und S. 178 ff.; *Engisch*, Einführung (FN 52), S. 19 f.; *Rüthers*, Rechtstheorie (FN 52), Rdn. 118. Ob Befehle darüber hinaus dadurch gekennzeichnet sind, dass sie mit einer Übelsandrohung verbunden sind (so z. B. *John Austin*, *The Province of Jurisprudence Determined*, Nachdruck 1955, S. 14 ff.) kann hier dahin stehen, weil die Übelsandrohung durch einen *Seinssatz* erfolgt, es hier aber allein um den Inhalt des *Sollenssatzes* geht.

⁷⁹ *Engisch*, Einführung (FN 52), S. 26 Fußnote 26.

⁸⁰ *Jürgen Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977, S. 13

⁸¹ *Schwabe*, a. a. O., S. 44.

⁸² *Kelsen*, Hauptprobleme (FN 26), S. 238 Fn. 1 sowie S. 311.

⁸³ *Kelsen*, Hauptprobleme (FN 26), S. 312.

⁸⁴ *Kelsen*, Reine Rechtslehre (FN 20), S. 133. Auch andere sind der Auffassung, dass Rechtssätze primär Rechtspflichten schaffen, vgl. z. B. *H. L. A. Hart*, *The Concept of Law*, Oxford 1961, S. 237.

⁸⁵ *Engisch*, Einführung (FN 52), S. 21.

cher Unterschied angenommen wird, je nach dem, ob „die Handlung oder ihr kontradiktorisches Gegenteil, die Unterlassung“ gesollt sei)⁸⁶.

Diesen Auffassungen zufolge hat das Prädikat eines jeden (vollständigen) Rechtssatzes ein bestimmtes *Handeln* (Tun oder Unterlassen) zum Gegenstand.

Ein Prädikat dieser Art weisen aber auch die anderen Sollenssätze auf. Zwar wird der Unterschied zwischen Recht und Moral häufig mit den Schlagworten „Äußerlichkeit“ und „Innerlichkeit“ beschrieben, weil die Sätze der Moral anders als die des Rechts nicht auf ein „äußeres“, sondern auf ein „inneres“ Verhalten, nämlich auf die Gewinnung der richtigen Gesinnung gerichtet seien,⁸⁷ doch genügt auch *moralischen* Anforderungen nicht, wer dem guten Willen keine gute Tat folgen lässt.⁸⁸ Die Sätze der Moral sind damit zwar nicht nur, aber *auch* auf ein „äußeres“ Verhalten gerichtet. Entsprechendes gilt für sittliche Normen. Es wird daher auch durch jene Sollenssätze, die *nicht* Rechtssatz sind, ein Handeln als „gesollt“ bestimmt.

Nach der Imperativentheorie lässt sich somit zwischen dem Inhalt eines Rechtssatzes und dem eines Sollenssatzes anderer Art kein Unterschied ausmachen: Immer hätte das Prädikat des Satzes ein (abstrakt oder konkret) bestimmtes *Handeln* (ein Tun oder Unterlassen) zum Gegenstand und das Satzsubjekt eine (allgemein oder individuell) bestimmte *Person*.

Es ist jedoch fraglich, ob der Inhalt des Rechtssatzes durch die Imperativentheorie richtig erkannt ist.⁸⁹ Nach ihr – ebenso wie nach der Auffassung *Hans Kelsens* – werden durch Rechtssätze nur Pflichten begründet, während das *Recht* – in Anlehnung an eine bildhafte Formulierung *Karl Bindings*⁹⁰ – nichts weiter wäre als ein Loch im Zentrum eines Netzes von Pflichten.

Diese Umwandlung des Rechtssatzes in einen „Pflichtsatz“ und die damit einherge-

⁸⁶ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (FN 26), S. 669; vgl. auch *Geddert*, Recht und Moral (FN 26), S. 162; für die Annahme eines strukturellen Unterschieds zwischen Verbots- und Gebotsnormen dagegen *Bierling*, Prinzipienlehre (FN 59), S. 74 ff.; *Lothar Philipps*, in: *Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann*, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., Heidelberg 2004, S. 320 ff. und *Alfred Stephan*, Die Unterlassungsklage, München 1908, S. 30.

⁸⁷ Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie (FN 30), S. 41 ff.

⁸⁸ Vgl. *Höffe*, in: neue hefte für philosophie, Heft 17, S. 19 f.; *Radbruch*, Rechtsphilosophie (FN 30), S. 42; *Kaufmann*, Rechtsphilosophie (FN 61), S. 219; *Heinrich Henkel*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1977, § 8 III, S. 79 f.

⁸⁹ Kritisch z. B. *Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey*, AT I/1 (FN 61), S. 200; *Kaufmann*, Rechtsphilosophie (FN 61), S. 99; *Larenz*, Methodenlehre (FN 24), S. 253 ff.; *Michael Sachs*, in: *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988, S. 479 f.; z.T. wird der Streit zwischen Imperativen- und Erlaubnisnormtheorie aber auch für fruchtlos gehalten, vgl. *Jürgen Schmidt*, Nochmals: Zur „formalen Struktur“ der „subjektiven Rechte“, in: *Rechtstheorie* 10 (1979), S. 171 ff.

⁹⁰ *Karl Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Band I, München 1915, S. 539.

hende Annahme, die Pflicht sei gegenüber dem Recht logisch vorrangig,⁹¹ wird jedoch nicht unwidersprochen hingenommen. Unter anderem werden folgende Einwände erhoben: Die Imperativentheorie sei unfähig zu erklären, warum gewisse Sätze der Rechtsordnung nur berechtigten und nicht verpflichteten;⁹² sie übersehe, dass die „Gewährung“, d. h. die Zuordnung von Befugnissen, den mit der Gewährung verbundenen Geboten begrifflich (nicht zeitlich) vorausgehe⁹³ und dass in dem Gedanken des „Rechts“ der Gedanke der Verpflichtung und der Abwehr des „Unrechts“ bereits mitgedacht sei⁹⁴.

Insbesondere *Karl Larenz* hat es abgelehnt, das Recht als bloßen Reflex der Pflicht hinzustellen und ihm damit eine nur untergeordnete Bedeutung zuzuschreiben. Er meint, die Zuweisung einer Sache zum rechtlichen Eigenbereich des Eigentümers und das an alle gerichtete Verbot der Verletzung des Eigentums – das man auch positiv als das an alle gerichtete Gebot bezeichnen könne, den Eigentümer in seiner Eigensphäre zu achten –, seien „gleich notwendige“ Elemente des Eigentumsbegriffs.⁹⁵ Man könne nicht das eine auf das andere zurückführen und damit zum Verschwinden bringen.⁹⁶

Aus der Kritik an der Imperativentheorie hat sich die Lehre vom Bestimmungssatz entwickelt:

(2) Etwas, das als „seinsollend“ bestimmt wird

(a) Die Lehre vom Bestimmungssatz

Diese vor allem von *Karl Larenz* befürwortete Lehre beruht auf einer Untersuchung *Adolf Reinachs* zu den apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts aus dem Jahr 1913⁹⁷. Danach besteht das entscheidende Merkmal des Rechtssatzes darin, „Bestimmungssatz“ zu sein.⁹⁸ „Bestimmungen“ wiederum seien etwas anderes als Befehle⁹⁹: Während sich ein Befehl an andere Personen richte und von diesen ein bestimmtes

⁹¹ Vgl. *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik (FN 80), S. 13.

⁹² Vgl. z. B. *Kaufmann*, Rechtsphilosophie (FN 61), S. 99; *Alexy*, Theorie der Grundrechte (FN 23), S. 207 f.

⁹³ *Enneccerus/Nipperdey*, AT I/1 (FN 61), S. 200.

⁹⁴ *Karl Larenz*, Der Rechtssatz als Bestimmungssatz, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1969, S. 150 ff. (S. 159).

⁹⁵ *Larenz*, Methodenlehre (FN 24), S. 254.

⁹⁶ *Larenz*, a. a. O., S. 254

⁹⁷ Im Jahr 1953 unter dem Titel „Zur Phänomenologie des Rechts“ posthum neu veröffentlicht.

⁹⁸ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre (FN 24), S. 256 f. und in: FS Engisch (FN 94), S. 150 ff.

⁹⁹ Da der „Bestimmungssatz“ sonach ein Satz *anderer* Art ist als der „Imperativsatz“, darf diese Lehre nicht verwechselt werden mit der vor allem von Strafrechtslehrern vertretenen Auffassung, nach welcher sich die Rechtsnormen in Bestimmungs- und Bewertungsnormen einteilen lassen; denn nach jener Auffassung steht der Begriff „Bestimmungsnorm“ für all jene Normen, die einen Imperativ begründen, vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie (FN 30), S. 45; *Engisch*, Einführung (FN 52), S. 26 ff.; *Philipps*, in: *Kaufmann/Hassemer/Neumann*, Einführung (FN 86), S. 324.

Verhalten verlange, nehme die Bestimmung nicht notwendigerweise das Verhalten einer anderen Person in ihren Inhalt auf, sondern gehe ganz allgemein darauf aus, dass irgendetwas sein solle. In ihr werde „etwas als sein-sollend gesetzt“,¹⁰⁰ auf dessen Realisation sie abziele,¹⁰¹ weshalb – dieser Gedanke ist uns oben schon begegnet – sinnvollerweise niemals etwas als Inhalt einer Bestimmung fungieren könne, dessen Sein *a priori* notwendig oder *a priori* unmöglich sei.¹⁰²

Was allerdings als „sein-sollend“ gesetzt wird – darüber gibt diese Lehre keine Auskunft. Es heißt nur allgemein, dass der Inhalt der Bestimmung als sein-sollend gesetzt werde.¹⁰³ Nur einmal nennt *Reinach* als möglichen Gegenstand einer solchen Bestimmung die „Macht“, rechtliche Wirkungen in der Person eines anderen zu erzeugen.¹⁰⁴ Dass dieser Frage nach dem *Gegenstand* des als „sein-sollend“ Bestimmten nicht näher nachgegangen wird, erweist sich als Fehler, der letztendlich zur Ablehnung dieser Lehre führen muss.

