

Gesine Voesch

Gleichheit und Verhältnismäßigkeit

Eine prinzipientheoretische Analyse
des allgemeinen Gleichheitssatzes



Nomos

Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie

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

Band 84

Gesine Voesch

Gleichheit und Verhältnismäßigkeit

Eine prinzipientheoretische Analyse
des allgemeinen Gleichheitssatzes



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

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

ISBN 978-3-8487-8589-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-3004-4 (ePDF)

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Diese Untersuchung hat im Februar 2020 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation vorgelegen. Ohne die freundliche Unterstützung zahlreicher Personen wäre die Arbeit nicht entstanden. Ihnen möchte ich an dieser Stelle danken.

Mein größter Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Dr. hc. mult. Robert Alexy für seine wertvollen Anregungen und seine engagierte Begleitung bei der Erstellung dieser Arbeit sowie darüber hinaus. Sein Werk und seine Schule haben mich tief beeindruckt und mein Denken nachhaltig geprägt. Er wird mir immer ein Vorbild sein. Professor Dr. Dr. Ino Augsberg danke ich für seine freundliche Bereitschaft zur Erstellung des Zweitgutachtens sowie für die schönen Jahre der Mitarbeit an seinem Lehrstuhl. Für die Aufnahme in diese Schriftenreihe danke ich den Herausgebern, Professor Dr. Dr. hc. mult. Robert Alexy, Professor Dr. Carsten Bäcker und Professor Dr. Martin Borowski. Dem Kieler *Doctores Iuris* e.V. danke ich für den meiner Dissertation – neben anderen – verliehenen Förderpreis.

Dank gebührt auch meinen Freunden und Kollegen am Kieler Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie sowie denjenigen, die diesem Lehrstuhl verbunden sind. Viele herzliche Gesten, fröhliche Momente und schöne Gespräche haben die Jahre an diesem Lehrstuhl zu einer Zeit gemacht, an die ich gerne zurückdenken werde. Nennen möchte ich insbesondere Andrea Neisius, Professor Dr. Dr. h.c. mult. Stanley L. Paulson, Bonnie Litschewski Paulson, Dr. Ruben Hartwig, Emma Harms und Dr. Christoph Kallmeyer.

Besonders danken möchte ich auch meiner Mutter Elke Voesch. Durch ihren steten Zuspruch, ihr Vertrauen und die Werte, die sie mir vermittelt hat, trägt sie einen bedeutenden Anteil an der Verwirklichung dieser Arbeit.

Mein herzlichster Dank gilt schließlich meinem Verlobten Sven Molde für seinen Rückhalt, seine unerschöpfliche Geduld und sein liebevolles Verständnis.

Kiel, im August 2022

Gesine Voesch

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis verwendeter logischer Symbole	15
Einleitung	17
Teil 1: Normtheoretische Grundlagen	21
A. Der Begriff der Norm	21
I. Der semantische Normbegriff	21
II. Norm und Rechtsnorm	23
1. Inhalt	24
2. Geltung	25
a) Geltungskriterien	25
b) Das Verhältnis der Geltungskriterien zueinander	28
III. Selbstständige und unselbstständige Normen	30
IV. Zugeordnete Normen	32
1. Notwendigkeit einer Zuordnung	33
2. Richtigkeit einer Zuordnung	35
B. Die Struktur von Rechtsnormen	36
I. Zum Begriff der Struktur	36
1. Struktur im weiteren Sinne	36
2. Struktur im engeren Sinne	38
II. Grundelemente einer Norm	39
1. Das Sollen	40
2. Der Normadressat	41
3. Der Normgegenstand	43
a) Handlungsformen	43
aa) Positive und negative Handlungen	44
bb) Faktische und normative Handlungen	44
cc) Vier mögliche Handlungsformen	45
b) Verhaltensnormen und Zustandsnormen	45
aa) Tätigkeiten und zustandsbezogene Handlungen	46
bb) Handlungskategorien	48
cc) Vier Arten des gesollten Verhaltens	48
dd) Relativierung der Unterscheidung im Recht	51
4. Standardform der Norm	51

III. Normstrukturelle Unterscheidungen	52
1. Bedingte und unbedingte Normen	52
2. Individuelle und universelle Normen	54
3. Gebot, Verbot und Erlaubnis	58
4. Subjektive Rechte und objektive Normen	61
a) Das Unterscheidungskriterium	61
b) Die als „subjektive Rechte“ zu bezeichnenden Positionen	63
aa) Rechte auf etwas	64
(1) Rechte auf negative Handlungen	65
(2) Rechte auf positive Handlungen	66
bb) Freiheiten	67
cc) Kompetenzen	69
C. Regeln und Prinzipien	71
I. Reales und ideales Sollen	73
II. Auswirkungen der Unterscheidung	75
1. Prima facie-Charakter	75
2. Konflikt- und Kollisionsverhalten	77
3. Rechtsanwendungsform	80
a) Regeln: ausschließlich Subsumtion	82
b) Prinzipien: Optimierung, insbesondere Abwägung	84
aa) Optimierung relativ auf die tatsächlichen Möglichkeiten	85
bb) Optimierung relativ auf die rechtlichen Möglichkeiten	87
(1) Abwägungsgesetz	87
(2) Gewichtsformel als elaborierte Form des Abwägungsgesetzes	92
(3) Kollisionsgesetz	96
(4) Abwägungsergebnis als zugeordnete Norm	98
4. Einschränkungbarkeit	100
a) Innentheorie und Außentheorie	101
b) Begriff der Schranke und Arten von Grundrechtsschranken	105
c) Schranken- und Vorbehaltsklauseln	107
5. Weite des Tatbestandes	109

