

KATHRIN STRAUSS

# Rechtswerdung

*Rechtstheorie · Legal Theory*



**Mohr Siebeck**

# Rechtstheorie · Legal Theory

herausgegeben von

Thomas Gutmann, Tatjana Hörnle und Matthias Jestaedt

8





Kathrin Strauß

# Rechtswerdung

Der Produktionsprozess von Normen und Institutionen  
des Rechts unter Einbeziehung geistesphilosophischer,  
handlungstheoretischer und sozialontologischer  
Erkenntnisse

Mohr Siebeck

*Kathrin Strauß*, geboren 1992; Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg und Dublin (TCD);  
2021 Promotion (Münster); Postgraduiertenstudium in Cambridge, GB; Rechtsreferendariat  
am OLG Hamm.  
orcid.org/0009-0001-9409-492X

ISBN 978-3-16-162529-9 / eISBN 978-3-16-162744-6

DOI 10.1628/978-3-16-162744-6

ISSN 2629-723X / eISSN 2629-7248 (Rechtstheorie · Legal Theory)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <https://dnb.de> abrufbar.  
Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2023. D6

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahr 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster als Dissertation angenommen. Sie ist auf dem Stand von Ende 2021.

Professor Dr. Oliver Lepsius danke ich für die jahrelange Beschäftigung als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl, für die Freiheiten bei der Bearbeitung dieses Themas sowie für seine stete Diskussionsbereitschaft.

Professor Dr. Thomas Gutmann danke ich nicht nur für die Erstellung eines anregenden wie weiterführenden Zweitgutachtens; ihm gebührt – gemeinsam mit den übrigen Herausgebern – auch mein Dank für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe „Rechtstheorie – Legal Theory“.

Die Studienstiftung des deutschen Volkes sowie die Hans-Böckler-Stiftung förderten mich in den Zeiten meiner Promotion und meines Studiums materiell wie immateriell. Beiden gilt mein Dank für das langjährig entgegengebrachte Vertrauen.

Ohne meine Freunde und Weggefährten der vergangenen Jahre in Freiburg, Dublin, Münster und Cambridge wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Danken möchte ich ihnen für den gemeinsamen Werdegang, zahllose Denkanstöße, Gesprächsmöglichkeiten und Kritik.

Meiner Familie gebührt großer Dank für stete Unterstützung in allen Lebenslagen. Ganz besonders gilt dies für meinen Ehemann Daniel Pritchard, der mir während unserer gemeinsamen Promotionszeit und darüber hinaus eine unverzichtbare Begleitung war und ist, sowie für unseren Sohn Eden Strauß-Pritchard, der durch seine angekündigte Ankunft den Promotionsbemühungen seiner Eltern die entscheidende Abschlussfreudigkeit verlieh.

Mönchengladbach, im Mai 2023



# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	IX
<i>Kapitel I. Intention und Handlung</i> . . . . .	1
A. Die rechtserfassende Handlung . . . . .	1
B. Die Intention . . . . .	17
<i>Kapitel II. Norm und Institution</i> . . . . .	47
A. Soziale Tatsachen . . . . .	47
B. Deontische Kraft grupprojektiver Phänomene . . . . .	60
C. Institution als Alternativbeschreibung . . . . .	80
<i>Kapitel III. Produktionsprozess des Rechts</i> . . . . .	99
A. Kelsenianisches Modell der Rechtserzeugung . . . . .	99
B. Produktionsprozess als Deutung . . . . .	102
C. Deutung als Kompetenzfrage . . . . .	136
<i>Kapitel IV. Deontik des Rechts</i> . . . . .	157
A. Deontische Kraft als Fähigkeit zur Repräsentation . . . . .	158
B. Deontik anderer Institutionen . . . . .	176
C. Rechtsdeontik . . . . .	193
<i>Kapitel V. Funktion des Rechts</i> . . . . .	217
A. Funktionsbegriff . . . . .	217
B. Recht als Funktion . . . . .	231
<i>Zusammenfassung</i> . . . . .	247
Literaturverzeichnis . . . . .	253
Index . . . . .	273



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Kapitel I. Intention und Handlung . . . . .	1
<i>A. Die rechtlerschaffende Handlung</i> . . . . .	1
I. Sprechakttheorie in der Rechtswissenschaft . . . . .	3
II. Erkenntnisgewinn . . . . .	6
1. Erkenntnisinteresse . . . . .	7
a) Unmittelbares Erkenntnisinteresse . . . . .	9
b) Rechtstheoretisches Erkenntnisinteresse . . . . .	11
aa) Reflexion der derivativen Entstehung von Recht . . . . .	11
bb) Reflexion der originären Entstehung von Recht . . . . .	12
c) Positivrechtliches Erkenntnisinteresse . . . . .	13
aa) Methodologisches Erkenntnisinteresse . . . . .	13
bb) Interdisziplinäres Erkenntnisinteresse . . . . .	14
d) Rechtswissenschaftliches Erkenntnisinteresse . . . . .	15
2. Limitierung . . . . .	16
<i>B. Die Intention</i> . . . . .	17
I. Intentionalität . . . . .	19
1. Struktur des intentionalen Zustands . . . . .	20
2. Passrichtung und Satisfaktionsbedingung . . . . .	22
3. Vorgriff: Die Deklaration . . . . .	24
II. Intention . . . . .	25
1. Wille und Willensakt in Recht und Rechtswissenschaft . . . . .	25
a) Wille und Willensakt bei Kelsen . . . . .	27
b) Defizite des Willensbegriffs . . . . .	31
c) Erkenntnislücke . . . . .	35
2. Handlungsleitende Intention . . . . .	38
a) Die Basishandlung . . . . .	39
aa) Bestandteile der Basishandlung . . . . .	41
bb) Kausale Selbstreflexivität . . . . .	42