Denn anstatt sich näher mit dem Gegenstand der Bestimmung zu befassen, schwenkt die Lehre vom Bestimmungssatz auf einmal um auf die *Wirkung* der Bestimmung: Der Gegensatz zu Sätzen anderer Art bestünde darin, dass die Bestimmung zu den „wirksamen“ Akten, d. h. zu solchen Akten zähle, die durch ihren Vollzug in der Welt eine Veränderung bewirken wollten und eventuell bewirkten.¹⁰⁵ Anders als beim Befehl sei jedoch die von der Bestimmung intendierte, unmittelbare Folge nicht ein ihr entsprechendes tatsächliches Verhalten anderer, sondern die „Geltung des Bestimmten“.¹⁰⁶ Die Bestimmung möge zwar letzten Endes auch dem Ziele dienen, das Verhalten anderer zu beeinflussen; unmittelbar richte sie sich aber nur darauf, dass das Bestimmte fortan gelten, rechtens maßgeblich sein solle.¹⁰⁷

„Bestimmungssätze“ bilden dieser Auffassung zufolge – neben Aussage- und Befehlsätzen (Imperativen) – eine „weitere Klasse von Sätzen“,¹⁰⁸ deren Sinn darin bestehe, Rechtsfolgen in Geltung zu setzen.¹⁰⁹

¹⁰⁰ *Adolf Reinach*, Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Neuausgabe 1953, S. 174; *Larenz*, Methodenlehre (FN 24), S. 256.

¹⁰¹ *Reinach*, Zur Phänomenologie des Rechts (FN 100), S. 175.

¹⁰² *Reinach* a. a. O.

¹⁰³ *Reinach*, a. a. O., S. 186.

¹⁰⁴ Vgl. *Reinach*, a. a. O., S. 178 f.

¹⁰⁵ *Reinach*, a. a. O., S. 175.

¹⁰⁶ *Larenz*, in: FS Engisch (FN 94), S. 155.

¹⁰⁷ *Larenz*, in: FS Engisch (FN 94), S. 157.

¹⁰⁸ *Larenz*, Methodenlehre (FN 24), S. 257; *Gerhart Husserl*, Negatives Sollen im Bürgerlichen Recht, in: ders., Recht und Welt, Frankfurt a. M. 1964, S. 115 ff. (S. 118 f.).

¹⁰⁹ *Larenz*, in: FS Engisch (FN 94), S. 160. Trotz Verweises auf *Larenz* weicht *Rüthers* von dessen Lehre ab; denn nach *Rüthers* Auffassung unterscheidet sich der Bestimmungssatz vom Befehlssatz nur durch seine grammatische Erscheinungsform: Er sei nach einem konditionalen Schema aufgebaut und

(b) Stellungnahme

Dem Ausgangspunkt dieser Theorie, dass das spezifische Merkmal der Rechtssätze darin besteht, etwas als „sein-sollend“ zu bestimmen (nämlich ein *Handelnkönnen*), kann nur zugestimmt werden.¹¹⁰

Abzulehnen ist aber die Annahme, hieraus resultiere eine Dreiteilung der Sätze in Aussagesätze, Befehlssätze und Bestimmungssätze; denn ein Sollenssatz bleibt ein Sollenssatz auch dann, wenn das Prädikat, das über die Kopula „sollen“ dem Satzsubjekt zugeordnet wird, nicht ein *Handeln* (Tun oder Unterlassen), sondern etwas anderes zum Gegenstand hat und sich dieses Andere nicht – wie ein Handeln – als „gesollt“, sondern nur als „seinsollend“ bestimmen lässt: Da die *Form*, in welcher Satzsubjekt und Prädikat miteinander verknüpft werden, unabhängig von deren Inhalt ist, bilden Sätze, bei denen der Prädikatsbegriff (bzw. –satz) nicht ein Handeln, sondern einen *Zustand* vorstellt, keine dritte Klasse von Sätzen, sondern zählen, je nach dem, wie dieses Prädikat mit dem Satzsubjekt verknüpft ist, entweder zu den Seins- oder zu den Sollenssätzen.

Die Annahme, „Bestimmungssätze“ bildeten eine dritte Klasse von Sätzen ist daher abzulehnen.

Ferner lässt sich, wie bereits dargelegt wurde, das Wesen eines Satzes *nicht* mit dessen Geltung begründen, weil „Geltung“ (genauso wie „Wahrheit“) zwar mögliches, nicht aber notwendiges Prädikat eines Satzes ist. Deswegen ist es methodisch unzulässig, die Gültigkeit eines Satzes in dessen Definition aufzunehmen.

Nichts anderes aber geschieht, wenn die Lehre vom Bestimmungssatz in Abkehr von ihrer Ausgangsposition, nach welcher der Bestimmungssatz dadurch gekennzeichnet ist, dass er etwas als „sein-sollend“ bestimmt, den Bestimmungssatz auf einmal definiert als einen Satz, der eine Rechtsfolge in Geltung setze¹¹¹; denn nun ist es nicht mehr der *Inhalt* der Bestimmung, welcher den Ausschlag gibt, sondern deren (rechtliche) *Wirkung*: die „Geltung“ des Bestimmten. Da aber die Rechtssatzqualität eines Satzes nicht von dessen Geltung abhängen kann, weil dann nur die geltende, d. h. eine Rechtswirkung *erzeugende* Bestimmung „Rechtssatz“ wäre, stellt auch die Lehre vom Bestimmungssatz letztendlich nicht darauf ab, ob eine solche Rechtswirkung erzeugt wird, sondern nur noch darauf, ob darin der Sinn der Bestimmung bestehe: Rechtssät-

verknüpfe bestimmte Tatbestände mit verbindlich angeordneten Rechtsfolgen, vgl. *Rüthers*, Rechtstheorie (FN 52), Rdn. 113 ff.

¹¹⁰ Siehe sogleich unter V 2a.

¹¹¹ Vgl. *Larenz*, in: FS Engisch (FN 94), S. 157.

ze seien Bestimmungssätze, die den Sinn hätten, Rechtsfolgen in Geltung zu setzen.¹¹² So gewendet bringt die Lehre vom Bestimmungssatz jedoch keinen Erkenntnisgewinn; denn um zu dem Schluss zu gelangen, dass Rechtssätze Sätze sind, die den Sinn haben, Rechtsfolgen in Geltung zu setzen, bedarf es nicht des Umwegs über den „Bestimmungssatz“. Vielmehr lässt sich eine solche Folgerung schon aus dem Begriff „*Rechtssatz*“ ableiten. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um die gesuchte *Definition*, weil das Definiens („Satz, der den Sinn hat, eine Rechtsfolge in Geltung zu setzen“) einen Begriff enthält, der auch im Definiendum („*Rechtssatz*“) vorkommt, nämlich den Begriff „*Recht*“. Die Annahme, dass Rechtssätze Bestimmungssätze seien, die den Sinn hätten, Rechtsfolgen in Geltung zu setzen, ist daher ein Zirkelschluss: Er führt im Kreis, weil er das zu Bestimmende durch sich selbst zu bestimmen sucht. Damit zeigt sich erneut, dass dem Versuch, das Wesen des Rechtssatzes anhand seiner (Rechts-) *Wirkung* zu bestimmen, kein Erfolg beschieden ist.

Deswegen möchte ich zu dem Ausgangspunkt der Lehre vom Bestimmungssatz zurückkehren, wonach das Kennzeichen der Rechtssätze darin besteht, etwas als „*seinsollend*“ zu bestimmen. Kernpunkt der Untersuchung muss die Frage bilden, worin dieses Etwas besteht, das als „*seinsollend*“ bestimmt, d. h. als Gegenstand des *Prädikats* des Satzes über die Kopula „*sollen*“ dem Satzsubjekt zugeordnet wird. Folglich ist das Augenmerk auf das *Prädikat* des Rechtssatzes zu richten: Unterscheidet sich dieses seinem Inhalt nach von den Prädikaten jener Sollenssätze, die *nicht* Rechtssatz sind?

2. Der Inhalt des Prädikatsbegriffs

a) *Primär: Das Vermögen zu bestimmtem Handeln*

Bisher ist immer angenommen worden, das Prädikat eines jeden vollständigen Rechtssatzes habe ein *Handeln* (Tun oder Unterlassen) zum Gegenstand. Dieses Handeln werde durch den Rechtssatz als „*gesollt*“ bestimmt und dadurch zum Gegenstand einer Pflicht gemacht. Möglicherweise ist aber die Pflicht gar nicht der richtige Ansatzpunkt, um das Wesen des Rechtssatzes zu erfassen; denn immerhin nennen wir diese Art von Sollenssätzen nicht „*Pflichtsatz*“, sondern „*Rechtssatz*“. Die hierin enthaltene Verbindung der Begriffe „*Satz*“ und „*Recht*“ deutet darauf hin, dass das spezifische Merkmal dieser Art von Sollenssätzen mit dem „*Recht*“ zu tun hat. Aber was ist „*Recht*“?

¹¹² Larenz, in: FS Engisch (FN 94), S. 160.

Darüber streiten die Gelehrten seit Menschengedenken, ohne dass es bisher gelungen ist, eine allseits anerkannte Definition zu finden.

aa) Das Prädikat der auf die Begründung *subjektiven* Rechts gerichteten Sätze

Deswegen wird nachfolgend an den Begriff des *subjektiven* Rechts angeknüpft, das nach der heute immer noch gängigen Auffassung in seinem Kern als eine dem Einzelnen zugewiesene „Willensmacht“ beschrieben wird¹¹³.

Zerlegt man diesen Begriff in seine beiden Bestandteile „Macht“ und „Willen“, lässt er sich umschreiben als das Vermögen einer Person, durch entsprechendes Handeln (Tun oder bewusstes Unterlassen eines dem Kausalverlauf entgegenwirkenden Tuns) eine von *ihr* bestimmte (tatsächliche oder rechtliche) Wirkung eintreten zu lassen.

Wenn nun der Rechtssatz ein Satz ist, der auf die Begründung von Recht gerichtet ist und sich zumindest das subjektive Recht als eine dem Berechtigten zugewiesene „Willensmacht“ auffassen lässt, könnte dasjenige, was durch einen auf die Begründung eines subjektiven Rechts gerichteten Rechtssatz als „seinsollend“ bestimmt wird, eben diese *Willensmacht* sein. Dasjenige, was über die Kopula „sollen“ dem Subjekt des Satzes zugeordnet würde, wäre dann nicht ein bestimmtes Handeln, sondern das *Vermögen* zu bestimmtem Handeln: Das Vermögen des Subjekts, eine von *ihm* bestimmte (tatsächliche oder rechtliche) Wirkung herbeizuführen. Durch einen rechtsbegründenden Satz würde dann nicht bestimmt, welches Subjekt wie handeln soll, sondern bestimmt würde, welches Subjekt wie handeln *können* soll.