Teil 2: Ansätze in der Literatur	116
A. Robert Alexy	116
I. Das Prinzip rechtlicher Gleichheit	118
1. "Gleiches ist gleich zu behandeln"	119
a) "Gleiches"	119
b) "Gleichbehandlung"	123
2. Prinzipiencharakter	123
a) Strukturelemente	124
aa) Tatbestand "T"	124
bb) Schrankenklausele "-S"	126
cc) Rechtsfolge "R"	127
b) Abwandlung	129
c) Definitive Fassung und prima facie-Fassung	131
3. Verhältnismäßigkeitsprüfung	133
II. Das Prinzip faktischer Gleichheit	133
1. Argument des Gleichheitsparadoxes	135
2. Argument der unzulässigen Kompetenzbeschränkung	136
III. Gleichheitssatz und Ungleichbehandlungsgebot	139
1. Prinzip rechtlicher Ungleichheit als Pendant zum Prinzip rechtlicher Gleichheit	140
2. Strukturell abweichendes Ungleichbehandlungsgebot	141
a) Verhältnis zum Prinzip faktischer Gleichheit	142
b) Prinzipiencharakter	143
IV. Festzuhaltendes	145
1. Zum Gleichbehandlungsgebot	145
2. Zum Ungleichbehandlungsgebot	147
3. Zum Gebot der Herstellung faktischer Gleichheit	148
B. Martin Borowski	148
I. Außentheoretisches Modell	150
1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	151
2. Literatur	156
a) Vier Thesen	156
b) Argumente gegen ein außentheoretisches Modell	158
c) Argument für ein außentheoretisches Modell	161
II. Weiter Tatbestand	162
1. Tatbestandstheorien des Gleichheitssatzes	162
2. Tatbestandselemente	165
a) Schutzgut	165
aa) Vergleichspaare	166

bb) Relevanzgrenze?	167
b) Eingriff	174
3. Frage nach dem Schutzgut	177
III. Einschränkungbarkeit des Prinzips rechtlicher Gleichheit	179
IV. Verhältnismäßigkeitsprüfung	180
1. Gegenstände der Verhältnismäßigkeitsprüfung	181
a) Gründe für eine rechtliche Gleichbehandlung	182
b) Gründe für eine rechtliche Ungleichbehandlung	182
aa) Individuelle Rechte	183
(1) Gleichheitsrechte	183
(2) Freiheitsrechte	184
bb) Kollektive Güter	188
c) Zwischenergebnis	189
2. Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung	192
a) Geeignetheit und Erforderlichkeit	192
aa) Geeignetheit	193
bb) Erforderlichkeit	195
cc) Ausschluss der Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung	199
b) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	203
aa) Intensität des Eingriffs	205
bb) Wichtigkeit der Zweckförderung	208
cc) Abwägung	211
V. Festzuhaltendes	214
1. Zum außentheoretischen Modell	215
2. Zum Tatbestand	216
3. Zum Schutzgut	218
4. Zum Eingriffsbegriff	219
5. Zur Einschränkungbarkeit	219
6. Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung	220
C. Stefan Huster	221
I. Basis der Husterschen Konzeption	222
1. Vier Begriffe der Gleichheit	223
2. Interne und externe Zwecke einer Ungleichbehandlung	226
II. Husters Modell des Gleichheitsrechts	228
1. Prima facie-Gebot normativer Gleichbehandlung	229
2. Zweistufige Prüfung	230
a) Entsprechensprüfung	230
b) Verhältnismäßigkeitsprüfung	233

3. Kontrollintensität	235
a) Entsprechensprüfung	235
b) Verhältnismäßigkeitsprüfung	236
III. Husters Argumente	237
1. Problem des Ungleichbehandlungsgebots	238
2. Problem des Gebots sozialer Gleichheit	240
3. Problem der Verhältnismäßigkeitsprüfung	242
a) Verhältnismäßigkeitsprüfung bei externen Zwecken	242
b) Keine Verhältnismäßigkeitsprüfung bei internen Zwecken	243
aa) These vom Schutzgut der normativen Gleichbehandlung	245
bb) These von der Unmöglichkeit einer Abwägung	246
IV. Eingeschränktes oder umfassendes Prinzipienmodell	248
V. Mehrfachkollision	250
VI. Festzuhaltendes	251
1. Zum Gebot normativer Gleichbehandlung	252
2. Zur Unterscheidung interner und externer Zwecke	253
3. Zum Erfordernis einer Entsprechensprüfung	254
D. Joachim Englisch	255
I. Modell	256
1. Materialer Gleichheitssatz	256
a) Gewährleistungsgehalt	256
aa) Bestimmung des sachgerechten Maßstabs	257
bb) Horizontale und vertikale Ausrichtung des Gleichheitsrechts	262
cc) Prima facie-Gehalt	264
b) Prüfungsgang	264
aa) Entsprechensprüfung	265
bb) Verhältnismäßigkeitsprüfung	266
2. Formaler Gleichheitssatz	267
II. Einwände gegen ein umfassendes Prinzipienmodell	268
1. Einwand der inkonsistenten Wertordnung	269
2. Sinnlosigkeit bzw. Unmöglichkeit einer Abwägung	269
III. Festzuhaltendes	271
1. Zum Gewährleistungsgehalt	271
2. Zur Kritik eines umfassenden Prinzipienmodells	273
E. Vicki C. Jackson	273
I. Gleichheitskontrolle in den USA	274

II. Herausforderungen und Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	274
1. Normative Wertungen auf Tatbestandsebene	275
2. Festlegung des Vergleichsmaßstabs	278
3. Interessen Dritter	279
III. Festzuhaltendes	280
F. Anna Nilsson	281
I. Geeignetheit: Erfordernis einer Zweck-Mittel-Relevanz	282
II. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne: Erfordernis der Kohärenz	284
III. Festzuhaltendes	285
Teil 3: Ergebnisse	286
A. Umfassendes Prinzipienmodell des allgemeinen Gleichheitssatzes	286
I. Gleichbehandlungsgebot	287
1. Rechtsfolge	287
a) Prima facie-Gebot	287
b) Gebot rechtlicher Gleichbehandlung	288
c) Zugleich Verbot rechtlicher Ungleichbehandlung	289
d) Korrespondierendes (Grund-)Recht	290
2. Weiter Tatbestand	292
a) Schutzgut	292
b) Eingriff	296
3. Einschränkungbarkeit	297
4. Normformulierungen	297
II. Ungleichbehandlungsgebot	298
1. Rechtsfolge	299
a) Prima facie-Gebot	299
b) Gebot rechtlicher Ungleichbehandlung	299
c) Zugleich Verbot rechtlicher Gleichbehandlung	300
d) Korrespondierendes (Grund-)Recht	300
2. Tatbestand	301
a) Schutzgut	301
b) Eingriff	301
3. Normformulierungen	301
III. Freistellung einer Ungleichbehandlung	302
1. Rechtsfolge	302
a) Prima facie-Freistellung	302
b) Freistellung einer rechtlichen Ungleichbehandlung	303

c) Kein korrespondierendes Recht	303
2. Tatbestand	303
3. Einschränkungbarkeit	304
4. Normformulierungen	304
B. Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit	304
I. Gegenstände einer gleichheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung	305
II. Struktur der gleichheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung	306
1. Geeignetheit	306
2. Erforderlichkeit	307
3. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	308
Literaturverzeichnis	311

Verzeichnis verwendeter logischer Symbole

Symbole der Aussagenlogik

$\neg$	Negation (nicht)
$\wedge$	Konjunktion (und)
$\vee$	Disjunktion (oder)
$\rightarrow$	Konditional (wenn ..., dann ...)
$\leftrightarrow$	Bikonditional (... genau dann, wenn ...)
$\times$	Kontravalenz (entweder ... oder ...)