b) Ontologischer Status der Handlung . . . . .	43
3. Vorgängige Intention . . . . .	44
Kapitel II. Norm und Institution . . . . .	47
<i>A. Soziale Tatsachen</i> . . . . .	47
I. Der Objektiv-Subjektiv-Dualismus . . . . .	48
1. Ontologischer Status . . . . .	49
2. Epistemischer Status . . . . .	51
a) Die simple Unterscheidung . . . . .	52
b) Die komplexe Unterscheidung . . . . .	53
II. Gruppjektivität . . . . .	54
1. Gruppjektivität menschlicher Phänomene . . . . .	56
2. Mehrwert der Gruppjektivität . . . . .	58
<i>B. Deontische Kraft gruppjektiver Phänomene</i> . . . . .	60
I. Searles soziale Tatsachen als gruppjektiv . . . . .	61
1. Klassifizierung von Tatsachen . . . . .	61
2. Vergleich zu Tuomelas gruppjektiven Tatsachen . . . . .	64
a) Kollektive Intentionalität . . . . .	65
b) Deontische Kraft . . . . .	66
II. Zwei deontische Dimensionen gruppjektiver Phänomene . . . . .	68
1. Deontische Kraft zur Deutung . . . . .	69
a) Gelten als deontische Dimension . . . . .	69
b) Status und Statusfunktion . . . . .	70
c) Norm als Sollen . . . . .	72
2. Deontische Kraft als Ergebnis eines Deutungsvorgangs . . . . .	73
a) Sozialontologisches Institutionenverständnis . . . . .	74
b) Institution als Sein . . . . .	75
c) Abgrenzung der Institution . . . . .	76
aa) Soziale und institutionelle Tatsachen . . . . .	76
bb) Institutionelle Tatsache und Institution . . . . .	78
<i>C. Institution als Alternativbeschreibung</i> . . . . .	80
I. Norm als Kerngegenstand . . . . .	80
1. Die Norm in der Rechtswissenschaft . . . . .	80
2. Die Norm im Recht . . . . .	81
II. Begriffsvarianten der Institution . . . . .	83
III. Institution im institutionalistischen Rechtspositivismus . . . . .	89
1. Emergenz der Institution über der Summe von Regeln . . . . .	89
2. Régime der Institution . . . . .	91
3. Tatsächliche Wirksamkeit . . . . .	93

IV. Institution als Ordnungsfaktor . . . . .	94
1. Entlastungsmechanismen durch Institution . . . . .	95
2. Norm und Institution . . . . .	96
Kapitel III. Produktionsprozess des Rechts . . . . .	99
A. <i>Kelsenianisches Modell der Rechtserzeugung</i> . . . . .	99
B. <i>Produktionsprozess als Deutung</i> . . . . .	102
I. Geistiger Bereich . . . . .	103
1. Wahrnehmung und intentionale Verarbeitung . . . . .	104
a) Praktische Informationen . . . . .	105
b) Theoretische Informationen . . . . .	107
2. Vorgängige Intention . . . . .	108
a) Ermittlung durch praktisches Schließen . . . . .	109
b) Akkordeon-Effekt . . . . .	112
3. Basishandlung . . . . .	114
II. Sprache als Mittlerinstitution . . . . .	114
1. Die institutionelle Handlung . . . . .	116
a) Erweiterung des Handlungsrepertoires . . . . .	116
b) Kontextabhängigkeit der institutionellen Handlung . . . . .	117
2. Institutionen und Sprache . . . . .	120
3. Der Sprechakt als institutionelle Handlung . . . . .	120
a) Der lokutionäre Akt . . . . .	120
b) Der illokutionäre Akt . . . . .	121
4. Theorie des rechtsbedeutenden Sprechakts . . . . .	124
III. Der Rechtsakt . . . . .	124
1. Kontextabhängigkeit . . . . .	126
2. Statusfunktion . . . . .	129
3. Produktionsprozess von Normen und Institutionen . . . . .	129
a) Normbasierter Deutungsvorgang . . . . .	129
b) Der doppelte Deutungsvorgang . . . . .	130
c) Inkorporations- und Verarbeitungsakt . . . . .	132
d) Produktionsakt und Produkt . . . . .	135
C. <i>Deutung als Kompetenzfrage</i> . . . . .	136
I. Deutung als Methodenfrage . . . . .	138
II. Deutung als Akteursfrage . . . . .	140
1. Akteur mit deontischer Autorität . . . . .	140
2. Akteur mit epistemischer Autorität . . . . .	142
a) Epistemisch-konkrete Autorität . . . . .	142
b) Epistemisch-generelle Autorität . . . . .	143

III. Deutung anhand von Intentionen . . . . .	145
1. Gegenstandsadäquanz als Methodenwahl . . . . .	145
2. Intention als gegenstandsadäquates Ermittlungsmittel . . . . .	147
a) Rigidität und Flexibilität des Rechts . . . . .	148
b) Derivative und originäre deontische Kraft . . . . .	150
3. Intention als Erkenntnismittel . . . . .	150
 Kapitel IV. Deontik des Rechts . . . . .	 157
<i>A. Deontische Kraft als Fähigkeit zur Repräsentation</i> . . . . .	158
I. Repräsentation als gedeutete Präsentation . . . . .	159
II. Ur-Deontik der Sprache . . . . .	160
1. Vertragstheorien . . . . .	161
2. Kritik der Vertragstheorien . . . . .	162
3. Vertrag der Sprache . . . . .	164
III. Repräsentation durch Sprache . . . . .	165
1. Herkömmliches Verständnis der Sprache . . . . .	165
2. Intention zur Repräsentation und zur Kommunikation . . . . .	167
3. Sprache als Kommunikationsmittel . . . . .	169
IV. Deontik der Sprache . . . . .	170
1. Ermöglichung durch Repräsentation . . . . .	170
2. Verpflichtung durch Repräsentation . . . . .	173
 <i>B. Deontik anderer Institutionen</i> . . . . .	 176
I. Originäre Deontik . . . . .	177
1. Originäres Element institutioneller Deontik . . . . .	178
2. Anerkennung . . . . .	179
a) Kollektive Anerkennung . . . . .	180
aa) Das Kollektiv als Akteur . . . . .	181
bb) Anerkennung . . . . .	183
b) Konstitutive Anerkennung . . . . .	184
3. Regel als Beschreibungsangebot . . . . .	186
a) Fehlbarkeit der Beschreibung . . . . .	187
b) Variabilität der Beschreibung . . . . .	187
c) Unterkomplexität der Beschreibung . . . . .	188
II. Derivative Deontik . . . . .	189
1. Präskriptive Regeln . . . . .	190
2. Weiterreichen von deontischer Kraft . . . . .	191
a) Abgestufte Anerkennung . . . . .	191
b) Anerkennung der grundlegenden Institution . . . . .	193