(1) Das Prädikat der *Grundrechte* begründenden Sätze

Für die Annahme, dass jedenfalls bei den auf die Begründung subjektiven Rechts gerichteten Sätzen das Prädikat des Satzes nicht ein Handeln, sondern ein *Handelnkönnen* zum Inhalt hat, spricht die Fassung der obersten Sätze unserer Rechtsordnung: Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG bestimmt, dass die Würde des Menschen unantastbar ist. Was dem Wortlaut nach („ist“) wie ein Seinsatz klingt, ist seiner Funktion nach ein Sollenssatz; denn die im nächsten Satz folgende Verpflichtung aller staatlichen Gewalt zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde wäre überflüssig, ließe sich diese gar nicht antasten. Die „Feststellung“ der Unantastbarkeit ist daher nicht als Seinsatz, sondern als nachdrücklichste Anmahnung eines Sollens zu verstehen,¹¹⁴ die

¹¹³ Vgl. z. B. *Hans Brox*, Allgemeiner Teil des BGB, 27. Aufl., Köln u.a. 2003, Rdn. 617; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (FN 52), § 14 Rdn. 11; *Manfred Rehbinder*, Einführung (FN 26), S. 103.

sondern als nachdrücklichste Anmahnung eines Sollens zu verstehen,¹¹⁴ die jedwede Form der Relativierung, insbesondere die Einbeziehung der Menschenwürde in den bei Grundrechten sonst üblichen Abwägungsprozess, ausschließt.¹¹⁵

Indem nun der erste und oberste Satz unserer Rechtsordnung anordnet, dass die Würde des Menschen unantastbar sein soll, bestimmt er nicht ein Handeln als „gesollt“, sondern einen Zustand als „seinsollend“, nämlich das Vermögen aller Menschen, in Würde zu leben. Zwar ist es vor dem Hintergrund zweieinhalbtausendjähriger Philosophiegeschichte nicht angezeigt, den Würdebegriff des Art. 1 GG auf einen bestimmten Zeitpunkt zu fixieren,¹¹⁶ doch dürfte überwiegend anerkannt sein, dass die dem Menschen als Gattungswesen¹¹⁷ zugesprochene Würde für das ihn von der Gattung „Tier“ unterscheidende und ihm nicht erst seit der Aufklärung, sondern schon in der Antike (jedenfalls dem „freien“ Menschen) zugesprochene Vermögen steht, sich nach selbstgesetzten („vernunftgeleiteten“) Gründen zu bewegen.¹¹⁸ Denn aus der Zuerkennung dieses Vermögens leitet sich der *absolute* Wert eines jeden Menschen, seine Subjektqualität ab, die es verbietet, ihn zum Objekt, d. h. zum bloßen Mittel für die Zwecke anderer Subjekte zu machen. Demnach wird durch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG ein Handlungsvermögen als „seinsollend“ bestimmt: Das Vermögen jedes Menschen, in einem bestimmten „unantastbaren“ Kernbereich ausschließlich selbst zu bestimmen, ob und wie er handelt.

Auch die in den nachfolgenden (Verfassungs-) Rechtssätzen im Vordergrund stehenden „Freiheiten“ bedeuten ein Handlungsvermögen; nämlich die *Möglichkeit* des einzelnen, auf den verschiedenen Bereichen zu tun und zu lassen, was er will.¹¹⁹ Inner-

¹¹⁴ Vgl. Philip Kunig, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage, München 2000, Art. 1 Rdn. 1; vgl. auch Rüthers, Rechtstheorie (FN 52), Rdn. 119.

¹¹⁵ Vgl. Wolfram Höfling, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde – Annäherungen an einen schwierigen Verfassungsrechtssatz, in: Juristische Schulung 1995, S. 857 ff. (S. 859).

¹¹⁶ Vgl. Kunig, in: v. Münch/Kunig (FN 114), Art. 1 Rdn. 19 f.

¹¹⁷ BVerfGE 87, 209, 228.

¹¹⁸ Vgl. z. B. Gerhard Robbers, in: Dieter Umbach/Thomas Clemens, Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Heidelberg 2002, Art. 1 Rdn. 9; z.T. wird aber auch angenommen, es sei von Verfassungen wegen illegitim, das Wesen des Menschen zu definieren, vgl. Wolfram Höfling, in: Sachs (Hrsg.), GG (FN 40), Art. 1 Rdn. 29 und 42. Auf die vor allem von Naturwissenschaftlern erörterte Frage, ob der Mensch wirklich in der Lage ist, nach selbstgesetzten Gründen zu handeln (vgl. die Nachweise bei Martin Hochhuth, Die Bedeutung der neuen Willensfreiheitsdebatte für das Recht, in: Juristenzeitung 2005, 745 ff. und Werner Heun, Die grundgesetzliche Autonomie des Einzelnen im Lichte der Neurowissenschaften, in: Juristenzeitung 2005, 853 ff.), kommt es für den Bereich des Rechts hingegen nicht an; denn „Recht“ kann etwas überhaupt nur unter *dieser* Voraussetzung sein. Ebensovienig kommt es darauf an, ob im *konkreten* Fall ein vernunftgeleitetes Handeln möglich ist. Vielmehr ist die Würde auch jenen Menschen eigen, die aufgrund ihres körperlichen oder geistigen Zustands nicht sinnhaft handeln können, vgl. BVerfGE 87, 209, 228.

¹¹⁹ Vgl. z. B. zur allgemeinen Handlungsfreiheit Dietrich Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), GG (FN 40), Art. 2 Rdn. 43 und 52.

halb des den Grundrechtsträgern als „frei“ zugewiesenen Handlungsspielraums sollen diese nach ihrem Belieben handeln *können*.

Durch die obersten Sätze unserer Rechtsordnung wird also gerade nicht bestimmt, wer sich wie verhalten soll, sondern bestimmt wird, wer sich wie verhalten *können* soll. Zwar ist der Träger der verfassten Gewalt als Adressat dieser Sätze verpflichtet, alles zu tun, um den Grundrechtsträgern das als „seinsollend“ bestimmte Handlungsvermögen zu gewährleisten, d. h. sie einerseits zu schützen vor unzulässiger Einwirkung auf ihre Willensbildung und andererseits die tatsächlichen Voraussetzungen zu schaffen für die Betätigung ihres Willens, doch „bestimmt“ wird durch die Grundrechtssätze nur, welches Handlungsvermögen allen Grundrechtsträgern zukommen soll; nicht dagegen wird bestimmt, *wie* sich der Träger der verfassten Gewalt verhalten soll, um den als „seinsollend“ bestimmten Zustand (*status*) herbeizuführen. Dem entspricht es, wenn das *Bundesverfassungsgericht* annimmt, dass das Grundgesetz den Schutz der verschiedenen Grundrechtsgüter nur „als Ziel“ vorgebe, nicht aber seine Ausgestaltung im einzelnen,¹²⁰ weshalb es Aufgabe aller staatlichen, in erster Linie¹²¹ aber der zur Rechsetzung berufenen Organe sei, in eigener Verantwortung zu entscheiden, wie die aus den Grundrechtsnormen abgeleiteten Schutzpflichten zu erfüllen sind.¹²² Der ihnen dabei eröffnete Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum¹²³ verdickeht sich danach nur im Ausnahmefall auf die Pflicht „zu bestimmtem Verhalten“.¹²⁴

Die obersten Normen unserer Rechtsordnung bestätigen somit die Vermutung, dass Sätze, durch die *subjektive* Rechte begründet werden, nicht ein Handeln als „gesollt“, sondern ein Handeln*können* als „seinsollend“ bestimmen.

(2) Das Prädikat der *einfache* Rechte begründenden Sätze

Auf einfachrechtlicher Ebene lassen sich für diese These ebenfalls Bestätigungen finden:

¹²⁰ Vgl. BVerfGE 88, S. 203 ff. (S. 254); 92, S. 26 ff. (S. 46); 96, S. 56 ff. (S. 64).

¹²¹ Vgl. BVerfGE 56, S. 54 ff. (S. 80 f.); vgl. auch *Christoph Brüning*, Voraussetzungen und Inhalt eines grundrechtlichen Schutzanspruchs, in: *Juristische Schulung* 2000, S. 955 ff. (S. 959) und BVerfGE 95, S. 1 ff., (S. 15).

¹²² Vgl. BVerfGE 46, S. 160 ff. (S. 164); 56, S. 54 ff. (S. 80 f.); 81, S. 242 ff. (S. 255 f.); 95, S. 28 ff. (S. 38); 96, S. 56 ff. (S. 64).

¹²³ Vgl. z. B. BVerfGE 77, S. 381 ff. (S. 405); 88, S. 203 ff. (S. 254); *Josef Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaats, Berlin/NewYork 1983, S. 39; vgl. auch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, in: *Der Staat* 1990, S. 1 ff., der hierin einen von der Interpretation zu unterscheidenden Akt der Konkretisierung erblickt (S. 22).

¹²⁴ Vgl. BVerfGE 77, S. 170 ff. (S. 215); 96, S. 56 ff. (S. 64 f.).

(a) Das Prädikat der *relative* Rechte begründenden Sätze

Wenn z. B. § 241 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt, dass kraft des Schuldverhältnisses der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern, so folgt daraus zweierlei: Zum einen, dass die Rechtsordnung dem Gläubiger das (natürliche) Vermögen zuweist, den Schuldner auf die Erfüllung der – im Gläubigerinteresse begründeten – Verbindlichkeit *anzusprechen*; zum anderen, dass sie ihm das (rechtliche) Vermögen zuweist, durch Rechtsgeschäft unmittelbar auf den Bestand, den Inhalt oder die Zuordnung seines (relativen) Rechts einzuwirken. Denn über eine *Forderung* kann – anders als über einen dinglichen Anspruch – selbständig verfügt werden: Sie kann gem. § 397 BGB zum Erlöschen gebracht, gem. § 398 BGB auf einen anderen übertragen und gem. § 1279 BGB mit einem Pfandrecht belastet werden.

Dem Inhaber einer Forderung ist somit Handlungsvermögen zweierlei Art zugewiesen: Zum einen das *rechtliche*, d. h. durch das Recht begründete Vermögen, nach eigenem Willen eine rechtliche Wirkung zu erzeugen, nämlich durch *Rechtsakt* (Rechtsgeschäft) auf die Forderung einzuwirken, und zum anderen das *natürliche*, d. h. nicht durch das Recht begründete Vermögen, nach eigenem Willen eine tatsächliche Wirkung zu erzeugen, nämlich durch *Realakt* (Sprechakt) auf den Schuldner der Forderung einzuwirken.