Symbole der Quantorenlogik

$\forall x$	Allquantor (für alle x gilt, ...)
$\exists x$	Existenzquantor (es gibt mindestens ein x , für das gilt, ...)

Symbole der deontischen Logik

O	Gebotsoperator (es ist geboten, dass ...)
F	Verbotsoperator (es ist verboten, dass ...)
P	Erlaubnisoperator (es ist erlaubt, dass ...)

Einleitung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dessen Ursprünge auf das deutsche Polizeirecht zurückgehen,¹ ist inzwischen weltweit ein fester Bestandteil zahlreicher moderner Rechtsordnungen.² Wo er dies nicht ist, wird er intensiv diskutiert.³ Mit der weltweiten Verbreitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Aharon Barak spricht von einer „migration of proportionality“⁴, geht der weltweite Erfolg⁵ einer Theorie einher, die es vermag, die Begründung und die Struktur dieses so bedeutenden Grundsatzes dogmatisch klar zu erfassen. Diese Theorie, die in ihrer heute diskutierten Form auf Robert Alexy zurückgeht,⁶ ist die Prinzipientheorie. Sie geht von

-
- 1 Vgl. dazu etwa *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 2. Aufl. Goldbach 1999 [1. Aufl. 1961], S. 24-25, *Aharon Barak*, Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge 2012, S. 178-179, sowie *Florian Becker*, Verhältnismäßigkeit, in: H. Kube u.a. (Hg.), Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Band I, Heidelberg 2013, S. 225-236, S. 227.
 - 2 Eine anschauliche Darstellung der internationalen Verbreitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet sich bei *Aharon Barak*, Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations (Fn. 1), S. 181-210.
 - 3 So etwa in den USA. Zu einer umfassenden Darstellung der Rezeption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im internationalen Verfassungsrecht siehe *Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis*, Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee, in: *Verfassung und Recht in Übersee (VRÜ)* 44 (2011), S. 32-59, S. 36-57.
 - 4 *Barak*, Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations (Fn. 1), S. 181.
 - 5 Vgl. nur *Barak*, Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations (Fn. 1), *Carlos Bernal Pulido*, The Rationality of Balancing, in: *ARSP* 92 (2006), S. 195-208, *Madis Ernits*, Constitution as a System, Tartu 2019, sowie etwa die Sammelbände *George Pavlakos* (Hg.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Oregon 2007, *Gustavo A. Beade/Laura Clérico* (Hg.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá 2011, *Matthias Klatt* (Hg.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford 2012, *Grant Huscroft/Bradley W. Miller/Grégoire Webber* (Hg.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge 2014, *Martin Borowski/St Stanley L. Paulson/Jan-Reinard Sieckmann* (Hg.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, Tübingen 2017, *Vicki C. Jackson/Mark Tushnet* (Hg.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge 2017.
 - 6 Grundlegend ausgearbeitet hat Alexy diese Theorie in seiner Habilitationsschrift „Theorie der Grundrechte“, vgl. *Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 9. Aufl.

der grundlegenden normstrukturellen Unterscheidung zweier Normarten, der von Regeln und Prinzipien, aus und begreift sich als „System der Implikationen“⁷ dieser Unterscheidung. Auf diese Weise verknüpft die Prinzipientheorie analytisch Fragen der Struktureigenschaften von Normen mit Fragen ihrer Anwendungsformen.

Was das deutsche Verfassungsrecht betrifft, so ist die Prinzipientheorie bereits umfassend auf die Freiheitsrechte als Abwehrrechte angewandt worden. In wohl kaum einem Bereich wurde die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und das, was dieser für die Struktur jener Rechte bedeutet, so umfassend und tiefgehend untersucht.⁸ Dünner wird es bereits, wenn es um Freiheitsrechte als Leistungsrechte geht.⁹ Auch bei der Erörterung formeller Prinzipien sind noch viele Fragen offen. Doch

Frankfurt/M. 2020 [1. Aufl. 1985], S. 71-157. Vgl. hierzu auch die englische Version, *ders.*, A Theory of Constitutional Rights, übersetzt von Julian Rivers, Oxford 2002 [Reprinted 2010].

7 Robert Alexy, Die Konstruktion der Grundrechte, in: L. Clérico/J.-R. Sieckmann (Hg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden 2009, S. 9-19, S. 10.

8 Vgl. nur Alexy, Theorie der Grundrechte (Fn. 6), S. 71-157, Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5: Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl. Heidelberg 2000 [1. Aufl. 1992], S. 413-568, Rn. 136-137, Martin Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl. Baden-Baden 2018 [1. Aufl. 1998], S. 305-368, Jan-Reinard Sieckmann, Modelle des Eigentumschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, Baden-Baden 1998, S. 107-483, Andreas von Arnould, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, Baden-Baden 1999, S. 219-269, Lothar Michael, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, in: JuS 2001, S. 148-155, S. 148-151, Martin Borowski, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, Tübingen 2006, S. 546-547, *ders.*, Abwehrrechte als grundrechtliche Prinzipien, in: J.-R. Sieckmann (Hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden 2007, S. 81-104, Nils Teifke, Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen, Tübingen 2011, S. 101-149.

9 Vgl. dazu etwa Alexy, Theorie der Grundrechte (Fn. 6), S. 395-472, Konrad Hesse, Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: H. Däubler-Gmelin (Hg.), Gegenrede: Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden 1994, S. 541-559, Borowski, Grundrechte als Prinzipien (Fn. 8), S. 369-470, Michael, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze (Fn. 8), S. 151-152, Robert Alexy, Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz, in: J.-R. Sieckmann (Hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden 2007, S. 105-121.

auch hier hat sich inzwischen ein recht wohlgeordneter Literaturstand entwickelt.¹⁰ Beim allgemeinen Gleichheitssatz aber ist bis heute, was die Relation zwischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Gleichheitsprüfung betrifft, noch vieles ungeklärt. Es hat zahlreiche Versuche in der Literatur gegeben, hier Lösungen zu finden.¹¹ Bislang aber liegt kein Ergebnis vor, das mit allgemeiner Zustimmung rechnen kann. Der Gegenstand dieser Arbeit besteht in dem Versuch, die Beziehungen zwischen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und der Gleichheitsprüfung systematisch zu klären.