<i>C. Rechtsdeontik</i> . . . . .	193
I. Bedeutung rechtlicher Deontik . . . . .	194
1. Interdisziplinäre Herausforderung . . . . .	195
2. Komplexität des Rechts . . . . .	197
3. Stabilität des Rechts . . . . .	198
II. Recht als verfestigte Institution . . . . .	199
1. Merkmale der verfestigten Institution . . . . .	199
a) Entkoppelung von Akzeptanz . . . . .	200
b) Abänderung nur innerhalb der Institution . . . . .	203
2. Eigenschaften der verfestigten Institution . . . . .	203
a) Entkoppelung von Legalität und Legitimität . . . . .	204
b) Institutionelle Eigenrationalität . . . . .	205
c) Akzeptanzunfähiges Recht . . . . .	207
3. Ausgleichsmechanismen . . . . .	209
a) Verfahren . . . . .	210
b) Abänderbarkeit . . . . .	211
c) Sphärentrennung . . . . .	212
III. Sonderfall: Originäre Deontik im Recht . . . . .	213
 Kapitel V. Funktion des Rechts . . . . .	 217
<i>A. Funktionsbegriff</i> . . . . .	217
I. Zugeschriebene Funktion . . . . .	217
1. Naturwissenschaftlicher Funktionsbegriff . . . . .	218
2. Sozialwissenschaftlicher Funktionalismus . . . . .	219
3. Zugeschriebene Funktion des Rechts . . . . .	220
a) Materielle Funktion . . . . .	220
b) Instrumentelle Funktion . . . . .	222
c) Kritik an Funktionsbeschreibungen . . . . .	222
II. Agentive Funktion . . . . .	224
1. Akteurszentrierte Perspektive . . . . .	225
2. Vorgängige Intention als Funktion . . . . .	226
III. Statusfunktion . . . . .	227
1. Funktion durch institutionelle Deutung . . . . .	227
2. Statusfunktion als intrinsisch und konstitutiv . . . . .	229
 <i>B. Recht als Funktion</i> . . . . .	 231
I. Konstituierung durch Funktion . . . . .	231
1. Institution . . . . .	231
2. Norm . . . . .	232

II. Geltung als deontische Kraft . . . . .	234
1. Autorisierung durch das Recht . . . . .	236
2. Bindung durch das Recht . . . . .	238
a) Institutionelle Bindung . . . . .	238
b) Verpflichtung durch deontische Kraft . . . . .	241
aa) Freiwillige Mitgliedschaft . . . . .	242
bb) Verpflichtende Mitgliedschaft . . . . .	242
cc) Fehlende Mitgliedschaft . . . . .	244
III. Recht als geronnene Intentionalität . . . . .	245
Zusammenfassung . . . . .	247
Literaturverzeichnis . . . . .	253
Index . . . . .	273

## Kapitel I

# Intention und Handlung

### A. Die rechtserfassende Handlung

Menschen machen Recht. Sie schließen Verträge, verfassen Testamente, erlassen Gesetze und Verwaltungsakte, Urteile und Beschlüsse. Dies machen sie nicht losgelöst, sondern stets innerhalb eines bereits bestehenden Zusammenhangs aus Normen und Institutionen des Rechts, die ihnen vorgeben, wie eine Willenserklärung abzugeben, ein Testament zu errichten, eine Gesetzesinitiative einzubringen ist. So profan diese Feststellungen, so zutreffend sind sie: Recht als ein von Menschen erschaffenes Phänomen erlaubt es ihnen wiederum, sich des Rechts zu bedienen und so weiteres Recht zu erschaffen.

Recht ist das Produkt dieser Handlungen, aber es ist auch das Produktionsmittel. Recht selbst ermöglicht das Erschaffen von neuem Recht. Diese Doppelrolle von Recht als Produkt und zugleich Produktionsmittel drückt sich aus in Topoi wie dem Selbststand,<sup>1</sup> der Autopoiesis,<sup>2</sup> der operativen Geschlossenheit des Systems,<sup>3</sup> der Trennung zwischen Natur und Gesellschaft,<sup>4</sup> die jeweils Produkt und Produktionsmittel gleichsetzen („Recht reflektiert und reguliert selbst die Erzeugung und Veränderung von Recht.“<sup>5</sup>) und das Recht innerhalb dieses Produktionsprozesses von seinen menschlichen Produzentinnen und Produzenten lösen. Der Prozess des Produzierens ist dann nur so weit von Interesse wie das Recht als Produktionsmittel ihn determiniert.<sup>6</sup> Wer so die Differenz zwischen Produkt

---

<sup>1</sup> *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein, 32–6.

<sup>2</sup> *Teubner*, Recht als autopoietisches System, 21–35, insb. zum Begriff der Autopoiesis, 24–5.

<sup>3</sup> *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 76–7.

<sup>4</sup> Vgl. dazu *Kelsen*, Reine Rechtslehre; Studienausgabe der 1. Auflage 1934, 2.

<sup>5</sup> *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein, 35.

<sup>6</sup> So als methodologische Erwägung bei *Kelsen*, der die rechtliche Leerstelle der menschlichen Handlung anerkennt. Dieses „rechtspolitische Problem“ sei aber gerade politisch und nicht rechtlich und deswegen mit Methodiken des Rechts nicht zu fassen (vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre; Studienausgabe der 2. Auflage 1960, 348–50, Zitat: 350); als ontologische Überlegung bei *Luhmann*, demnach nur das System (als das Recht) eine Verbindung zur Umwelt einzig aufgrund seiner eigenen operativen Geschlossenheit herstellen kann (vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 76).

und Produzent betont, für den bleiben weite Teile des Produktionsprozesses außerhalb des Betrachtungsfeldes, soweit sie nicht durch das Recht, sondern die Akteure bestimmt sind. Recht wird so ohne seinen Produzenten ursprungslos und selbstreferenziell.<sup>7</sup> Das Produkt menschlichen Handelns wird von ebenjenen Menschen gelöst, als durch das Recht selbsterzeugtes Produkt zunächst einmal gegen Kritik (am Produzenten) immunisiert. Wenn es – aus diesem Blickwinkel – das Recht selbst ist, welches das Erzeugen neuen Rechts reguliert, dann ist juristische Kritik entweder eine Kategorieverwechslung (*rechtspolitisch*)<sup>8</sup> oder eine Autoritätsanmaßung (*Selbstregulierung des Rechts*)<sup>9</sup>. Durch diese Schablone verliert der rechtswissenschaftliche Betrachter den Blick auf die das Recht erschaffende Handlung.

<sup>7</sup> So auch die Deutung von *Jestaedt*, der darin die Autonomie des Rechts verwirklicht sieht, der darin aber zugleich einen Bedarf nach von der Rechtstheorie zu gewinnendem „Orientierungs- und Verfügungswissen über das Recht“ erblickt (*Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein, 36–7, Zitat: 36).