Folglich wird mit jedem auf die Begründung einer Verbindlichkeit (und damit einer entsprechenden *Forderung*) gerichteten Satz dem zum Gläubiger derselben bestimmten Privatrechtssubjekt rechtliches und natürliches Handlungsvermögen zugewiesen (ohne dass es darauf ankommt, ob dieser Satz heteronom, d. h. durch Gesetz oder privatautonom, d. h. durch Rechtsgeschäft gesetzt wird).

(b) Das Prädikat der *absolute* Rechte begründenden Sätze

Mit der Zuweisung von Handlungsvermögen verbunden sind aber nicht nur die relativen Rechte, sondern auch und vor allem die absoluten Rechte. Diese unterscheiden sich von den relativen Rechten nur dadurch, dass bei ihnen die Zuweisung nicht in bezug auf eine bestimmte Person erfolgt, sondern *losgelöst* ist von jeder persönlichen Bindung. Wenn z. B. § 903 I BGB bestimmt, dass der Eigentümer mit seiner Sache grundsätzlich nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen können soll, weist er natürliches Handlungsvermögen in bezug auf die Sache zu, was wiederum bedeutet, dass der Berechtigte im Verhältnis zu *jedermann* mit dieser Sache nach Belieben verfahren können soll. Handlungsvermögen in bezug auf eine *bestimmte* Person, d. h. das Vermögen, eine bestimmte Person auf die Erfüllung einer be-

stimmten Verbindlichkeit *anzusprechen*, wird hingegen erst in dem Augenblick zugewiesen, in dem das in bezug auf die Sache zugewiesene Handlungsvermögen beeinträchtigt wird oder eine solche Beeinträchtigung unmittelbar bevorsteht: Dann schützt die Rechtsordnung den Berechtigten dadurch, dass sie jene Person, von der die Beeinträchtigung ausgeht, ausgegangen ist oder auszugehen droht, zu *bestimmtem* Verhalten verpflichtet, nämlich zu Rückgängigmachung oder zur Entschädigung oder zur Unterlassung dieser Beeinträchtigung (also z. B. zur Herausgabe oder zur Reparatur der Sache).¹²⁵

Entsprechendes gilt für andere absolute Rechte wie z. B. für das allgemeine Persönlichkeitsrecht: Dieses weist seinem Inhaber u. a. das Vermögen zu, mit den „vermögensrechtlichen Bestandteilen“ seiner Persönlichkeit (Name und Bildnis) nach Belieben zu verfahren. Auch in diesem Fall wird natürliches Handlungsvermögen nicht in bezug auf ein bestimmtes Rechtssubjekt, sondern in bezug auf ein bestimmtes Rechtsobjekt (Namen, Bildnis) und damit im Verhältnis zu *allen* anderen Rechtssubjekten zugewiesen, ohne dass damit jedoch für eine bestimmte Person die Pflicht zu bestimmtem Verhalten verbunden wäre. Eine solche Pflicht gelangt erst dann zur Entstehung, wenn das allgemeine Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird bzw. eine solche Beeinträchtigung unmittelbar bevorsteht.

Damit zeigt sich, dass zwischen dem absoluten Recht und der Pflicht *kein* notwendiger Zusammenhang besteht: Das absolute Recht ist in seinem Bestand unabhängig davon, ob zu seinem Schutz eine Pflicht zu bestimmtem Verhalten zur Entstehung gelangt.

Festzuhalten ist, dass auch absolute Rechte ihrem Inhaber natürliches Handlungsvermögen zuweisen, aber eben nicht relativ, sondern absolut, d. h. losgelöst von der Bindung an ein bestimmtes Rechtssubjekt.

Darüber hinaus weisen sie auch *rechtliches* Handlungsvermögen zu, allerdings nur

¹²⁵ Häufig wird angenommen, dem Recht des einen entspreche die Pflicht aller anderen, dieses Recht zu achten. Indes handelt es sich bei dieser „Pflicht“ nicht um eine Pflicht im Rechtssinne. Denn der allgemeinen „Pflicht“, das Recht zu achten, d. h. sich *nicht* rechtswidrig zu verhalten, fehlt die positive Bestimmtheit des gebotenen Verhaltens: Bestimmt ist nicht, welche Handlung welches Rechtssubjekt vornehmen (oder unterlassen) bzw. welchen Erfolg es durch ein von ihm bestimmtes Handeln herbeiführen (oder verhindern) soll, sondern bestimmt ist nur *negativ*, wie sich keines der Rechtssubjekte verhalten können soll, nämlich rechtswidrig. Dadurch unterscheidet sich diese „Pflicht“ (bei der es sich in Wirklichkeit um nichts anderes handelt als um die „Kehrseite“ des Rechts, nämlich um die Bestimmung dessen, was „Unrecht“ ist) von der „echten“ Unterlassungspflicht, bei der *positiv* bestimmt sein muss, *welche* Handlung *welches* Rechtssubjekt unterlassen soll. Im Rahmen der sogenannten „allgemeinen Unterlassungspflicht“ ist es hingegen völlig gleichgültig, *wie* sich die Rechtsunterworfenen verhalten, welche Handlungen sie vornehmen oder unterlassen, solange sie sich nur nicht rechtswidrig verhalten.

dann, wenn es sich bei ihnen um *Vermögensrechte* handelt; denn nur Vermögensrechte begründen für ihren Inhaber die Rechtsmacht, durch Rechtsgeschäft unmittelbar auf ihren Inhalt, ihre Zuordnung oder ihren Bestand einzuwirken. Nichtvermögensrechte hingegen können nicht Gegenstand eines Verfügungsgeschäfts sein.

(3) Folgerungen

Daraus, dass Gegenstand eines *Rechts* immer das *Vermögen* des Berechtigten zu bestimmtem Handeln ist, folgt, dass es immer nur Rechte „zu“ bestimmtem Handeln geben kann, nicht aber Rechte „auf“ bestimmtes Handeln. Das, was als Recht „auf“ ein bestimmtes Verhalten bezeichnet wird,¹²⁶ ist in Wirklichkeit das (relative) Recht, ein anderes Rechtssubjekt auf die Erfüllung von dessen Pflicht *anzusprechen*: Das Recht zur Ansprache.

Zugleich zeigt sich, dass die Annahme unzutreffend ist, jeder Berechtigung würde eine Verpflichtung „logisch notwendig“ korrespondieren¹²⁷. Diese Annahme trifft nur auf jene Rechte zu, die das *Ansprechen* eines anderen auf die Erfüllung von dessen Verpflichtung zum Gegenstand haben, die also *relatives* Recht sind; denn wo keine Pflicht ist, kann es natürlich auch kein Recht geben, jemanden auf die Erfüllung dieser Pflicht anzusprechen.

Im übrigen korrespondiert mit dem Recht „logisch notwendig“ nur das *Unrecht*. Denn dasjenige, was an „Willensmacht“ dem *einen* Subjekts zugeordnet ist, kann nicht zur selben Zeit dem Willen eines *anderen* Subjekt unterstellt sein, sollen sich die diese Zuordnung vornehmenden Sätze nicht wegen Widersprüchlichkeit in ihrem Geltungsanspruch wechselseitig aufheben. Dasjenige, was dem einen Rechtssubjekt an „Willensmacht“ *zugesprochen* ist, ist daher allen anderen Rechtssubjekten notwendigerweise *abgesprochen*: Das Recht (die Freiheit) des einen ist das Unrecht (die Unfreiheit) aller anderen.

Festzuhalten ist, dass Sollenssätze, die auf die Begründung subjektiven Rechts gerichtet sind, ein Handlungs*vermögen* als „seinsollend“ bestimmen. Als nächstes ist zu prüfen, ob dies auch für jene Sätze gilt, die auf die Begründung *objektiven* Rechts gerichtet sind.

¹²⁶ Vgl. z. B. *Alexy*, Theorie der Grundrechte (FN 23), S. 171.

¹²⁷ So aber z. B. *Geddert*, Recht und Moral (FN 26), S. 164.

bb) Das Prädikat der auf die Begründung *objektiven* Rechts gerichteten Sätze

Anders als das subjektive Recht wird das objektive Recht nicht als „Willensmacht“ beschrieben, sondern mit der Rechtsordnung gleichgesetzt: Das objektive Recht sei der „Inbegriff der Rechtsnormen“. ¹²⁸ Fraglich ist jedoch, ob es sich hierbei um eine Definition des objektiven Rechts handelt. Denn nicht alles, was wie eine Definition aussieht oder als solche ausgegeben wird, verdient diese Bezeichnung. ¹²⁹ Eine Definition im klassischen Sinne ist nur eine solche Bestimmung, die das *Wesen* des durch den Begriff zu bestimmenden Gegenstandes erfasst, also – bezogen auf den mit der Bestimmung verfolgten Erkenntniszweck – dessen notwendige Merkmale und damit „die Einheit der Bedingungen“ angibt, unter denen wir diesen Gegenstand „stets übereinstimmend begreifen“. ¹³⁰

Keine Definition sind daher die Erklärung (Explikation) und die Beschreibung (Deskription): Während mit einer Erklärung nur die Ursachen und/oder Wirkungen eines Gegenstandes angegeben werden, ohne aber dessen Wesen zu erfassen, vermittelt die Beschreibung ein „Bild“ von einem Gegenstand, indem sie eine von mehreren möglichen Erscheinungsformen dieses Gegenstandes nachzeichnet. ¹³¹

Wollte man die oben genannte Formulierung als Definition des objektiven Rechts gelten lassen, zählten Rechtsprechungsakte und Verwaltungsakte nicht zum objektiven Recht, weil diese nach herkömmlicher Auffassung *nicht* „Rechtsnorm“ sind. Den Schluss, dass Richterspruch und Verwaltungsakt keinen Bestandteil des objektiven Rechts bildeten, zieht aber, soweit ersichtlich, niemand.

Damit lässt sich die Annahme, das objektive Recht sei der Inbegriff aller Rechtsnormen, zwar als Beschreibung eines Teils jener Erscheinungen auffassen, die sich unter den Begriff des objektiven Rechts subsumieren lassen, nicht aber als Definition desselben.

Wenn die Zweiteilung des Rechts in das subjektive und in das objektive Recht einen Erkenntniswert besitzen soll, darf bei einer solchen Beschreibung nicht stehen geblieben werden. Vielmehr ist herauszufinden, worin einerseits das gemeinsame Merkmal beider Arten von „Recht“ besteht und wodurch sie sich andererseits voneinander unterscheiden.

Zwar wird angenommen, dass es unmöglich sei, das objektive und subjektive Recht in

¹²⁸ Engisch, Einführung (FN 52), S. 22 f.; Rütters, Rechtstheorie (FN 52), Rdn. 61.