-
- 10 Siehe hierzu nur *Jan-Reinard Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990, S. 147-164, *Matthias Klatt/Johannes Schmidt*, Spielräume im Öffentlichen Recht. Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie, Tübingen 2010, S. 57-70, *Martin Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, in: M. Klatt (Hg.), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, Tübingen 2013, S. 151-199, *Robert Alexy*, Formal principles: Some replies to critics, in: *International Journal of Constitutional Law* (I•CON) 12 (2014), S. 511-524, *Jorge Alexander Portocarrero Quispe*, Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung. Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation, Baden-Baden 2014, *Guilherme Augusto Azevedo Palu*, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen: Eine Untersuchung formeller Prinzipien vor dem Hintergrund der Prinzipientheorie, Baden-Baden 2019.
- 11 Vgl. hierzu insbesondere *Michael Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, Berlin 1980, S. 54-65, *Alexy*, Theorie der Grundrechte (Fn. 6), S. 357-393, *Stefan Huster*, Rechte und Ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, Berlin 1993, S. 239-244, *Paul Kirchhof*, Gleichmaß und Übermaß, in: P. Badura/R. Scholz (Hg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 133-149, *Hans D. Jarass*, Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG, in: *NJW* 20 (1997), S. 2545-2550, *Lothar Michael*, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme. Methodenrechtliche Analyse und Fortentwicklung der Theorie der „beweglichen Systeme“ (Wilburg), Berlin 1997, S. 262-271, *Michael Sachs*, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sogenannte neue Formel, in: *JuS* 37 (1997), S. 124-130, *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (Fn. 8), S. 471-532, *Brun-Otto Bryde/Ralf Kleindiek*, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: *JA* 21 (1999), S. 36-44, *Christoph Brüning*, Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit, in: *JZ* 56 (2001), S. 669-720, *Joachim Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel mit Schlussfolgerungen für indirekte Steuern, Tübingen 2008, S. 171-182, *Werner Heun*, Die Rezeption des Gleichheitssatzes und seine Weiterentwicklung unter dem Grundgesetz, in: W. Heun, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, Tübingen 2014, S. 239-254, *Vicki C. Jackson*, Proportionality and Equality, in: Vicki C. Jackson/Mark Tushnet (Hg.), Proportionality. New Frontiers, New Challenges, Cambridge 2017, S. 171-196, *Anna Nilsson*, Minding Equality. Compulsory Mental Health Interventions and the CRPD, Lund 2017, S. 151-184.

Um eine Grundlage für diese Analyse zu erhalten, werden in einem ersten Teil die Grundelemente der Prinzipientheorie präsentiert und analysiert. Im zweiten Teil der Arbeit werden auf dieser Grundlage exemplarisch sechs Ansätze analysiert. Dies sind die Ansätze von Robert Alexy, Martin Borowski, Stefan Huster, Joachim Englisch, Vicki C. Jackson und Anna Nilsson. Dabei wird sich zeigen, dass bereits bedeutende Einsichten in die Beziehung von Verhältnismäßigkeitsprüfung und Gleichheitsprüfung gewonnen werden konnten. Doch es wird auch deutlich werden, dass eine perfekte Lösung bisher nicht existiert. Diese Arbeit begreift sich als Versuch, auf diesem Weg wenigstens ein Stück weit weiterzukommen.

Teil 1: Normtheoretische Grundlagen

Der allgemeine Gleichheitssatz ist eine Norm. Als Analyse einer Norm setzt die Untersuchung in einem ersten Schritt Klarheit über den Begriff der Norm voraus (A). Weiter ist, da es, um genauer zu sein, um eine Strukturanalyse geht, zu klären, was unter der Struktur einer Norm zu verstehen ist und welche normstrukturellen Unterscheidungen getroffen werden können (B). Schließlich soll auf dieser Basis die für diese Arbeit bedeutendste normstrukturelle Unterscheidung, die von Regeln und Prinzipien, dargestellt werden (C). Die Kenntnis dieser fundamentalen Grundlagen wird es ermöglichen, eine präzise normtheoretische Analyse der Struktur des allgemeinen Gleichheitsrechts vorzunehmen, um daraus Schlussfolgerungen für dessen Anwendung zu ziehen.

A. Der Begriff der Norm

I. Der semantische Normbegriff

Ebenso wie der Begriff des Rechts überhaupt, gehört auch der Begriff der Norm zu den grundlegendsten Begriffen der Rechtswissenschaft und zugleich zu den umstrittensten.¹² Für den Gang dieser Arbeit ist eine tiefergehende Auseinandersetzung mit den möglichen Bestimmungen des Begriffs der Norm nicht erforderlich. Da die Festlegung auf einen Normbegriff dennoch notwendig ist, soll den Ausgangspunkt der folgenden Darstellung die semantische Konzeption der Norm bilden.¹³ Der semantische Normbegriff trennt den Begriff der Norm vom Begriff ihrer Geltung. Diese geltungsfreie Begriffsbestimmung hat den Vorteil, dass die Frage nach dem Begriff der Norm unabhängig von der Frage nach den Bedingungen

12 Eine Darstellung verschiedener Normbegriffe findet sich etwa bei *James W. Harris*, *Law and Legal Science*, Oxford 1979, S. 25-69.

13 Vgl. zum semantischen Normbegriff etwa *Ota Weinberger*, *Rechtslogik*, 2. Aufl. Berlin 1989 [1. Aufl. 1970], S. 32-33, *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (Fn. 6), S. 42-47, *Jan-Reinard Sieckmann*, *Semantischer Normbegriff und Normbegründung*, in: ARSP 80 (1994), S. 228-235, *Peter Koller*, *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, 2. Aufl. Wien/Köln/Weimar 1997 [1. Aufl. 1992], S. 65, sowie *Borowski*, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes* (Fn. 8), S. 181-182.

ihrer Geltung beantwortet und insofern von einem weiteren komplexen Streit entlastet wird.¹⁴ Zugleich ist sie nicht nur mit verschiedensten Geltungstheorien vereinbar, sondern wird vielmehr von diesen vorausgesetzt.¹⁵ Der semantische Normbegriff schafft auf diese Weise begriffliche Klarheit und bleibt gleichzeitig gegenüber geltungstheoretischen Ansätzen offen.