<sup>8</sup> Vgl. dazu *Jestaedt*, der die Rechtswissenschaft als eine normative Disziplin beschreibt, bei der die „Normativität als Selektionsfilter“ (*Jestaedt*, in: Hilgendorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie, 267, Zitat: 267) wirkt. So führt er in Anlehnung an *Kelsen* aus, die Rechtswissenschaft könne Informationen nur dann aufnehmen, soweit sie Inhalt einer Rechtsnorm seien (255, vgl. weiterführend *Kelsen*, Reine Rechtslehre; Studienausgabe der 2. Auflage 1960, 72). Somit kann die Rechtswissenschaft zwar die als Recht gedeutete menschliche Handlung wahrnehmen, nicht aber die in ihrem Vorbereitungsstadium verbleibenden Erwägungen, die als rechtspolitisch gekennzeichnet und damit außerhalb des Erkenntnisinteresse der Rechtswissenschaft gestellt werden; so beispielsweise auch *Rüthers*: „Richter und Professoren haben das gesetzte Recht zu beachten und anzuwenden. Selbstverständlich können sie Gesetzesänderungen anregen. Solche Versuche, die Rechtsfortbildung voranzutreiben, sind aber nicht geltendes Recht, sondern rechtspolitische Vorschläge“ (*Rüthers*, JuristenZeitung 2003, 995, 997).

<sup>9</sup> Dazu ist auffällig, dass in der Rechtswissenschaft Kritik an den Entscheidungen von Gerichten gang und gäbe ist und die eigene literarische Kategorie der Entscheidungsbesprechung hervorgebracht hat, Kritik an Rechtsnormen außerhalb von Gerichtsentscheidungen allerdings erstmal unüblich scheint. Dies kann damit zusammenhängen, dass auch die wissenschaftlich tätige Juristin bzw. der wissenschaftlich tätige Jurist primär die Perspektive der Dritten Gewalt einnimmt und damit auch die Reflexion der Entscheidungen dieser Gewalt naheliegend ist. Die Entscheidungen der Ersten und Zweiten Gewalt hingegen werden zumeist nur indirekt, nämlich sobald sie Gegenstand einer Entscheidung der Dritten Gewalt werden, Gegenstand von Kritik. Darin offenbart sich nicht bloß die Anforderungen an die Rechtswissenschaft als „anwendungsbezogene Steuerungs- und Entscheidungswissenschaft“ (*Jestaedt*, in: Hilgendorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie, 267, 267), sondern zugleich die Vorstellung, die insbesondere vom Gesetzgeber erlassenen Normen ließen außerhalb eines in der Verfassung begründeten Maßstabs keine Kontrolle aus rechtswissenschaftlicher Perspektive zu. So auch die Analyse bei *Lepsius*: „Rechtserzeugungsverfahren [i. S. v. Gesetzgebungsverfahren] finden in der deutschen Rechtswissenschaft nur geringes Interesse [...]. Die Gründe dafür liegen im geringen Eigenwert des Verfahrens an sich, in der disziplinenbegründenden Trennung von Recht und Politik und auch in der Nichtdogmatisierbarkeit von Gesetzgebungsverfahren“ (*Lepsius*, in: Herdegen, Masing, Poscher, Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 777, Rn. 123).

Diese Handlung möchte ich in dieser Untersuchung in den Fokus rücken. Sie, die das Recht erst zum Menschenprodukt macht, ist die Verbindung zwischen der menschlichen Intentionalität auf der einen Seite und dem Recht auf der anderen. Diese Verbindungen erfolgen nicht mechanisch-natürlich im Wege der Kausalität, sondern wie von *Kelsen* herausgestellt, im Rahmen der Zurechnung.<sup>10</sup> Die Handlung nimmt im Erzeugungsprozess des Rechts eine Schnittstellenposition ein: Zum einen ist sie Ausdruck und Produkt einer menschlichen Intention, zum anderen Tatbestand für eine Rechtsfolge.<sup>11</sup>

### I. Sprechakttheorie in der Rechtswissenschaft

Sprache ist das Medium des Rechts: Recht ist sprachlich gefasst, Rechtshandlungen basieren zumeist auf sprachlichen Handlungen. Das macht die Rechtswissenschaft zu einer sprachlich gefassten Disziplin über einen sprachlich gefassten Gegenstand. Sie erschafft Rechtswissenschaftssätze über Rechtssätze.<sup>12</sup>

Insoweit überrascht es nicht, dass die Sprache des Rechts in ihren unterschiedlichen Facetten Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung ist und war. Die juristische Methodenlehre, deren Hauptthema die Interpretation von Rechtstexten ist,<sup>13</sup> stellt Wege zur Ermittlung einer Rechtsnorm zur Verfügung.<sup>14</sup> Bekannt ist dabei der Auslegungskanon nach *Savigny*,<sup>15</sup> der anhand grammatikalischer, systematischer, logischer und historischer Auslegung die Rechtsnorm eines Rechtstexts zu ermitteln versucht und in inzwischen modifizierter Form<sup>16</sup>

<sup>10</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre; Studienausgabe der 2. Auflage 1960, 78–9, 81.

<sup>11</sup> So *Kelsen*, Reine Rechtslehre; Studienausgabe der 1. Auflage 1934, 64, der den durch den Tatbestand mit einer Rechtsfolge versehenen Setzungsakt als einen Willensakt versteht, vgl. dazu hier S. 27.

<sup>12</sup> Wortverwendung nach *Jestaedt*, in: Hilgendorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie, 267, 268 (vgl. weiterführend: *Lippold*, Recht und Ordnung 353–7, insb. 354, bezogen auf richterliche Rechtserzeugung: *Forsthoff*, Recht und Sprache); zur missverständlichen Terminologie bei *Kelsen* vgl. hier S. 80.

<sup>13</sup> So *Klatt*, in: Hilgendorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie, 224, 224.

<sup>14</sup> Die Terminologie ist hier nicht einheitlich. Gelegentlich wird der Rechtstext (i. S. d. sprachlichen Form) als Rechtsnorm bezeichnet, die Rechtsnorm (i. S. d. durch den Text ausgedrückten Regel) als Norminhalt, vgl. so bei *Dreier*, in: *Dreier/Wagner/Hörnle/Jestaedt*, Rechtswissenschaft als Beruf, 1, 16, anders etwa *Lippold*, Recht und Ordnung, 353, der Rechtsnormen als den Sinngehalt der Rechtsvorschriften versteht.

<sup>15</sup> Vgl. dazu *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §§ 32–51, vgl. weiterführend *Rückert*, in: *Rückert/Seinecke*, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 53.

