

Sabine Müller-Mall

Performative Rechtserzeugung

Eine theoretische Annäherung

© Velbrück Wissenschaft, Weilerswist 2012

Vorwort

Diese Untersuchung nimmt ihren Ausgang in der durchaus grundsätzlichen Frage, wie Recht erzeugt wird. Im Vordergrund steht dabei weniger der unmögliche Versuch, eine umfassende Theorie der Rechtserzeugung zu zeichnen, als die Suche nach einer geeigneten Perspektive auf selbige. Unter welchem Blickwinkel, von welcher Betrachtungsebene aus könnte es möglich sein, produktive Beschreibungen für den Vorgang der Rechtserzeugung zu finden?

Auch wenn in den meisten Staaten tagtäglich Unmengen von Rechtsnormen in Kraft treten, findet dieser Vorgang in vielen Rechtstheorien zwar am Rande Beachtung, steht aber selten im Mittelpunkt oder ist annähernd ausreichend erforscht.

Für naturrechtlich inspirierte Rechtstheorien handelt es sich dabei um eine konsequente Nichtbeachtung, denn Naturrecht kann nicht wie eine positive Rechtsnorm als erzeugt werdend gedacht werden. Die Gründe, aus welchen auch positivrechtliche Theorien Rechtserzeugung stiefmütterlich behandeln, sollen hier nur angedeutet werden: die so vielen Rechtstheorien zugrunde gelegte kategoriale Trennung von Sein und Sollen lenkt das Augenmerk bei der Rechtsbetrachtung zumeist auf eine der beiden Kategorien. Normativistische Theorien etwa versuchen, Recht als normatives System zu beschreiben, wobei die Ableitung von Rechtsnormen in den Mittelpunkt rückt. Rechtsrealistische Ansätze unternehmen es, Recht als soziales Faktum zu erklären, was notwendig dazu führt, Rechtserzeugung als sozial konstituiert zu betrachten. Beide theoretischen Richtungen negieren nicht unbedingt die jeweils andere Ebene des Rechts, versuchen jenes aber ohne diese zu erklären.

Die Vorstellung von positivem Recht, also von Rechtsnormen, die durch bestimmte Verfahren in die Welt gebracht werden, muss in jedem Fall beinhalten, dass an irgendeinem Punkt Sein in Sollen transferiert wird, sonst handelte es sich beim Recht um eine paradoxe Konstellation (was natürlich auch denkbar wäre, aber erst angenommen werden sollte, wenn alle denkbaren Versuche misslungen sind, dieselbe schlüssig zu beschreiben). Diese Untersuchung beruht auf mehreren Ausgangshypothesen: einerseits gehe ich davon aus, dass jener Transfer von Sein in Sollen im Momentum der Rechtserzeugung stattfindet. Noch weitergehend nehme ich an, dass es sich bei der

Rechtserzeugung damit um eine paradigmatische Konstellation für das Verhältnis von Sein und Sollen im Recht handelt und es nicht von einer der beiden Kategorien ausgehend produktiv beschrieben werden kann, sondern nur aus einer integrierenden Perspektive. Implizit enthalten ist hier die These, dass Recht eine Art Doppelstruktur aus normativen und empirischen Elementen aufweist, die im Grundsatz als gleichrangig anzusehen sind. Geht man – wie vorliegend – von dieser Doppelstruktur des Rechts als Normativem und sozialer Tatsache aus, scheint sich nicht die Rechtsnorm noch die soziale Handlung, sondern unweigerlich das Momentum der Rechtserzeugung als Anknüpfungspunkt jeder theoretischen Untersuchung aufzudrängen.

Denn in dieser Ursprungssituation, die als sozialer Akt empirisch beobachtbar ist und auf welche gleichzeitig die Entstehung rechtlicher Normativität zurückgeführt werden muss, wenn es sich um positives Recht handelt, werden beide Ebenen des Rechts miteinander verwoben. Gerade wenn man die Kategorie des Seins von jener des (rechtlichen) Sollens unterscheidet, fungiert das Momentum der Rechtserzeugung als Umschlagspunkt, an welchem das Sollen in die Welt kommt. An diesem Punkt des Zusammentreffens und des Scheidens beider Kategorien muss deren Verhältnis offenbar werden.