¹²⁹ Bund, Juristische Logik (FN 12), S. 21.

¹³⁰ Stammer, Theorie der Rechtswissenschaft (FN 63), S. 24; vgl. auch oben, FN 3.

¹³¹ Vgl. Bund, a. a. O. (FN 129)

einer Definition zu treffen, weil beide unter verschiedene Oberbegriffe fielen,¹³² doch trifft diese Annahme dann nicht zu, wenn auch das objektive Recht als „Willensmacht“ aufgefasst wird. Denn wenn man unter „Recht“ das Handeln versteht, zu dem ein (Rechts-) Subjekt *vermögend* sein soll, lässt sich – je nach dem, ob es sich bei diesem Subjekt um einen Freiheits- oder um einen Hoheitsträger handelt – das Recht in das „subjektive“ und in das „objektive“ unterteilen: „Subjektiv“ ist das Recht, wenn das seinen

Gegenstand bildende Handlungsvermögen einem *Freiheitsträger* zukommen soll, also der Befriedigung *subjektiver* Interessen zu dienen bestimmt ist. „Objektiv“ ist das Recht dagegen dann, wenn das seinen Gegenstand bildende Handlungsvermögen einem Hoheitsträger zukommen soll, also der Verwirklichung *objektiver*, d. h. durch die Verfassung vorgegebener Interessen zu dienen bestimmt ist.¹³³ Damit lässt sich auch das objektive Recht in seinem Kern als „Willensmacht“ bezeichnen, nämlich als das von der verfassungsgebenden Gewalt dem Träger der verfassten Gewalt zugewiesene Vermögen, einen (objektiven) Willen zu bilden und (durch Rechtsakt und Realakt) zu betätigen.

Das dem Träger der verfassten Gewalt vom Träger der verfassungsgebenden Gewalt zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben zugewiesene *rechtliche* Handlungsvermögen, nämlich das Vermögen, durch seine Organe der rechtsetzenden, rechtsprechenden und vollziehenden Gewalt (materielle und prozessuale) Rechtswirkungen zu erzeugen, ist daher objektives Recht. Insoweit ist der Auffassung zuzustimmen, zum objektiven Recht zählen alle (gültigen) Rechtsnormen. Indes darf darüber nicht übersehen werden, dass nicht nur durch Rechtsetzungsakt, sondern auch durch Rechtsprechungs- und Vollzugsakt Rechtswirkungen erzeugt werden können, weshalb auch diese Hoheitsakte Erscheinungsformen des dem Träger der verfassten Gewalt im objektiven Interesse zugewiesenen rechtlichen Handlungsvermögens sind.

Außerdem wird durch die Rechtsetzungsakte nicht nur ein durch Verfassungsrechtsätze zugewiesenes rechtliches Handlungsvermögen *verwirklicht*, sondern ein solches auch *begründet*; denn die Sätze des einfachen Rechts sind selbst auch wieder Zuweisungsnorm, d. h. Sätze, die Rechtssubjekten (Hoheits- und Freiheitsträgern) Handlungsvermögen zuweisen und somit objektives Recht (z.B. das Recht zum Handeln

¹³² Vgl. z. B. *Rümelin*, Eine Definition des Rechts (1881), abgedruckt in: *Werner Maihofer*: Begriff und Wesen des Rechts, Darmstadt 1973, S. 226.

¹³³ Abzulehnen ist daher die Annahme, es gebe „subjektive Rechte des Staates“ (so aber z. B. *Klaus F. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, Köln u.a. 1994, S. 362).

durch Verwaltungsakt) oder subjektives Recht (z.B. das Recht zum Handeln durch Verfügungsgeschäft oder das Recht zur Ansprache eines anderen Rechtssubjekts auf Erfüllung von dessen Pflicht) begründen.

Da es jedoch allein darauf ankommt, zwecks Befriedigung welcher Interessen das Handlungsvermögen zugewiesen ist, bleibt ein ausschließlich zur Befriedigung objektiver Interessen zugewiesenes Handlungsvermögen objektives Recht auch dann, wenn es einem Freiheitsträger die Befriedigung subjektiver Interessen ermöglicht. Eine dem Freiheitsträger in diesem Fall unter Umständen zukommende „Macht“ ist dann keine ihm zur Verwirklichung seines Willens zugeordnete, sondern bloß eine ihm zugefallene: Ein Reflex des objektiven Rechts.

Diese u.a. von *Georg Jellinek* und *Otto Bachof* für das öffentliche Recht herausgearbeitete Unterscheidung zwischen subjektivem Recht und bloßem „Rechtsreflex“¹³⁴ findet sich auch im Privatrecht,¹³⁵ dort allerdings seltener, weil die Privatrechtssätze Handlungsvermögen in der Regel zum Zwecke der Befriedigung subjektiver Interessen zuweisen. Ein Beispiel für einen „Rechtsreflex“ stellt aber das einem Privatrechtssubjekt nicht in seinem (subjektiven), sondern im objektiven Interesse (dem Schutz des guten bzw. des öffentlichen Glaubens)¹³⁶ zukommende (rechtliche) Vermögen dar, gem. §§ 932 ff. oder 892 f. BGB wirksam über ein ihm *nicht* (oder jedenfalls nicht allein) zustehendes Recht zu verfügen.¹³⁷ Denn das Handeln des Nichtberechtigten (seine „Verfügung“) ist nicht deswegen wirksam, weil das Gesetz ihm die Befriedigung subjektiver Interessen ermöglichen wollte, sondern weil es den Gutgläubigen bzw. den Rechtsverkehr vor Schaden schützen will.¹³⁸ Die „Macht“ des Nichtberechtigten, auf der Grundlage der soeben genannten Vorschriften wirksam über fremdes Recht zu verfügen, ist daher keine ihm von der Rechtsordnung zur Befriedigung seiner Interessen zugewiesene, sondern nur eine ihm *zugefallene*, eine „unerwünschte, aber unvermeidliche Nebenfolge“¹³⁹ objektiven Rechts. Deswegen ist der Annahme, die Gutgläubensvorschriften begründeten eine Ausnahme von dem Grundsatz „nemo

¹³⁴ Vgl. *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1919 (Neudruck Aalen 1964), S. 67 ff. und *Otto Bachof*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 12 (1954), S. 37 ff., insb. S. 75.

¹³⁵ *Rudolph von Jhering* hat sich schon 1871 mit der Reflexwirkung befasst, vgl. *ders.*, Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen, in: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 10 (1871), S. 245 ff.

¹³⁶ Vgl. Mot. III, S. 344 (Mugdan III, S. 191).

¹³⁷ Vgl. auch *Ernst v. Caemmerer*, Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, in: Festschrift für Gustav Boehmer, Bonn 1954, S. 148.

¹³⁸ Vgl. *Andreas v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band. Erste Hälfte, München/Leipzig 1914, § 60, S. 379 f.

¹³⁹ v. *Caemmerer*, in: FS Boehmer (FN 137), S. 148.

plus iuris transferre potest quam ipse habet“, zu widersprechen: An dem „potest“, d. h. an der Macht des Nichtberechtigten, kraft *seines* Willens die Rechtsänderung herbeizuführen, fehlt es gerade.

Festzuhalten ist, dass auch bei einem auf die Begründung *objektiven* Rechts gerichteten Sollenssatz das Prädikat des Satzes ein Handlungsvermögen zum Inhalt hat, nämlich das Vermögen (die „Kompetenz“) eines Hoheitsträgers, zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben durch Rechts- und/oder Realakt zu handeln.

cc) Der Unterschied zwischen beiden Arten
rechtsbegründender Sätze

Dass durch beide Arten rechtsbegründender Sätze ein Handlungsvermögen als „sollend“ bestimmt wird, bedeutet jedoch nicht, dass zwischen den „subjektives“ Recht begründenden Sätzen und den „objektives“ Recht begründenden Sätzen kein Unterschied bestünde. Sie unterscheiden sich vielmehr voneinander dadurch, dass die Sätze der ersteren Art Handlungsvermögen zur *freien* Verfügung zuweisen, während bei letzteren die Zuweisung nicht zum Zwecke der Ermöglichung individueller Selbstbestimmung erfolgt, sondern zu dem Zwecke, dem (objektiv) Berechtigten die Erfüllung der ihm vom Zuweisenden übertragenen Aufgaben zu ermöglichen. Deshalb geht mit dem *objektiven* Recht eines Hoheitsträgers, in bestimmter Weise zu handeln, oftmals auch die *Pflicht* einher, in der bestimmten Weise zu handeln. Und selbst dann, wenn eine solche Pflicht nicht besteht, darf der Hoheitsträger von dem ihm zugewiesenen Handlungsvermögen nie nach Belieben, sondern immer nur nach pflichtgemäßem Ermessen Gebrauch machen. Bei den *subjektiven* Rechten steht es dagegen im Belieben des Berechtigten, ob er von dem ihm zugewiesenen Handlungsvermögen Gebrauch macht oder nicht.

dd) Die beiden Arten von Handlungsvermögen

Wie bereits angeklungen ist, gibt es zwei Arten von Handlungsvermögen, das einer (natürlichen oder juristischen) Person zugewiesen werden kann: Das durch das Recht begründete („rechtliche“) Vermögen, nach eigenem (subjektiven oder objektiven) Willen eine *rechtliche* Wirkung zu erzeugen und das nicht durch das Recht begründete, sondern von Natur aus gegebene („natürliche“) Vermögen, nach eigenem Willen eine *tatsächliche* Wirkung zu erzeugen:

(1) Das von Natur aus gegebene

Dem Menschen ist von Natur aus das Vermögen gegeben, nach seinem Willen eine *tatsächliche* Wirkung zu erzeugen, indem er eine von ihm bestimmte Handlung vornimmt oder vorzunehmen bewusst unterlässt. Dieses „natürliche“ Handlungsvermögen reicht von Mensch zu Mensch unterschiedlich weit. Es ist in seiner Existenz nicht abhängig davon, dass ein Recht zu dem bestimmten Handeln besteht. Das *Fehlen* eines Rechts hat „nicht die Wirkung, die verbotene Handlung unmöglich, sondern nur die, sie rechtswidrig zu machen. ... Das Nichtdürfen schließt keineswegs das physische Können aus“. ¹⁴⁰ Und das *Bestehen* eines Rechts hat nicht die Wirkung, die erlaubte Handlung möglich, sondern nur die, sie rechtmäßig zu machen, ¹⁴¹ sie zur rechtfertigen.