Dem semantischen Normbegriff liegt die Unterscheidung zwischen Norm und Normsatz zugrunde. Ein Normsatz ist ein Satz, der eine Norm ausdrückt. Eine Norm ist der Bedeutungsgehalt eines Normsatzes.¹⁶ Mit dieser Begriffsbestimmung der Norm als Bedeutungsgehalt eines Normsatzes ist zwar noch keine hinreichende Definition der Norm gewonnen, ein wesentlicher Aspekt wird allerdings deutlich: Eine Norm ist etwas anderes als die Formulierung einer Norm in Form eines Normsatzes. Sie besteht vollkommen unabhängig von diesem.¹⁷ Aufgrund dieser Differenzierung ist es möglich, ein und dieselbe Norm durch verschiedene Sätze auszudrücken. Die Norm des Straßenverkehrsrechts, wonach Vorfahrt zu gewähren ist, kann ebenso durch die Sätze „Vorfahrt soll gewährt werden“, „Es ist verboten, Vorfahrt nicht zu gewähren“ oder „Vorfahrt wird gewährt“ ausgedrückt werden. Auch könnte diese Norm in einer anderen Sprache oder als Zeichen in Form eines Verkehrsschilds formuliert werden. Der Gehalt der Norm selbst wird jedoch durch keine dieser Ausdrucksweisen verändert. Normen können damit auf verschiedene Weisen ausgedrückt werden, die auf den Inhalt der Norm selbst keinen Einfluss haben. Möglich ist es jedoch stets, eine Norm sprachlich durch einen Normsatz zu formulieren.¹⁸

14 Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte (Fn. 6), S. 47-49. Nicht geltungsfreie Normbegriffe gehen hingegen davon aus, dass der Begriff der Norm den ihrer Geltung impliziert. Einen solchen Begriff vertritt etwa *Alf Ross*, Directives and Norms, London 1968, S. 82: „[A] norm is a directive which stands in a relation of correspondence to social facts, the nature of the relation to be specified subsequently.“

15 *Alexy*, Theorie der Grundrechte (Fn. 6), S. 49.

16 Vgl. *Weinberger*, Rechtslogik (Fn. 13), S. 32-33, *Alexy*, Theorie der Grundrechte (Fn. 6), S. 43, *Sieckmann*, Semantischer Normbegriff und Normbegründung (Fn. 13), S. 228.

17 Legt man die Dreiwelten- oder Dreireichelehre Freges zugrunde, sind Normsätze als solche der physischen und Normen der geistigen Welt zuzuordnen. Vgl. *Gottlob Frege*, Der Gedanke. Eine logische Untersuchung, in: G. Frege, Logische Untersuchungen, hg. v. G. Patzig, 5. Aufl. Göttingen 2003 [1. Aufl. 1966], S. 30-73, S. 43: „Ein drittes Reich muß anerkannt werden.“

18 Vgl. *Koller*, Theorie des Rechts (Fn. 13), S. 65.

Sofern Normsätze deontische Modalitäten wie „geboten“, „verboten“ oder „erlaubt“ enthalten, handelt es sich um deontische Sätze.¹⁹ Wie das Beispiel des Normsatzes „Vorfahrt wird gewährt“ zeigt, muss nicht jeder Normsatz ein deontischer Satz sein. Entscheidend ist jedoch, dass jeder Normsatz in einen solchen umformuliert werden kann,²⁰ und aus eben dieser Tatsache ergibt sich das für Normen konstitutive Merkmal. Im Gegensatz zu Aussagen, die beschreiben, wie etwas *ist*, sagen Normen, wie etwas sein *soll*.²¹ Der Begriff des Sollens ist in diesem Sinne als umfassender Ausdruck zu verstehen.²² Er erfasst alle deontischen Modalitäten²³, zu denen neben den Grundmodalitäten des Gebots, des Verbots und der Erlaubnis auch komplexere Modalitäten wie etwa die der Freiheit, des Rechts oder der Kompetenz zählen.²⁴ Der Begriff der Norm lässt sich dementsprechend definieren als Bedeutungsgehalt, der sagt, dass etwas gesollt ist.

II. Norm und Rechtsnorm

Bei dem semantischen Normbegriff handelt es sich um einen allgemeinen Normbegriff, der nicht auf spezielle Normarten beschränkt ist. Von ihm erfasst werden daher nicht nur Normen des Rechts, sondern etwa auch solche der Moral, religiöse Verhaltensgebote oder allgemeine Benimmregeln. Gegenstand dieser Untersuchung sind jedoch nicht Normen im Allgemeinen, sondern Rechtsnormen. Es stellt sich daher die Frage, was eine Norm zu einer Rechtsnorm macht. Zur Beantwortung dieser Frage bieten sich zwei Kriterien an. Das erste Kriterium stellt auf den Inhalt der Norm ab, das zweite auf ihre Geltung.

19 Alexy, Theorie der Grundrechte (Fn. 6), S. 45.

20 Vgl. ebd., S. 46.

21 Vgl. ebd. Zur Parallele der Struktur von Aussage und Aussagesatz sowie Norm und Normsatz vgl. insbes. Ross, Directives and Norms (Fn. 14), S. 9-33, S. 34-77, sowie Sieckmann, Semantischer Normbegriff und Normbegründung (Fn. 13), S. 228-235.

22 Auch Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. Wien 1960 [1. Aufl. 1934], S. 5, verwendet den Begriff des Sollens in einem umfassenden Sinn: „In diesem 'Sollen' ist das 'Dürfen' und 'Können' mit inbegriffen. Denn eine Norm kann nicht nur gebieten, sondern auch erlauben und insbesondere ermächtigen.“