Nun kann und soll es nicht Ziel dieser Untersuchung sein, jenes Verhältnis von Sein und Sollen im Recht zu bestimmen. Vielmehr dienen diese Ausgangsüberlegungen dazu, die hier betrachtete Fragestellung in jenen Rahmen einzuordnen, zu dem sie einen notwendig wesentlich begrenzten Beitrag leisten soll.

Wenn die Konstellation der Rechtserzeugung als Kulminationspunkt des Verhältnisses von Sein und Sollen angesehen, gleichzeitig aber angenommen wird, dass eine Beschreibung dieses Verhältnisses nicht von einer der beiden Kategorien aus angegangen werden sollte, wird deutlich: die Suche nach einer Perspektive, die geeignet ist, diese Konstellation theoretisch zu beschreiben, muss von anderen Kriterien aus angegangen werden. In Betracht kämen etwa die Wirkung, welche die Erzeugung von Rechtsnormen auf Akteure ausübt, materielle Gehalte von oder auch die zeitliche Organisation der Rechtserzeugung, wobei es sich hier keinesfalls um eine abschließende Aufzählung handelt.

Vorliegend rückt allerdings ein anderes mögliches Kriterium in den Mittelpunkt, das als vielversprechender Kandidat für eine Perspektive auf die Rechtserzeugung in Frage kommt: ihre sprachliche Form. Rechtserzeugung geschieht nämlich immer in der Sprache, jedenfalls sind in der Moderne soweit ersichtlich keine Beispiele bekannt, in denen Rechtserzeugung nicht auf Sprache als Form zurückgreift. Diese Verbindung der Rechtserzeugung mit der Sprache kann keine zufällige – so die hier vorausgesetzte Hypothese –, sondern muss eine »ins Wesen treffende«¹, d.#h. die Bedingungen der Möglichkeit der Rechtserzeugung betreffende sein.² Aus diesem Blickwinkel erscheint

¹ Forsthoff, Ernst, *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Halle 1940, S.#1.

² Diese Anknüpfung an der sprachlichen Form bewegt sich in der Folge von Wittgensteins »Alle Philosophie ist Sprachkritik«(Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, Werkausgabe Band 1, Frankfurt am Main

die Betrachtung der Rechtserzeugung nicht nur für das Verhältnis von Sein und Sollen im Recht mögliche Anknüpfungspunkte zu liefern, sondern gleichsam für das Verhältnis von Recht und Sprache. – An ebendieses knüpfen zwar viele Betrachtungen an, die sich mit der Textualität von Recht beschäftigen, selten wird dieses allerdings für die Konstellation der Rechtserzeugung untersucht.

Die Fragestellung dieser Arbeit spitzt sich zu: Wie wird Recht in der Sprache erzeugt? Weil man sich angesichts der schwierigen – auf zu viele Weisen definierbaren und definierten – Begriffe, die in dieser Fragestellung enthalten sind, auf vorwiegend weglosem Gelände befindet, kann es sich vorliegend nur um die Suche nach einem Weg, nach einer Perspektive handeln, die unter denkbaren anderen Perspektiven die Möglichkeit bietet, diese Frage zu beantworten. Am Ende dieser Suche wird deshalb keine umfassende Theorie, sondern ein Modell stehen, das unter notwendigen Reduktionen leidet, vielleicht aber eine schlüssige Beschreibungsebene für die Erzeugung von Recht in der Sprache und damit einen Ansatzpunkt für umfassendere Fragen nach dem Verhältnis von Sein und Sollen im Recht skizzieren kann.

1984, 4.0031.). Entsprechend muss die Rechtsphilosophie Recht als sprachliches Phänomen untersuchen (vgl. dazu Hänni, Julia, Ludwig Wittgenstein und die juristische Hermeneutik, in: Senn, Marcel/Fritschi, Barbara (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Hermeneutik, Stuttgart 2009, S.#209-226 (220)).