Das (natürliche) Vermögen zum Handeln durch Realakt ist also *unmittelbar* nicht davon abhängig, ob ein Recht zu dem fraglichen Handeln besteht. Insoweit ist *Hans Kelsen* zuzustimmen, wenn er meint, die Rechtsordnung sei überhaupt nicht in der Lage, den Umfang der natürlichen Handlungsfähigkeit zu erweitern. ¹⁴²

Mittelbar besteht allerdings schon ein solcher Zusammenhang, weil dann, wenn ein subjektives Recht zu dem fraglichen Handeln besteht, das Vermögen zu diesem Handeln rechtlichen Schutz genießt. Das bedeutet unter anderem, dass bei fehlender Übereinstimmung zwischen dem natürlichen Handlungsvermögen, wie es einem Freiheitsträger zukommen soll und dem Handlungsvermögen, wie ihm zukommt (bzw. abhanden zu kommen droht), in der Person des Berechtigten Unterlassungs-, Restitutions- oder Kompensationsansprüche zur Entstehung gelangen, mit deren Hilfe er, gegebenenfalls unter Inanspruchnahme *hoheitlichen* Handlungsvermögens (Rechtsprechungs- und Vollstreckungsgewalt), die bevorstehende Minderung des ihm zugewiesenen Handlungsvermögens abwehren bzw. eine erlittene Minderung so weit wie möglich, d. h. wie es sich nach der Rechtsordnung mit den schutzwürdigen Interessen des Anspruchsgegners vereinbaren lässt, rückgängig machen können soll.

Festzuhalten ist, dass das Vermögen zum Handeln durch Realakt ein natürliches Vermögen ist, dessen Existenz nur *mittelbar*, d. h. vermittels hoheitlichen Willensaktes, nicht aber *unmittelbar* davon abhängig, ob ein Recht zu dem fraglichen Handeln besteht.

Ganz anders dagegen das Vermögen zum Handeln durch *Rechtsakt*:

¹⁴⁰ *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte (FN 134), S. 46.

¹⁴¹ Vgl. auch *Rudolph Sohm*, Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1905, S. 83 f.

¹⁴² *Kelsen*, Hauptprobleme (FN 26), S. 652.

(2) Das durch das Recht begründete

Das Vermögen zum Handeln durch Rechtsakt, d. h. zur Erzeugung *rechtlicher* Wirkung, ist „etwas..., was es [das Individuum] von Natur aus nicht besitzt“¹⁴³.

Denn bei diesem Vermögen geht es um die Fähigkeit, nach eigenem Willen die „rechtliche Situation“¹⁴⁴ zu verändern, d. h. die *Rechtslage* zu gestalten.

Da gestaltend auf die „Rechtslage“ nur dann eingewirkt werden kann, wenn es überhaupt eine solche Rechtslage gibt, unterscheidet sich das rechtliche Handlungsvermögen von dem natürlichen zum einen schon dadurch, dass es in seiner Existenz von dem Vorhandensein einer solchen „Rechtslage“, d. h. einer durch das Recht bestimmten *Ordnung* abhängig ist.¹⁴⁵ Wer z. B. ein gegenseitiges Versprechen als rechtsverbindlichen Vertrag deutet, der setzt rechtliche Regeln voraus, die das natürliche Handeln (die Abgabe der wechselseitigen Äußerungen) zu einem *Rechtshandeln* machen.¹⁴⁶

Hinzukommt, dass es bei dem Vermögen zum Handeln durch Rechtsakt nicht nur um das Vermögen geht, überhaupt Rechtswirkungen zu erzeugen, sondern um das Vermögen, diese Rechtswirkung nach *eigenem* Willen zu erzeugen. Erforderlich für die Annahme rechtlichen Handlungsvermögens ist daher, dass zwischen dem Willen des handelnden Subjekts und der von ihm durch sein Handeln erzeugten Rechtswirkung ein *Unmittelbarkeitszusammenhang* besteht, die bestimmte Rechtswirkung mithin deswegen eintritt, weil das *handelnde* Subjekt den Eintritt dieser Rechtswirkung will (und nicht deswegen, weil ein anderes Subjekt den Eintritt dieser Rechtswirkung will). Die Annahme rechtlichen Handlungsvermögens setzt daher voraus, dass dem handelnden Subjekt durch Rechtssatz das Vermögen *zugewiesen* ist, nach *seinem* Willen eine rechtliche Wirkung zu erzeugen, dass es die *Kompetenz* zu einem Handeln durch

¹⁴³ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (FN 134), S. 47.

¹⁴⁴ Alexy, Theorie der Grundrechte (FN 23), S. 212.

¹⁴⁵ Dahingestellt bleiben kann, ob diese Ordnung staatlicher Natur sein muss, wie z. B. Wolfram Höfling, Vertragsfreiheit, Heidelberg 1991, S. 23 und S. 27 annimmt, oder ob eine vorstaatliche, in der natürlichen Würde des Menschen gründende (Natur-) Rechtsordnung ausreichen könnte (zu solchen vorstaatlichen Gesellschaftsformen: Uwe Wesel, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, Frankfurt a. M. 1985). Da aber das Vorhandensein einer jeden Ordnung das Vorhandensein von etwas, das geordnet, mithin *in ein Verhältnis zueinander* gesetzt werden kann, voraussetzt (vgl. auch Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 292), kann eine *Rechtsordnung* nur dann als vorhanden gedacht werden, wenn mindestens *zwei* Menschen existieren, deren Handlungsvermögen sich nach Maßgabe des Rechts in ein Verhältnis zueinander setzen lässt. Die Annahme *rechtlichen* Handlungsvermögens hat daher (anders als die des natürlichen) menschliche *Gemeinschaft* zur notwendigen Voraussetzung, vgl. auch Georg Jellinek, Allg. Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914 (2. Neudruck Berlin 1920), S. 365; Werner Maihofer, Was ist Recht?, in: Juristische Schulung 1963, 165 ff.

¹⁴⁶ Alexy, Theorie der Grundrechte (FN 23), S. 215; Höfling, Vertragsfreiheit (FN 145), S. 29; Paul Kirchhof, Der Vertrag als Ausdruck grundrechtlicher Freiheit, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 1211.

Rechtsakt besitzt. Erst „Kompetenznormen“ schaffen daher die Möglichkeit von Rechtsakten und damit die Fähigkeit, durch Rechtsakte rechtliche Positionen zu ändern¹⁴⁷ (wobei es jedoch genau genommen nicht die Norm als solche ist, welche diese Fähigkeit schafft, sondern das durch sie begründete *Recht*).

Damit zeigt sich, dass das Vermögen zum Handeln durch Rechtsakt ein Vermögen ist, das nicht von Natur aus besteht, sondern erst durch ein entsprechendes (subjektives oder objektives) Recht zur Entstehung gebracht wird: es ist ein *rechtliches* Handlungsvermögen, ein „rechtliches Können“¹⁴⁸.

Die vornehmlich im Bereich des öffentlichen Rechts unter dem Stichwort „Kompetenz“ behandelte Frage nach der Fähigkeit eines Rechtssubjekts, kraft seines Willens (materielle oder prozessuale) Rechte und/oder Pflichten begründen, ändern oder aufheben zu können, stellt sich damit auch im Privatrecht.¹⁴⁹ Dabei besteht die den Freiheitsträgern bereits durch die Grundrechte garantierte „rechtliche Bewirkungsmacht (oder Kompetenz)“¹⁵⁰ darin, „durch gewisse als Rechtsgeschäft zu bezeichnende Handlungen bestimmte [nämlich *selbstbestimmte*] Rechtswirkungen hervorzubringen“¹⁵¹ d. h. *selbstbestimmt* (privatautonom) die Privatrechtslage zu gestalten.

Zwar kann diese Rechtslage auch durch *Realakt* geändert werden (wenn z. B. durch Beschädigung einer im fremden Eigentum stehenden Sache ein Schadensersatzanspruch nach § 823 BGB zur Entstehung gelangt), doch tritt diese Rechtsänderung allein deswegen ein, weil ihr Eintritt vom Gesetz „gewollt“ ist; ob ihr Eintritt auch vom handelnden Privatrechtssubjekt gewollt ist, interessiert hier nicht.

Allerdings ist die Kompetenz der Privatrechtssubjekte zur Rechtsgestaltung nur insoweit eine umfassende, als es um die Begründung von Schuldverhältnissen, d. h. Verbindlichkeiten und diesen entsprechenden Forderungen geht. Die Kompetenz zur Begründung anderer als relativer privater Rechte ist dagegen auf einen *numerus clausus* begrenzt. Und die Kompetenz zur Einwirkung auf bereits bestehende private Rechte reicht noch weniger weit, weil nur mit den *Vermögensrechten* (Forderungen, Sachenrechte) Verfügungsbefugnis einhergeht, während auf den

¹⁴⁷ Alexy, *Theorie der Grundrechte* (FN 23), S. 216.

¹⁴⁸ Vgl. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (FN 134), S. 47; Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre* (FN 52), S. 106.

¹⁴⁹ Alexy, a. a. O., S. 212.

¹⁵⁰ Michael Sachs, *Verfassungsrecht II, Grundrechte*, Berlin u.a. 2000, A4 Rdn. 34.

¹⁵¹ Ernst Rudolf Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Gotha 1877-1883 (Neudruck 1965), S. 53.

Bestand, den Inhalt oder die Zuordnung eines *Nichtvermögensrechts* gar nicht unmittelbar durch Rechtsgeschäft eingewirkt werden kann.

Festzuhalten ist, dass das Vermögen, durch *Rechtsakt* (Gesetz, Gerichtsentscheidung, Verwaltungsakt, Rechtsgeschäft) unmittelbar, d. h. nach eigenem (objektiven oder subjektiven) Willen eine Rechtswirkung zu erzeugen, ein durch das Recht begründetes („rechtliches“) Handlungsvermögen darstellt.

ee) Das Vermögen zur Anwendung von Gewalt als notwendiger Bestandteil des natürlichen Handlungsvermögens

Mit der Erkenntnis, dass durch rechtsbegründende Sätze Handlungsvermögen zugewiesen wird, gelangen wir zum artspezifischen Merkmal des Rechtssatzes: Wenn dasjenige, das durch einen Rechtssatz zugeordnet wird, in einem Handlungsvermögen besteht, impliziert diese Bestimmung insoweit, als es um das *natürliche* Handlungsvermögen geht, das Vermögen zur Anwendung von Gewalt, d. h. zur Anwendung physischen oder psychischen Zwangs; denn zum natürlichen Handlungsvermögen eines Menschen zählt das *gesamte* ihm von Natur aus zukommende Handlungsvermögen, weshalb das Vermögen, physisch oder psychisch auf andere Menschen einzuwirken, einen notwendigen Bestandteil dieses Handlungsvermögens darstellt. Wird einem Subjekt über die Kopula „sollen“ natürliches Handlungsvermögen zugewiesen, beinhaltet dies daher die Bestimmung, dass das bestimmte Subjekt einen der Verwirklichung dieses Handlungsvermögens entgegengesetzten Widerstand gegebenenfalls auch mittels Gewalt überwinden können soll. Durch diese Anerkennung der Gewalt als Mittel zur Verwirklichung eines Willens unter Überwindung eines oder aller anderen Willen unterscheiden sich die *Rechtssätze* von den anderen Sollenssätzen, insbesondere von den durch die christliche Ethik geprägten Sätzen der Moral, welche die Anwendung von Gewalt unter *keinen* Umständen billigen.