<sup>16</sup> Vgl. dazu etwa *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 307, *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 288, *Canaris*, in: *Beuthien*, Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, 25; *Rückert* jedoch nimmt an, *Savigny* würde häufig insoweit missverstanden als seine Ausführungen sich alleine auf einen Gesetzestext bei „gesundem Zustand“ beziehen, die er von der Auslegung des „mangelhaften Gesetzes“ unterscheidet, sodass bei „gesundem

immer noch gängiges Handwerkszeug der dogmatisch arbeitenden Rechtswissenschaft ist.<sup>17</sup>

Vor allem in den 1970er und 1980er Jahren war der Umgang mit Rechtstexten Gegenstand breiter Debatte in der Rechtsmethodologie, gestützt auf die Arbeit von *Hans-Georg Gadamer*<sup>18</sup>. Zu nennen sind hier die Arbeiten unter anderem von *Josef Esser*<sup>19</sup>, *Arthur Kaufmann*<sup>20</sup>, *Karl Larenz*<sup>21</sup>, *Joachim Hruschka*<sup>22</sup> und *Winfried Hassemer*<sup>23, 24</sup>.

Auch außerhalb dieser juristischen Hermeneutik in Anlehnung an *Gadamer* zeigt sich in diesem Zusammenhang ein vermehrtes Interesse an der Rechtsmethodologie, wofür die Arbeiten von *Robert Alexy*<sup>25</sup>, *Bernd Rüthers*<sup>26</sup>, *Claus-Wilhelm Canaris*<sup>27</sup>, *Friedrich Müller*<sup>28</sup> und *Ralph Christensen*<sup>29</sup> exemplarisch

---

Zustand“ objektive und subjektive Auslegung stets parallellaufen und es keiner Gewichtung zwischen den beiden bedarf (vgl. *Rückert*, in: *Rückert/Seinecke: Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 53, 75–6), sowie verkürzt dargestellt (vgl. 77; vgl. dazu auch bei *Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie*, 432–6).

<sup>17</sup> Vgl. dazu m. w. N. *Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie*, 433, Fn. 956, 435–6.

<sup>18</sup> Vgl. dazu *Gadamer, Wahrheit und Methode*.

<sup>19</sup> *Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, vgl. weiterführend *Schäfer*, in: *Rückert/Seinecke: Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 293.

<sup>20</sup> *Kaufmann, Beiträge zur juristischen Hermeneutik, Kaufmann, Rechtsphilosophie, Kaufmann/Hassemer/Baratta, Dimensionen der Hermeneutik*.

<sup>21</sup> *Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, vgl. weiterführend *Frassek*, in: *Rückert/Seinecke: Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 241.

<sup>22</sup> *Hruschka, Das Verstehen von Rechtstexten*.

<sup>23</sup> *Hassemer, Tatbestand und Typus, Kaufmann/Hassemer/Baratta, Dimensionen der Hermeneutik*.

<sup>24</sup> Siehe dazu *Klatt*, in: *Hilgendorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie*, 224, 224–5; weiterführend: *Klatt, Theorie der Wortlautgrenze*, 61–2, *Hilgendorf, Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985, Betti, Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*.

<sup>25</sup> *Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, Alexy, Begriff und Geltung des Rechts*.

<sup>26</sup> *Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, Rüthers, Zeitgeist und Recht, Rüthers, Wir denken die Rechtsbegriffe um–, Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie*, vgl. weiterführend *Pierson*, in: *Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 361.

<sup>27</sup> *Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Canaris*, in: *Beuthien, Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, 25, *Canaris*, in: *Honsell, Privatrecht und Methode*, 141, *Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, vgl. weiterführend *Seinecke*, in: *Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 386.

<sup>28</sup> *Müller, Strukturierende Rechtslehre, Müller, Syntagma, Müller, Recht – Sprache – Gewalt, Müller/Christensen, Juristische Methodik, Müller (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik, Müller/Christensen/Sokolowski, Rechtstext und Textarbeit*, vgl. weiterführend *Laudenklos*, in: *Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 424.

<sup>29</sup> *Müller/Christensen, Juristische Methodik, Müller/Christensen/Sokolowski, Rechtstext und Textarbeit, Müller/Christensen, Juristische Methodik*.

stehen. Dabei haben Auslegungslehren – wie *Rüthers* zurecht anmerkt – stets eine rechtspolitische Dimension, die dem oder der Rechtsanwendenden eine größere oder kleinere Freiheit bei der Interpretation einräumt.<sup>30</sup>

Auch jenseits der Rechtsmethodologie ist die Befassung mit Sprache der Rechtswissenschaft nicht fremd. Aus beobachtend-deskriptiver Perspektive tut dies die Rechtsrhetorik,<sup>31</sup> aus kulturwissenschaftlicher Perspektive die unter dem Topos *Law and Literature* bekannte Strömung,<sup>32</sup> interdisziplinär tätig sind Rechtslinguisten.<sup>33</sup> Andere Ansätze betrachten spezifische Fragestellungen. Hier sind beispielsweise die vor allem in den 2010er Jahren geführte Vagheitsdebatte<sup>34</sup> zu nennen, die langandauernde Debatte über den Wandel von Wortbedeutungen in Rechtstexten,<sup>35</sup> die jüngst vermehrt geführte Debatte über die Verbindung zwischen Willen und sprachlichem Ausdruck am Beispiel des Gesetzgebers<sup>36</sup> oder über den Gebrauch von Sprache durch das Recht.<sup>37</sup>

<sup>30</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 430–1.

<sup>31</sup> *Schlieffen*, in: Hilgendorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie, 325; gebrauchorientiert: *Haft*, Juristische Rhetorik.

<sup>32</sup> *Kirste*, in: Hilgendorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie, 315, s. auch *Hiebaum* (Hrsg.), Recht und Literatur im Zwischenraum, *Pieroth*, Recht und Literatur, *Pieroth*, Recht und britische Literatur, *Pieroth*, Recht und französische Literatur, *Pieroth/Schlink*, Recht und amerikanische Literatur, vgl. auch ppt. *Blufarb*, Geschichten im Recht, *Meier/Stürmer* (Hrsg.), Recht Populär, *Walter/Schramm* (Hrsg.), Dichtung und Wahrheit – und Recht.

<sup>33</sup> Etwa *Vogel*, in: Felder/Vogel, Handbuch Sprache im Recht, *Felder*, in: Lerch, Sprache des Rechts, 133, *Felder*, Juristische Textarbeit im Spiegel der Öffentlichkeit, *Li*, Recht ist Streit, *Bülow/Bung/Harnisch/Wernsmann* (Hrsg.), Performativität in Sprache und Recht, vgl. auch übersichtsartig: *Felder/Vogel* (Hrsg.), Handbuch Sprache im Recht.