23 Vgl. hierzu auch Alexy, Theorie der Grundrechte (Fn. 6), S. 46.

24 Zu den deontischen Modalitäten siehe näher unten S. 58-71.

1. Inhalt

Auf den ersten Blick liegt es nahe, zur Ermittlung des rechtlichen Charakters einer Norm auf ihren Inhalt abzustellen.²⁵ Normen wie „Verträge sind zu halten“ oder „Wer das Eigentum anderer schädigt, hat Schadensersatz zu leisten“ haben einen eindeutig rechtlichen Inhalt und könnten deshalb als Rechtsnormen bezeichnet werden. Ebenso gibt es Fälle, in denen Normen eindeutig nicht dem Recht zuzuordnen sind, wie etwa der Befehl des Halters an seinen Hund, bei Fuß zu gehen. Zwischen diesen als eindeutig einzustufenden Fällen gibt es jedoch ein breites Spektrum an Normen, die aufgrund ihres Inhalts weder eindeutig dem Recht noch eindeutig nicht dem Recht zugeordnet werden können. So kann die Norm, nicht Ehebruch zu begehen, aufgrund ihres Inhalts jedenfalls als moralische Norm eingestuft werden. Nicht jedoch lässt ihr Inhalt einen zwingenden Schluss darauf zu, dass es sich um eine Rechtsnorm handelt. Bestätigt wird dies dadurch, dass es sich bei dem Verbot des Ehebruchs in Deutschland nur bis 1969 um eine Rechtsnorm handelte, die in § 172 StGB a. F. normiert war.²⁶ Seitdem wird der Ehebruch hierzulande nicht mehr rechtlich sanktioniert. Zwar existiert die Norm noch als moralische Norm, doch heutzutage käme in Deutschland wohl kaum jemand auf die Idee, sie als Rechtsnorm zu bezeichnen, und dies obwohl sich der Inhalt dieser Norm nie geändert hat. Dagegen ließe sich – zu Recht – einwenden, dass der allgemeine Sprachgebrauch keinen zwingenden Rückschluss darauf zulässt, ob eine Norm aufgrund ihres Inhalts eine Rechtsnorm ist oder nicht. Ebenso könnte behauptet werden, dass die Norm weiterhin als Rechtsnorm bezeichnet werden sollte, aber als eine, die nicht gilt. Festzuhalten bleibt jedoch erstens, dass sich bereits der Sprachgebrauch nicht nach inhaltlichen Kriterien richtet, und zweitens, dass Argumente sowohl

25 So etwa Hermann Kantorowicz, *Der Begriff des Rechts*, hg. v. A. H. Campbell, Göttingen o. J., S. 2. Kantorowicz plädiert ausdrücklich für einen geltungsfreien Begriff des Rechts: „Der am weitesten verbreitete, aber vielfach unbewußte Mißbrauch des Wortes ‚Recht‘ besteht darin, es auf (*absolut*) *bindende Regeln* zu beschränken. Diese Eigenschaft wird häufig als *Geltung* bezeichnet [...]“. Dementsprechend muss er inhaltliche Kriterien zugrunde legen. Er definiert das Recht als „*Gesamtheit von Regeln, welche äußeres Verhalten vorschreiben und als gerichtsfähig angesehen werden*“, ebd., S. 36, 90.

26 § 172 Abs. 1 StGB a. F. lautet: „Der Ehebruch wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten sowie dessen Mitschuldigen mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.“ Die Vorschrift wurde durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG) vom 25.6.1969, BGBl. 1969 I, S. 645 (653), aufgehoben.

für als auch gegen eine Charakterisierung als Rechtsnorm angeführt werden könnten. Dies zeigt, dass der Inhalt einer Norm jedenfalls nicht als definitives Kriterium zur Bestimmung ihres rechtlichen Charakters dienen kann. Da sehr vieles Rechtsinhalt sein kann, ist das Kriterium des Inhalts zu unbestimmt.

2. Geltung

Um auf den Charakter einer Norm als Rechtsnorm zu schließen, bleibt daher als definitives Kriterium nur das ihrer faktischen Geltung, und zwar in Form ihrer *rechtlichen* Geltung. Eine Norm ist demnach dann und nur dann eine Rechtsnorm, wenn sie rechtlich gilt. Unter Anwendung dieses Kriteriums wird die Frage nach dem Begriff der Rechtsnorm unmittelbar abhängig gemacht von den Bedingungen ihrer rechtlichen Geltung. Wer sagt, dass eine Norm durch ihre rechtliche Geltung zu einer Rechtsnorm wird, vertritt einen nicht geltungsfreien Begriff der Rechtsnorm.²⁷

a) Geltungskriterien

Nun stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen eine Norm erfüllen muss, um sie als rechtlich geltend und damit als „Recht“ qualifizieren zu können. Die Frage nach dem Begriff des Rechts und damit auch die nach den Bedingungen der rechtlichen Geltung ist seit jeher umstritten. Im Kern geht es darum, auf welche Weise drei Definitionselemente, denen drei Geltungsbedingungen entsprechen, zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Je nachdem, welche dieser Merkmale als für den Begriff des Rechts konstituierend angesehen werden und welches Gewicht ihnen jeweils zugeschrieben wird, entstehen ganz unterschiedliche Begriffe des Rechts und der rechtlichen Geltung.²⁸ Diese drei Elemente sind die der ordnungsgemäßen Gesetztheit, der sozialen Wirksamkeit und der inhaltlichen Richtigkeit.²⁹

27 Zur Unterscheidung zwischen geltungsfreien und nicht geltungsfreien Rechtsbegriffen siehe *Robert Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, erweiterte Neuausgabe Freiburg/München 2020 [1. Aufl. 1992], S. 44-46.

28 Vgl. *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* (Fn. 27), S. 29, 139-143.

29 Ebd., S. 29.

Das Kriterium der ordnungsgemäßen Gesetztheit fordert für die rechtliche Geltung einer Norm, dass diese von einem dafür zuständigen Organ in der dafür vorgesehenen Weise erlassen worden ist und nicht gegen höherrangiges Recht verstößt.³⁰ Der Wert dieses Kriteriums liegt darin begründet, dass es in höchstmöglichem Maße der Rechtssicherheit dient.³¹ Aufgrund dieser Tatsache verzichtet auch kein vernünftiger Rechtsbegriff auf dieses Merkmal. Einen Rechtsbegriff, der primär auf die ordnungsgemäße Gesetztheit abstellt, vertritt Kelsen. Ihm zufolge stützt sich die rechtliche Geltung auf eine vorausgesetzte Grundnorm, „derzufolge man einer tatsächlich gesetzten [...] Verfassung und daher den gemäß dieser Verfassung tatsächlich gesetzten [...] Normen entsprechen soll“^{32, 33}

Während das Kriterium der ordnungsgemäßen Gesetztheit auf die Entstehung einer Norm abstellt, geht es bei dem Kriterium der sozialen Wirksamkeit um die Frage ihrer tatsächlichen Befolgung. Eine Norm ist dann sozial wirksam und gilt sozial, wenn sie entweder befolgt oder ihre Nichtbefolgung sanktioniert wird.³⁴ Elementar für Rechtsnormen ist dabei, dass die Sanktionierung der Nichtbefolgung physischen Zwang in Form staatlich organisierten Zwangs einschließt.³⁵ Denn auch moralische Normen können eine soziale Wirksamkeit haben, ihre Nichtbefolgung wird jedoch nicht mit der Intensität des staatlich organisierten Zwangs geahnt-

30 Ebd., S. 143. Nach Alexy gilt eine Norm, wenn sie ordnungsgemäß gesetzt ist, „juristisch im engeren Sinne“, ebd., S. 142-143. Die juristische Geltung im engeren Sinne ist abzugrenzen von der im weiteren Sinne. Dieser Geltungsbegriff „schließt [...] Elemente der sozialen Geltung notwendig ein. Wenn er nur Elemente der sozialen Geltung einschließt, handelt es sich um einen positivistischen, wenn er auch Elemente der moralischen Geltung umfaßt, um einen nichtpositivistischen Begriff der rechtlichen Geltung.“, ebd., S. 142.