Zwar ist in verfassten Gemeinwesen die Anwendung privater Gewalt grundsätzlich ebenfalls unzulässig, doch liegt dies nicht daran, dass auch die Sätze des (positiven) Rechts die Anwendung von Gewalt unter keinen Umständen billigten, sondern daran, dass sie diese nur unter *bestimmten* Umständen billigen, nämlich grundsätzlich nur dann, wenn diese Gewalt vom Inhaber des Gewaltmonopols ausgeht: Mit der Verfassungsgebung weisen alle sich diese Verfassung gebenden Freiheitsträger im *allen* gemeinen Interesse an der Vermeidung eines „Kriegs jeder gegen jeden“ dem Träger der verfassten Gewalt das Gewaltmonopol zu. Dadurch wird die Anwendung von Gewalt nicht generell für unzulässig erklärt, sondern nur die *Zuständigkeit* zu ihrer Anwen-

derung verändert: Nicht mehr der einzelne Freiheitsträger, sondern nur noch der Träger der verfassten Gewalt soll zur Verwirklichung von Recht, d. h. eines ihm oder einem Freiheitsträger zugewiesenen Handlungsvermögens, Gewalt anwenden können. Dass sich die Freiheitsträger mit der Verfassungsgebung der Befugnis begeben haben, *selbst* Gewalt anzuwenden, ändert jedoch nichts daran, dass das Vermögen zur physischen oder psychischen Einwirkung auf Menschen Bestandteil des Menschen von Natur aus zukommenden *natürlichen* Handlungsvermögens ist, so dass, wenn einem Subjekt über die Kopula „sollen“ natürliches Handlungsvermögen zugewiesen ist, diese Zuweisung auch die Zuweisung des Vermögens zur Anwendung von Gewalt umfasst, sofern sich das bestimmte Handlungsvermögen anders nicht verwirklichen lässt. Die Befugnis zur Anwendung von Zwang ist daher in der Befugnis zu bestimmtem Handeln durch Realakt enthalten. Im Notwehr- und Nothilferecht kommt dies noch heute zum Ausdruck. Im Hinblick auf das *natürliche* Handlungsvermögen lässt sich daher mit den Worten *Immanuel Kants* festhalten: „Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten ... einerlei“¹⁵².

Im Hinblick auf das *rechtliche* Handlungsvermögen besteht ein solcher Zusammenhang dagegen nicht. Denn mittels Gewalt lassen sich *unmittelbar*, d. h. kraft des Willens des Handelnden, nur tatsächliche, nicht aber auch rechtliche Wirkungen erzeugen.

Die hier vertretene These, dass die *Befugnis* zum Zwang dem Recht immanent ist, darf nicht verwechselt werden mit der oben abgelehnten Zwangstheorie. Der Unterschied zwischen jener und der hier vertretenen Auffassung besteht darin, dass die Zwangstheorie auf das (Vorhanden-) „Sein“ zwangsweiser Durchsetzungsmöglichkeit abstellt, während es hier nicht darauf ankommt, ob dem Berechtigten eine solche Durchsetzungsmöglichkeit zukommt, sondern darauf, ob sie ihm zukommen *soll*, ob er die *Befugnis* hat, Zwang anzuwenden bzw. vom Träger des Gewaltmonopols anwenden zu lassen: Da es sich beim Rechtssatz um einen *Sollenssatz* handelt (und nicht um einen *Seinssatz*), sind Satzsubjekt und -prädikat über die Kopula „sollen“ miteinander verbunden. Ob sie sich zugleich über die Kopula „sein“ miteinander verbinden lassen, ist für die Qualifizierung dieses Satzes als Rechtssatz ohne Bedeutung. Selbst dann, wenn mit einem Teil der Lehre angenommen würde, dass die mangelnde Durchsetzbarkeit eines Rechtssatzes diesem die Geltung nimmt, beeinflusst dies nicht die Eigenschaft der Handlungsvermögen zuweisenden

~~Sollenssätze, Rechtssatz zu sein~~; denn wie dargelegt, ist auch der ungültige Rechtssatz

¹⁵² *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre (FN 46), S. 36.

gelegt, ist auch der ungültige Rechtssatz Rechtssatz. Entscheidend ist nur, dass das Vermögen, den eigenen Willen notfalls auch gewaltsam durchsetzen zu können, dem Subjekt des Satzes zukommen *soll*; ob es ihm auch *zukommt*, das Subjekt seinen Willen mithin tatsächlich gewaltsam durchzusetzen vermag, ist für die Qualifizierung des Satzes als Rechtssatz ohne Bedeutung.

Fraglich ist, ob gegen die hier vertretene These, dass sich der Rechtssatz durch den Inhalt seines Prädikats von Sollenssätzen anderer Art unterscheidet, weil dieses primär ein *Handelnkönnen* (und nur sekundär ein *Handeln*) zum Inhalt habe, eingewendet werden kann, jedes Sollen impliziere ein Können¹⁵³; denn dann stellte die Bestimmung eines *Handelnkönnens* als „seinsollend“ keine Besonderheit des Rechtssatzes dar, sondern wohnte jedem Sollenssatz inne. Indes ist diese Frage zu verneinen: „Sollen“ kann schon deswegen nicht „Können“ zum Inhalt haben, weil „sollen“ nicht Inhaltswort („Begriff“), sondern Formwort ist. Das „Können“ ist daher im „Sollen“ nicht enthalten, sondern nur *Voraussetzung* für die Annahme eines *sinnvollen* Sollenssatzes. Denn, wie dargelegt, kommt als Gegenstand eines sinnvollen Sollenssatzes nur ein solches Verhältnis in Betracht, das weder notwendig noch unmöglich so ist, wie es durch den Satz bestimmt wird. Darüber hinaus stehen der Annahme, jede Bestimmung eines *Handelns* als „gesollt“ beinhalte die Bestimmung des entsprechenden *Handlungsvermögens* als „seinsollend“, folgende Überlegungen entgegen: Jedes *Handeln* ist *verwirklichtes* Handlungsvermögen,¹⁵⁴ weshalb sich ein *Handeln* ohne entsprechendes Handlungsvermögen gar nicht denken lässt. Aus diesem untrennbaren Zusammenhang zwischen *Handeln* und *Handelnkönnen* folgt jedoch nicht, dass durch jeden Sollenssatz ein *Handelnkönnen* als „seinsollend“ bestimmt würde. Denn der *Zweck* eines Satzes, durch den ein *Handeln* als „gesollt“ bestimmt wird, ist ein anderer als der *Zweck* eines Satzes, durch den ein *Handelnkönnen* als „seinsollend“ bestimmt wird:

Wie dargelegt, besteht der *Zweck* verbindlicher Sollenssätze in der *Verwirklichung* der durch sie bestimmten Ordnung.

Der *Zweck* eines Satzes, durch den ein *Handeln* als „gesollt“ bestimmt wird, besteht

¹⁵³ Vgl. z. B. Stranzinger (FN 20), in: Rechtstheorie 10 (1979), S. 81 ff., S. 87 ff.

¹⁵⁴ Deswegen darf das subjektive Recht nicht mit dem „Dürfen“ gleichgesetzt werden: In bestimmter Weise handeln „darf“ auch derjenige, der zu dem bestimmten Handeln *verpflichtet* ist. Denn es wäre widersprüchlich, wenn ein Subjekt, das zu bestimmtem Verhalten verpflichtet ist, sich nicht in der bestimmten Weise verhalten dürfte (woran sich auch erkennen lässt, dass sich Sollen und Dürfen nicht gegenseitig ausschließen). Dass ein Handeln „gedurft“ ist, bedeutet m.a.W. nur, dass dieses Handeln *rechtmäßig* ist, ohne dass damit aber Auskunft gegeben würde darüber, ob dieses Handeln „bloß“ dem objektiven Recht gemäß ist oder ob es auch einem subjektiven Recht entspricht.

folglich nicht in der Herbeiführung des zur Verwirklichung des bestimmten Handelns erforderlichen Handlungsvermögens, sondern in der Herbeiführung des bestimmten Handelns. Deswegen hat ein Sollenssatz dieser Art seinen Zweck nicht schon dann erreicht, wenn das Subjekt, das in der bestimmten Weise handeln soll, in der bestimmten Weise handeln kann, sondern erst dann, wenn es auch in der bestimmten Weise handelt. Das Vorhandensein des fraglichen Handlungsvermögens bildet nur eine notwendige Bedingung dafür, dass es zu dem mit der Setzung in erster Linie bezweckten Handeln kommt.

Der Zweck eines Satzes, durch den ein Handlungsvermögen als „seinsollend“ bestimmt wird, ist dagegen ein anderer. Hier bildet das Vorhandensein des bestimmten Handlungsvermögens nicht eine Voraussetzung für die Verwirklichung der durch diesen Satz bestimmten Ordnung, sondern *ist* bereits deren Verwirklichung: Die durch den Satz bestimmte Ordnung ist verwirklicht, sobald und solange der Berechtigte in der bestimmten Weise zu handeln vermag, ohne dass es darauf ankommt, ob er auch in der bestimmten Weise handelt. Entscheidend ist allein, dass das Subjekt, dem das fragliche Handlungsvermögen über die Kopula „sollen“ zugewiesen ist, von diesem Vermögen durch entsprechendes Handeln Gebrauch machen könnte, wenn es wollte. Es kann daher bei dem Befund bleiben, dass sich die rechtsbegründenden Sätze von den pflichtbegründenden dadurch unterscheiden, dass sie nicht ein Handeln als „gesollt“, sondern ein Handelnkönnen als „seinsollend“ bestimmen.