<sup>34</sup> *Poscher*, in: Tiersma/Solan, The Oxford handbook of language and law, 128–144, *Poscher*, in: Keil/Poscher, Vagueness and law, 64, *Endicott*, Vagueness in law, *Waldron*, California Law Review 1994, 509, *Gruschke*, Vagheit im Recht.

<sup>35</sup> So schon *Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, *Bryde*, Verfassungsentwicklung, *Böckenförde*, in: Badura/Scholz, Wege und Verfahren des Verfassungslebens, 3, *Hesse*, in: Ehmke, Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, 123, *Lerche*, in: Spanner, Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag, 285, vgl. auch *Roßnagel*, Der Staat 1983, 551, *Voßkuhle*, in: Wahl, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, 201, überblicksartig: *Badura*, in: Badura/Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 591, insb. 597–9; aus dem englischsprachigen Schrifttum vgl. übersichtsartig: *Feldman*, in: Contiades/Fotiadou, Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change, 201, *Colón Ríos*, in: Contiades/Fotiadou, Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change, 217, *Goldoni/Olcay*, in: Contiades/Fotiadou, Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change, 261; ausdrücklich sprachtheoretisch: *Poscher*, in: Jestaedt/Suzuki, Verfassungsentwicklung I, 201.

<sup>36</sup> *Ekins*, The nature of legislative intent, *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?.

<sup>37</sup> *Skutnabb-Kangas*, in: Tiersma/Solan, The Oxford handbook of language and law, 235,

In dieser Untersuchung geht es mir nicht um Sprache als solche und die mit ihrem Gebrauch einhergehenden Schwierigkeiten für das Recht. Stattdessen werde ich das Sprechen in Anlehnung an die Sprechakttheorie nach *John Austin* und – als Referenzautor – nach *John Searle* als eine Art der Handlung begreifen: Mittels des Sprechens nimmt man – die Richterin, der Abgeordnete – eine Rechts-handlung vor. Hier erblicken wir die Performativität der Sprache.<sup>38</sup> Diese Verbindung zwischen Sprechakt und Rechtsakt ist Gegenstand der Untersuchung. Viele der oben aufgeführten Forschungsgegenstände werden sich deswegen in der Untersuchung nicht wiederfinden. Nur insoweit als der Blickwinkel auf den Rechtsakt als Sprechakt eine Betrachtung notwendig macht oder für die Betrachtung weiterführend ist, werde ich auf sie zu sprechen kommen.

## II. Erkenntnisgewinn

Die Sprechakttheorie selbst ist in der Rechtswissenschaft keineswegs unbekannt. Hier sind die in jüngerer Zeit erschienenen Qualifikationsarbeiten von *Hamel*<sup>39</sup>, *Müller-Mall*<sup>40</sup>, *Archavlis*<sup>41</sup> und *van der Kaaij*<sup>42</sup> zu nennen, aber auch exemplarisch die Arbeiten von *Lippold*<sup>43</sup>, *Schane*<sup>44</sup> und *Felder*<sup>45</sup>. Anders aber als in den Geistes- und Sozialwissenschaften – so die Analyse von *Lerch* – hat der *performative turn*<sup>46</sup> in der Rechtswissenschaft noch keinen breiten Einzug erhalten. *Lerch* jedenfalls diagnostiziert, die Jurisprudenz habe von der „Ausdrucksdimension von Handlungen und Handlungsereignissen“ bisher kaum Kenntnis genommen.<sup>47</sup>

---

*Opeibi*, in: Tiersma/Solan, The Oxford handbook of language and law, 272, *Praunsmändel*, in: Huggins/Herrlein/Werpers u. a., Zugang zu Recht, 129, *Marmor*, The Language of Law.

<sup>38</sup> Die erste Wortverwendung ist wohl nachzuweisen bei *Austin*, Performative Utterances, in: *Austin*, Philosophical Papers, 234–52, vgl. weiterführend zur Wortverwendung: *Wirth*, Performanz, *Loxley*, Performativity, *Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung, insb. 139; zur Unterscheidung der hier verwendeten Terminologie der Performativität zur Performanz vgl. *Müller-Mall*, in: Bülow/Bung/Harnisch/Wernsmann, Performativität in Sprache und Recht, 21, 22–5, *Christensen/Lerch*, in: *Lerch*, Sprache des Rechts, 55.

<sup>39</sup> *Hamel*, Strafen als Sprechakt.

<sup>40</sup> *Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung.

<sup>41</sup> *Archavlis*, Die juristische Willenserklärung – eine sprechakttheoretische Analyse.

<sup>42</sup> *Van der Kaaij*, The Juridical Act.

<sup>43</sup> *Lippold*, Recht und Ordnung, 357–67.

<sup>44</sup> *Schane*, in: Tiersma/Solan, The Oxford handbook of language and law, 100.

<sup>45</sup> *Felder*, in: *Felder/Vogel*, Handbuch Sprache im Recht, 45.

<sup>46</sup> Vgl. zum Begriff *Shepherd*, The Cambridge Introduction to Performance Theory, 182, *Fischer-Lichte*, Performativität, 37–44.

<sup>47</sup> *Lerch*, in: Bülow/Bung/Harnisch/Wernsmann, Performativität in Sprache und Recht, 35, 35.

In dieser Untersuchung möchte ich die Produktionsprozesse von Recht beschreiben. Dazu bediene ich mich der Sprechakttheorie, denn Sprache ist – so wird wohl keiner bezweifeln können – die dominante Handlungsform im Recht. Dabei kommt es mir nicht nur darauf an, wie durch das Sprechen Rechtshandlungen erzeugt werden, sondern auch darauf, wie diese Rechtshandlungen sich wiederum einfügen in bereits vorhandenes Recht. Insoweit geht die Untersuchung über eine reine Beschreibung des Sprechakts als Rechtsakt hinaus. Stattdessen werde ich den Sprechakt als performative Handlung begreifen, der *soziale* Tatsachen erschafft. Dafür wird die Untersuchung Rückgriff nehmen auf die sozialontologischen Arbeiten von *John Searle* zum einen, aber auch von *Raimo Tuomela* und *Margarete Gilbert*. Ihre Theorien über soziale Tatsachen wiederum haben in der Rechtstheorie – mehr oder weniger direkten – Widerhall gefunden in der Institutionentheorie von *Neil MacCormick*, *Ota Weinberger* und in ihrem Anschluss *Dick Ruiter*.