31 Zum Verhältnis von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit als fundamentalen Rechtsprinzipien vgl. *Robert Alexy*, Legal Certainty and Correctness, in: *Ratio Juris* 28 (2015), S. 441-451.

32 *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 22), S. 219.

33 Zu weiteren Beispielen primär setzungsorientierter Rechtsbegriffe siehe *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 27), S. 34-38.

34 Ebd., S. 139. Dabei geht es bei der sozialen Wirksamkeit nicht darum, dass eine Norm ausnahmslos befolgt oder ihre Nichtbefolgung ausnahmslos sanktioniert wird. Es können verschiedene Wirksamkeitsgrade unterschieden werden. Vgl. dazu näher ebd., S. 140-141.

35 *Immanuel Kant*, Metaphysik der Sitten, in: *Kant's gesammelte Schriften*, hg. v. d. Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Bd. 6, Berlin 1907/14, S. 231-232, *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 22), S. 26, *Robert Alexy*, On the Concept and the Nature of Law, in: *Ratio Juris* 21 (2008), S. 292-293, *ders.*, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 27), S. 32-33, S. 141.

det. So definiert auch Geiger, der einen primär wirksamkeitsorientierten Rechtsbegriff vertritt, das Recht als „soziale Lebensordnung eines zentral organisierten gesellschaftlichen Großintegrats, sofern diese Ordnung sich auf einen von besonderen Organen monopolistisch gehandhabten Sanktionsapparat stützt“^{36,37} Auch auf das Merkmal der sozialen Wirksamkeit verzichtet kaum ein Rechtsbegriff.³⁸

Die Kriterien der ordnungsgemäßen Gesetztheit und der sozialen Wirksamkeit betreffen die reale oder faktische Seite des Rechts. Bei dem Kriterium der inhaltlichen Richtigkeit geht es hingegen um die ideale oder kritische Dimension des Rechts.³⁹ Inhaltlich richtig und damit moralisch geltend ist eine Norm, wenn sie moralisch gerechtfertigt ist.⁴⁰ Diese moralische Rechtfertigung umfasst vor allem Elemente der Gerechtigkeit. Im Rahmen des Kriteriums der inhaltlichen Richtigkeit kann danach differenziert werden, ob die moralische Geltung oder Richtigkeit notwendiges Element der *rechtlichen Geltung* ist, oder ob sie (bloß) notwendige Bedingung der *rechtlichen Richtigkeit* ist. Im ersten Fall handelt es sich um einen klassifizierenden Zusammenhang zwischen Recht und Moral, im zweiten um einen qualifizierenden Zusammenhang.⁴¹ Beiden Varianten ist gemein, dass sie eine notwendige Verbindung zwischen Recht und Moral voraussetzen. Doch nur bei Annahme eines klassifizierenden Zusammenhangs setzt die rechtliche Geltung und das, was man „Recht“ nennt, mindestens einen bestimmten Grad inhaltlicher Richtigkeit voraus. Einen solchen klassifizierenden Zusammenhang nimmt der späte Radbruch an, wenn die

36 Theodor J. Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, hg. v. M. Rehbinder, 4. Aufl. Berlin 1987 [1. Aufl. 1947], S. 297.

37 Zu weiteren Beispielen primär wirksamkeitsorientierter Rechtsbegriffe siehe Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 27), S. 31-34.

38 So schließt beispielsweise auch Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 22), S. 219, die soziale Wirksamkeit in seinen Rechtsbegriff mit ein: „Setzung und Wirksamkeit sind in der Grundnorm zur Bedingung der Geltung gemacht; Wirksamkeit in dem Sinne, daß sie zur Setzung hinzutreten muß, damit die Rechtsordnung als Ganzes ebenso wie eine einzelne Rechtsnorm ihre Geltung nicht verliere.“

39 Zu den Begriffen der realen und der idealen Dimension des Rechts vgl. Alexy, On the Concept and the Nature of Law (Fn. 35), S. 281-299, S. 287, ders., Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, in: ARSP 95 (2009), S. 151-166, S. 151, ders., Die Doppelnatur des Rechts, in: Der Staat 50 (2011), S. 389-404.

40 Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 27), S. 141.

41 Zur Unterscheidung zwischen klassifizierendem und qualifizierendem Zusammenhang vgl. ebd., S. 48-49.

Schwelle zum extremen Unrecht erreicht wird. Nach der sog. Radbruchschen Formel⁴² ist, kurz gesprochen, extremes Unrecht kein Recht.⁴³

b) Das Verhältnis der Geltungskriterien zueinander

Die drei Kriterien der ordnungsgemäßen Gesetztheit, der sozialen Wirksamkeit und der inhaltlichen Richtigkeit können sowohl in einem normativen als auch in einem deskriptiven Zusammenhang zueinander ins Verhältnis gesetzt werden.

Der normative Zusammenhang betrifft die Frage, welcher Rechtsbegriff der richtige ist. Bei ihm geht es darum, welches das *richtige* Verhältnis der drei Kriterien zueinander ist. Diese Verhältnisbestimmung betrifft insbesondere die Frage, ob ein positivistischer Rechtsbegriff, der sich auf die Kriterien der ordnungsgemäßen Gesetztheit und der sozialen Wirksamkeit beschränkt, einem nichtpositivistischen Rechtsbegriff, der auch die inhaltliche Richtigkeit einschließt, vorzuziehen ist oder nicht.⁴⁴ Diese Fragestellung ist eine genuin rechtsphilosophische Fragestellung. Man kann sogar

42 Die Radbruchsche Formel lautet: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“, *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: A. Kaufmann (Hg.), *Gustav Radbruch. Gesamtausgabe*, Bd. 3, Heidelberg 1990, S. 83-93, S. 89. Vgl. näher zum Rechtsbegriff Radbruchs *Robert Alexy*, A Defence of Radbruch's Formula, in: M. D. A. Friedmann (Hg.), *Lloyd's Introduction of Jurisprudence*, 7. Aufl. London 2001, S. 374-391, *Stanley L. Paulson*, Zur Kontinuität der nichtpositivistischen Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs, in: M. Borowski/S. L. Paulson (Hg.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, Tübingen 2015, S. 151-182, sowie *Martin Borowski*, Begriff und Geltung des Rechts bei Gustav Radbruch, in: M. Borowski/S. L. Paulson (Hg.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, Tübingen 2015, S. 229-265.