Da Rechte (subjektive Rechte wie objektives Recht) durch *Rechtssätze* begründet werden, steht somit fest, dass sich die Rechtssätze von den Sollenssätzen anderer Art dadurch unterscheiden, dass sie – zum Zwecke der Gewährleistung gleicher Freiheit – einem bestimmten Rechtssubjekt (Freiheits- oder Hoheitsträger) das *Vermögen* zu bestimmtem Handeln zuordnen.¹⁵⁵

b) Sekundär: Ein bestimmtes Handeln

Bisherige Überlegungen haben ergeben, dass das Prädikat von Rechtssätzen primär ein Handlungsvermögen zum Inhalt hat.

Indes folgt aus der Bestimmung, welches Subjekt wie handeln können *soll*, nicht, dass das bestimmte Subjekt in der bestimmten Weise auch handeln *kann*: Sollens- und Seinsätze sind, wie dargelegt, logisch voneinander unabhängig, weshalb sich von

¹⁵⁵ Und diese Sätze, die über die Kopula „sollen“ nicht ein bestimmtes Handeln, sondern das (natürliche) *Vermögen* zu bestimmtem Handeln zuordnen, sind dasjenige, was herkömmlicherweise in Abgrenzung zu den „Sollenssätzen“ als „Darf-Satz“ bezeichnet wird: Sätze, die darauf gerichtet sind, für ein bestimmtes Rechtssubjekt das (objektive oder subjektive) *Recht* zu bestimmtem Verhalten zu begründen, vgl. auch vorherige Fn.

einem Satz der einen Art nicht auf einen Satz der anderen Art schließen lässt.

So kann beispielsweise der Eigentümer einer Sache mit dieser nicht nach Belieben verfahren, wenn nicht er, sondern ein anderer die Sache besitzt oder sein (natürliches) Handlungsvermögen in bezug auf die Sache in anderer Weise als durch Besitzentziehung oder –vorenthaltung beeinträchtigt wird. Und dem nasciturus ist das Vermögen zu leben nicht gewährleistet, wenn keine hoheitlichen Maßnahmen zum Schutze vor einer Abtreibung getroffen werden.

Folgt aber aus der Bestimmung, welchem Subjekt welches Handlungsvermögen zukommen soll, nicht, dass ihm dieses Handlungsvermögen auch zukommt, bedarf es zur *Verwirklichung* der bestimmten Ordnung immer auch der Bestimmung, welches Subjekt im konkreten Fall wie handeln soll, damit der als seinsollend bestimmte Zustand seiend wird bzw. seiend bleibt. Ist zur Herstellung des als seinsollend bestimmten Zustandes der Träger der verfassten Gewalt verpflichtet, ist dieser grundsätzlich zwar unter *allen* Umständen zur Verwirklichung des als seinsollend bestimmten Zustands verpflichtet, andererseits aber auch berechtigt, selbst zu bestimmen, zu welchem Verhalten er im konkreten Fall verpflichtet ist.¹⁵⁶ Richtet sich die Pflicht dagegen an Freiheitsträger, muss zum Zwecke der Gewährleistung gleicher Freiheit vom Träger der verfassten Gewalt bestimmt werden, unter welchen Umständen welcher Freiheitsträger zu welchem Verhalten verpflichtet ist. Denn anders als der Träger der verfassten Gewalt, der ja nur Mittel zum Zwecke der Gewährleistung von Freiheit für die ihm die Verfassung gebenden Freiheitsträger ist, ist ein Freiheitsträger immer Zweck an sich selbst, weshalb er nicht auf ein bloßes Mittel zum Zwecke der Gewährleistung fremder Freiheit reduziert werden darf. Anders als ein Hoheitsträger darf ein Freiheitsträger daher nicht unter *allen*, sondern immer nur unter *bestimmten* – und bei

¹⁵⁶ Da die Verfassung ziemlich viele Zustände als seinsollend bestimmt (so sind z. B. nicht nur *jedem* Grundrechtsträger die in den einzelnen Grundrechtsnormen genannten Freiheiten zu gewährleisten, sondern auch sonstige Staatsziele zu erreichen) und sich aber nicht alle Zustände zur gleichen Zeit verwirklichen lassen, sondern diese in der Regel einander entgegenwirken, weil z. B. die Freiheit des einen die Unfreiheit aller anderen ist, muss zur Vermeidung widersprüchlicher Anordnungen für jeden Fall einer solchen Kollision bestimmt werden, welche Pflicht wie weit welcher anderen Pflicht vorgeht (andernfalls die pflichtbegründenden Sätze ein *unmögliches* Verhalten zum Gegenstand hätten, was nach dem oben Dargelegten zu ihrer Unverbindlichkeit führte). Da es dem Träger der verfassungsgewaltigen Gewalt nicht möglich ist selbst zu bestimmen, wie sich die verschiedenen Pflichten zueinander verhalten, ist diese Bestimmung dem Träger der verfassten Gewalt überlassen. Anders als dies im Verhältnis Hoheitsträger – Freiheitsträger der Fall ist, wo der *Urheber* des Satzes (durch seine rechtsanwendenden Organe) bestimmt, welches Verhalten den Adressaten des Satzes im konkreten Fall geboten ist, wird diese Bestimmung hier durch den *Adressaten* selbst getroffen: Der Träger der verfassten Gewalt bestimmt in eigener Verantwortung, durch welches Verhalten er die von ihm zu verwirklichenden Zustände verwirklicht und wie er diese bei einer Kollision zu einem Ausgleich bringt, wobei er allerdings nur so weit handeln kann und darf, als sein Handeln mit der Verfassung, insbesondere der von ihr vorgesehenen Verteilung rechtsetzender, rechtsprechender und rechtsvollziehender Funktionen auf verschiedene Organe im Einklang steht.

uns außerdem: nur vom *Gesetz* (allgemein) benannten – Umständen zu bestimmtem Verhalten verpflichtet sein. Wenn also durch Gesetz ein *Handeln* als „gesollt“ bestimmt wird (z. B. die Herausgabe einer bestimmten Sache an den Eigentümer, die Unterlassung einer bestimmten Störung oder der Ersatz eines bestimmten Schadens), so ist diese Bestimmung ein *Mittel* zum Zweck der Verwirklichung von Recht. Dies steht der Annahme entgegen, das Recht sei bloß ein Reflex der Pflicht.

Nur bei den *relativen* Rechten (den Ansprüchen) ist das Verhältnis von Recht und Pflicht umgekehrt; denn dort dient die Pflicht nicht der Verwirklichung des Rechts, sondern das Recht (zur Ansprache des Verpflichteten) dient der Erfüllung der im Interesse des Berechtigten begründeten Pflicht.

VI. Zusammenfassung

Das Wesen von Sätzen besteht darin, dem Menschen Orientierung zu ermöglichen, indem sie der Welt, in die er „hineingeworfen“ ist, eine seinem Wesen entsprechende, d. h. *vernünftiges* Handeln ermöglichende („verbindliche“) Ordnung geben. Dies gilt unabhängig davon, ob diese Ordnung durch Seins- oder durch Sollenssätze hergestellt wird. Seins- und Sollenssätze unterscheiden sich nur der Form, nicht aber ihrem Wesen nach voneinander.

Rechtssätze sind *Sollenssätze*. Sie unterscheiden sich von Sollenssätzen anderer Art dadurch, dass ihr Prädikat primär das *Vermögen* zu bestimmtem Handeln (und nur sekundär ein bestimmtes Handeln) zum Inhalt hat. So ist der oberste Satz allen Rechts ein Satz, durch den allen Menschen das Vermögen zu bestimmtem Handeln zugewiesen wird, nämlich das Vermögen zu *selbstbestimmtem* Handeln. Rechtssatz ist ein Handlungsvermögen zuweisender Sollenssatz daher nur dann, wenn er sich auf diesen obersten Satz zurückführen lässt, d. h. der Gewährleistung gleicher Freiheit zu dienen bestimmt ist.

Dass durch Rechtssätze primär Handlungsvermögen zugewiesen wird, gilt unabhängig davon, ob diese Sätze auf die Begründung subjektiven oder objektiven Rechts gerichtet sind. Subjektives und objektives Recht begründende Sätze unterscheiden sich voneinander nur dadurch, dass erstere dem Berechtigten Handlungsvermögen zur *freien* Verfügung zuweisen, während letztere dem Berechtigten Handlungsvermögen zur Erfüllung der diesem übertragenen Aufgaben zuweisen. Zugewiesen werden kann sowohl *natürliches*, d. h. von Natur aus bestehendes Handlungsvermögen als auch *rechtliches*, d. h. durch das Recht erst begründetes Handlungsvermögen. Im ersten Fall besteht das Vermögen darin, nach eigenem (subjektiven oder objektiven) Willen

eine tatsächliche Wirkung zu erzeugen, d. h. durch *Realakt* zu handeln; im zweiten Fall besteht das Vermögen darin, nach eigenem (subjektiven oder objektiven) Willen eine rechtliche Wirkung zu erzeugen, d. h. durch *Rechtsakt* (Gesetz, Urteil, Verwaltungsakt, Rechtsgeschäft) zu handeln. Im ersten Fall beinhaltet die Zuweisung die Zuweisung des Vermögens zur Anwendung von Gewalt, im zweiten dagegen nicht; denn durch Gewalt lassen sich unmittelbar, d. h. nach eigenem Willen nur tatsächliche Wirkungen, nicht aber auch rechtliche Wirkungen erzeugen. Allerdings ist im verfassten Gemeinwesen dem Träger der verfassten Gewalt das Gewaltmonopol zugewiesen, so dass, von Notfällen abgesehen, nur noch er Gewalt zur Durchsetzung von (objektivem und subjektivem) Recht anwenden darf.

Da rechtsbegründende Rechtssätze primär ein Handlungsvermögen zum Gegenstand haben, erfolgt die Bestimmung eines Handelns als „gesollt“ grundsätzlich nur *sekundär*, nämlich als Mittel zum Zweck der Verwirklichung eines primären, d. h. Handlungsvermögen zuordnenden Rechtssatzes. *Umgekehrt* ist diese Mittel-Zweck-Relation nur in den Fällen, in denen im subjektiven Interesse eine Pflicht begründet wird; denn dann ist das dem in seinem Interesse geschützten Freiheitsträger eingeräumte (relative) Recht, den Verpflichteten auf die Erfüllung seiner Pflicht *anzusprechen*, ein Mittel zum Zwecke der Durchsetzung der Pflicht. In allen anderen Fällen aber, also immer dann, wenn es um absolute subjektive Rechte oder um objektives Recht geht, ist das Recht der Pflicht gegenüber logisch vorrangig: Das Recht ist kein Reflex der Pflicht, sondern die Pflicht ist das Mittel zur Verwirklichung des Rechts.