### 1. Erkenntnisinteresse

Ausgangspunkt der Überlegung dieser Untersuchung – und Endpunkt ihrer Darstellung – ist die Funktion des Rechts.<sup>48</sup> Dabei geht es jedoch nicht um Funktionen in dem Sinne als die Untersuchung nach außerrechtlichen Zwecken fragen wird, denen das Recht (bzw. eine Rechtsnorm) dient. Stattdessen geht es mir darum, was das Recht kann: Die Funktion einer Rechtsnorm ist demnach die Deutung, die diese Norm vornehmen kann.

Diese Funktion – die Deutung – kann eine Rechtsnorm nicht aufgrund ihrer physischen Beschaffenheit vornehmen. Sie ist kein Flaschenöffner, der eine Flasche öffnen kann, weil er durch seine physische Form eine Hebelwirkung entfalten kann, die einen Kronkorken von einer Flasche löst. Die Funktion des Rechts beruht auf einer Zuschreibung der Funktion. *Searle* beschreibt diese Art der Funktion als Statusfunktion, *Tuomela* klassifiziert sie als ontologisch gruppenprojektiv. Beide drücken damit im Kern einen ähnlichen Gedanken aus: Eine Norm – wie jede andere institutionelle Tatsache – kann nur deswegen etwas, weil – auf noch näher zu betrachtende Weise – Einigkeit darüber herrscht, dass sie es kann.<sup>49</sup> Ihre Funktion ist ihr nicht physisch gegeben, sie erhält sie. Gerade weil eine institutionelle Tatsache wie das Recht keine physisch gegebene Funktion hat (und auch sonst über keine physische Gestalt verfügt), ist ihre Funktion für eine Rechtsnorm mehr als seine Funktion für einen Flaschenöffner ist: Wenn eine institutionelle Tatsache, wie etwa eine Rechtsnorm, keine physische Existenz hat und nur etwas kann, weil ihr diese Funktion zugeschrieben wird, dann ist diese

---

<sup>48</sup> S. dazu hier S. 217.

<sup>49</sup> S. dazu hier S. 157.

zugeschriebene Funktion konstitutiv für die Norm: Sie existiert nur soweit sie eine Funktion hat.

Die Suche nach der Funktion des Rechts in diesem Sinne führt sodann zur Sozialontologie, die beschreibt, wie Menschen soziale und institutionelle Tatsachen erschaffen und welche Eigenschaften diese haben. Sie stellt institutionelle Tatsachen (und damit auch Rechtsnormen) als Menschenwerk in den Fokus ihrer Betrachtung und tritt damit als ergänzende Perspektive für den vorher beschriebenen Blick auf das Recht als Rechtsprodukt auf: So wie das Recht als Rechtsprodukt durch das Ausblenden seines Produzenten ursprungslos und selbstreferenziell wird – eben zum reinen Rechtsprodukt –, verengt dieser Blickwinkel das Recht auf seinen materiellen Gehalt. Die Norm als Zentralbegriff der Rechtswissenschaft<sup>50</sup> lässt die Form, in der eine solche Norm besteht – und damit ihren spezifischen Erzeugungszusammenhang – verschwinden zugunsten eines singulären Fokus auf den materiellen Gehalt. Ob Verfassung, Gesetz, Verordnung, mit ein wenig semantischer Akrobatik auch Verwaltungsakt und Vertrag, sie alle werden mit dem Suffix der norm versehen – und treten dabei hinter dieser zurück.<sup>51</sup>

Betrachtet man das Recht jedoch als Menschenprodukt, dann kommt man gar nicht umhin, eben diesen menschlichen Anteil des Produktionsprozesses zu betrachten. Das Recht besteht dann nicht mehr aus isolierten Normen, sondern aus einem Gefüge von Normen und Institutionen, innerhalb dessen einzelne Akteure ermächtigt sind, neue Institutionen und Normen zu erschaffen. Der Produktionsprozess von Recht wird so zum Zusammenspiel von menschlichen Handlungen und durch das Recht gesetztem Rahmen.

Der Fokus auf Form statt auf Gehalt darf nicht verwechselt werden mit einem Abrücken vom Fokus auf das Recht als normatives Phänomen. Die Rechtswissenschaft gerade als normative Wissenschaft<sup>52</sup> muss sich mit der Normativität von Recht auseinandersetzen. Sofern man aber nicht glaubt, dass Normativität eine ontologisch objektive Eigenschaft ist,<sup>53</sup> kann die Normativität des Rechts nur durch den Produktionsprozess von Recht erzeugt oder perpetuiert werden. Auch dafür lohnt ein Blick auf ebenjenen Produktionsprozess.

<sup>50</sup> So etwa ppt. *Kelsen*, Reine Rechtslehre; Studienausgabe der 2. Auflage 1960, 78.

<sup>51</sup> Kritisch dazu: *Lepsius*, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, insb. 30–6.

<sup>52</sup> Vgl. dazu *Jestaedt*, in: Hilgendorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie, 267; s. zur Rechtswissenschaft als Normwissenschaft den Report des Wissenschaftsrats *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen* (2012), 28.

<sup>53</sup> So etwa ein naturrechtlicher Standpunkt, der gewisse Werte als absolut erkennt und die Normativität des Rechts aus der Verwirklichung dieser Werte herleitet, so aus dem jüngeren Schrifttum prominent *Finnis*, Natural Law and Natural Rights, 57–368, insb. 100–27.

Um die Erzeugung von Recht als Menschenprodukt zu betrachten, bedarf es eines Blicks auf die das Recht erzeugende menschliche Handlung. Diese erfolgt zumeist durchs Sprechen. Deswegen liefert hier die oben bereits angesprochene Sprechakttheorie Antworten.<sup>54</sup> Sie beschreibt, wie mittels körperlicher Tätigkeiten – Lautäußerungen, Handbewegungen etc. – ein Sprechakt vorgenommen wird und wie dieser Sprechakt wiederum mehr sein kann als reines Sprechen (oder Schreiben etc.), nämlich wie er eine institutionelle Handlung sein kann, etwa ein Rechtsakt. Die Sprechakttheorie ist insoweit eine spezifische Handlungstheorie. Sie beschreibt, wie eine grundlegende körperliche Tätigkeit als Sprechakt gedeutet werden kann und ein Sprechakt wiederum als andere institutionelle Handlung, etwa als Rechtsakt. Dabei beschreibt sie die Voraussetzungen an die körperliche Tätigkeit und den Sprechakt zum einen, aber auch an den institutionellen Kontext, innerhalb dessen eine körperliche Tätigkeit als Sprechakt und ein Sprechakt als Rechtsakt gedeutet werden kann.<sup>55</sup>