43 Vgl. *Alexy*, A Defence of Radbruch's Formula (Fn. 42), S. 375.

44 Vgl. dazu insbesondere *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 27), S. 39-136.

sagen, dass sie das Hauptproblem der Rechtsphilosophie definiert. Als Beispiele können die Debatten zwischen Gustav Radbruch und H. L. A. Hart⁴⁵ sowie zwischen Joseph Raz und Robert Alexy⁴⁶ angeführt werden.

Bei dem deskriptiven Zusammenhang geht es vor allem darum, ob ein tatsächlich existierendes Rechtssystem als Ganzes oder in Teilgebieten von einem positivistischen oder nichtpositivistischen Rechtsbegriff ausgeht. Was Deutschland betrifft, so hat das Bundesverfassungsgericht schon sehr früh auf die Radbruchsche Formel Bezug genommen.⁴⁷ Das ist nach dem Zusammenbruch der DDR in den sog. Mauerschützen-Prozessen vom 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs wiederholt worden.⁴⁸ Sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch der Europäische Gerichtshof für

45 Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (Fn. 42), S. 83-93, *Gustav Radbruch*, Die Erneuerung des Rechts, in: A. Kaufmann (Hg.), *Gustav Radbruch*. Gesamtausgabe, Bd. 3, Heidelberg 1990, S. 80-82, *H. L. A. Hart*, Positivism and the Separation of Law and Morals, in: H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 2012, S. 49-87. Vgl. dazu *Walter Ott*, *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, Berlin 1976, S. 183-188.

46 Siehe nur *Joseph Raz*, The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism, in: J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 2. Aufl. Oxford 2009 [1. Aufl. 1979], S. 313-335, *ders.*, On the Nature of Law, in: ARSP 82 (1996), S. 1-25, *ders.*, Can There Be a Theory of Law?, in: M. P. Golding/W. A. Edmundson (Hg.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford 2005, S. 324-342, *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 27), S. 39-136, *ders.*, The Nature of Arguments about the Nature of Law, in: L. H. Meyer/S. L. Paulson/T. W. Pogge (Hg.), *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford 2003 [Reprinted 2006], S. 3-16, *ders.*, On Two Juxtapositions: Concept and Nature, Law and Philosophy. Some Comments on Joseph Raz's „Can There Be a Theory of Law?“, in: *Ratio Juris* 20 (2007), S. 162-169, *ders.*, An Answer to Joseph Raz, in: G. Pavlakos (Hg.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford 2007, S. 37-55. Vgl. dazu etwa *John Gardner*, How Law Claims, What Law Claims, in: M. Klatt (Hg.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford 2012, S. 29-44.

47 Vgl. nur BVerfGE 3, 58 (119); 3, 225 (232-233); 6, 132 (198); 6, 389 (414-415), sowie ferner und grundlegend BVerfGE 23, 98 (106).

48 BGHSt 39, 1 (15-16); 39, 168 (183-184); 41, 101 (105); 42, 65 (70-71); 42, 356 (361). Vgl. dazu etwa *Robert Alexy*, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg 1993, *Knut Seidel*, *Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“-Prozesse*, Berlin 1999, sowie *Steffen Forschner*, *Die Radbruchsche Formel in den höchstrichterlichen „Mauerschützenurteilen“*, Diss. Tübingen 2003.

Menschenrechte haben das gebilligt.⁴⁹ Freilich ist zu bemerken, dass diese generelle Feststellung zahlreicher Präzisierungen bedarf. Das kann hier jedoch nicht ausgeführt werden.⁵⁰ Jedenfalls lässt sich feststellen, dass ein nichtpositivistischer Rechtsbegriff keineswegs nur eine Idee der Rechtsphilosophie ist, sondern unmittelbare praktische Relevanz besitzt.

Weder normativ noch deskriptiv lässt sich somit eine abschließende Feststellung zum Verhältnis der Geltungskriterien zueinander treffen. Festgehalten werden kann jedoch, dass die ordnungsgemäße Gesetztheit sowie die soziale Wirksamkeit sowohl bei der Frage nach dem richtigen Rechtsbegriff als auch bei der Frage nach dem Rechtsbegriff eines tatsächlich existierenden Rechtssystems die dominierenden Kriterien insofern sind, als sie nicht nur von Positivisten, sondern auch von vielen Nichtpositivisten als notwendige Elemente des Rechtsbegriffs erachtet werden. Dass fehlende inhaltliche Richtigkeit auch in der tatsächlichen gerichtlichen Praxis zum Geltungsverlust führen kann, zeigen die erwähnten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs.

III. Selbstständige und unselbstständige Normen

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass Rechtsnormen solche Normen im Sinne des semantischen Normbegriffs sind, die rechtlich gelten. Mit dieser Begriffsbestimmung ist jedoch noch nicht alles erfasst, was im Recht gemeinhin als (Rechts-)Norm bezeichnet wird. So bestimmt etwa Art. 116 Abs. 1 GG: „Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist [...], wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt [...]“. Obwohl dieser Satz kein Sollen enthält, wird kaum jemand bestreiten, dass es sich bei ihm um eine Rechtsnorm handelt. Rechtlich geltende Normen im Sinne des semantischen Normbegriffs erfassen daher nur einen Teil dessen, was unter

49 BVerfGE 95, 96 (130-137); EGMR NJW 2001, 3035-3041. Näher zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts *Robert Alexy*, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996, Hamburg 1997. Vgl. hierzu *Andreas Hoyer*, Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, in: M. Borowski/S. L. Paulson/J.-R. Sieckmann (Hg.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, Tübingen 2017, S. 121-132, sowie *Jan C. Joerden*, Zwischen Recht, Moral und Strafbarkeit. Zu Robert Alexys Position zur Bestrafung der sog. Mauerschützen, in: M. Borowski/S. L. Paulson/J.-R. Sieckmann (Hg.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, Tübingen 2017, S. 105-120.

50 Siehe dazu etwa *Carsten Bäcker*, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, Tübingen 2015.