Diese Voraussetzungen beginnen stets mit der Intentionalität. Die Intentionalität des Menschen ist Grundvoraussetzung jeder Performativität. Intentionalität ermöglicht Intentionen, Intentionen ermöglichen (Basis-)Handlungen, die körperliche Tätigkeiten zum Bestandteil haben, aber mehr sind als die reine körperliche Tätigkeit.<sup>56</sup> Diese Basishandlung wiederum wird als Sprechakt gedeutet. Voraussetzung für eine solche Deutung ist das der Sprache inhärente deontische Element. Erst dieses deontische Element ermöglicht den Sprechakt und die Deutung des Sprechakts als Handlung einer anderen Institution.<sup>57</sup>

#### a) Unmittelbares Erkenntnisinteresse

Mit dieser Untersuchung möchte ich im Wesentlichen vier Fragen beantworten:

- Wie ereignet sich die institutionelle Deutung des Rechts, mittels der anhand von Willen und Willensakten Recht erzeugt wird, oder: Wie subsumieren wir?
- Welche Erkenntnisse können die im Rahmen der institutionellen Deutung herangezogenen Willen und Willensakte für die Rechtserkenntnis liefern, oder: Welche Bedeutung hat der Wille bei der Auslegung?
- Wie gelingt es der institutionellen Deutung, mittels einer Tatsache im Modus des Seins – dem Willensakt oder dem Willen – eine Tatsache im Modus des Sollens zu erzeugen, oder: Wie wird Recht zu Recht?
- Inwieweit ist die institutionelle Deutung des Rechts konstitutiv für das Recht, oder: Was ist die Funktion des Rechts?

<sup>54</sup> S. dazu hier S. 99.

<sup>55</sup> S. dazu hier S. 47.

<sup>56</sup> S. dazu hier S. 17.

<sup>57</sup> S. dazu hier S. 157.

Im Laufe der folgenden Untersuchung möchte ich ergründen, welche intentionalen Vorgänge im Produktionsprozess des Rechts stattfinden, die so erschaffenes Recht nicht nur als ein Rechtsprodukt, sondern als ein Menschenprodukt erschaffen. Die Struktur menschlicher Intentionalität wird dabei zu betrachten sein, genauso wie die Intention als spezifischen intentionalen Zustand. Dabei wird es nicht nur um die originäre Intentionalität handelnder Menschen gehen, sondern auch um das äquivalente Phänomen kollektiver oder nicht-menschlicher Akteurinnen und Akteure. Anschließend wird es darum gehen, wie die Intention in einer Handlung mündet.

Zu diesem Prozess kann die Rechtswissenschaft keine Erkenntnisse bieten. Deswegen werde ich auf Überlegungen zurückgreifen, die in der Philosophie des Geistes und der Handlungstheorie beheimatet sind. Anschließend werde ich ergründen, wie Institutionen im Allgemeinen und Institutionen des Rechts im Besonderen außerinstitutionelle Handlungen deuten. Auch wenn das Recht durchaus im Einzelfall darüber Auskunft erteilt, werde ich auf institutionentheoretische Erkenntnisse zurückgreifen, um Strukturmerkmale einer solchen institutionellen Deutung beschreiben zu können. Dabei geht es auch darum, Institutionen des Rechts als Institutionen (unter vielen anderen) zu begreifen, zugleich aber ihr *Proprium* nicht aus den Augen zu verlieren.

Während diese Untersuchung außerrechtswissenschaftliche Erkenntnisse urbar zu machen und auf das Recht anzuwenden versucht und somit die erste der vier aufgeworfenen Fragen beantwortet, ist die Beantwortung der zweiten Frage auf die Inkorporation dieser Erkenntnisse in eine rechtswissenschaftliche Methodik angewiesen. Dort möchte ich zunächst den Produktionsprozess beschreiben, also wie Recht erschaffen wird, ohne mich dabei auf das – *Kelsens* Trennung zwischen der rechtlich determinierten Ermittlung des Rahmens und dessen nicht rechtlich determinierter Ausfüllung aufgreifend<sup>58</sup> – reine Recht zu beschränken und rechtspolitische Aspekte auszuklammern. Gerade das Zusammenspiel der ‚reinen‘ zur Deutung herangezogenen Regeln und der ‚rechtspolitischen‘ Intention und Handlung scheint mir dort erkenntnisreich. Das gilt auch für die spätere Ermittlung einer solchen Rechtshandlung, die ich zunächst als Kompetenz- und sodann als methodische Frage besprechen werde.

Für die Beantwortung der dritten Frage werde ich in einen Bereich vordringen, der zumeist der Rechtsphilosophie überlassen wird. Dabei geht es um den Ursprung der deontischen Kraft des Rechts. Statt diesen im überpositiven Bereich zu suchen oder auf eine solche Suche ganz zu verzichten, werde ich die vorherigen Erkenntnisse darauf untersuchen, inwieweit sie eine Erklärung liefern können. Dabei geht es um die durch intentionale Zustände erzeugte Verpflichtung,

---

<sup>58</sup> S. dazu hier S. 99.

## Index

- Absicht 26  
Akkordeon-Effekt 113, 117, 153  
Akzeptanz *Siehe* Anerkennung  
*Alexy, Robert* 4  
Anerkennung 57, **186**  
~, derivative 193  
~, im Recht 200  
~, ontologisch signifikante 66, 184  
~, originäre 191  
Akzeptanz 66  
*Anscombe, G. M. E.* 24, 45, 61, 110  
– praktisches Schließen 110, 113  
*Archavlis, Kyriaki* 6  
*Arendt, Hannah* 198  
*Austin, John L.* 114, 120, 124, 164  
Autorität 34, 56, 140  
~, deontische 34, 140, 142, 144  
~, epistemische 144, 195
- Balzer, Wolfgang* 185  
Basishandlung *Siehe* Handlung  
Basiswahrnehmung *Siehe* Basishandlung  
*Bickel, Alexander M.* 208  
*Bocheński, Joseph* 34, 140, 142, 144  
*Bratman, Michael* 181  
*Brentano, Franz* 22, 23
- Canaris, Claus-Wilhelm* 4  
*Christensen, Ralph* 4
- Danto, Arthur C.* 39  
*Davidson, Donald* 43, 112  
Deklaration *Siehe* Passrichtung:  
~, beidseitig  
Deontik 68, **160**, 232  
~, derivative 189  
~, derivative des Rechts 193  
~ der Sprache 170  
~, originäre des Rechts **213**  
Ermöglichungsdimension 190, 194  
Ur~ der Sprache 164  
Verpflichtungsdimension 58, 159, 194, 238,  
241  
Deutung 156, 172, 204, 229, 232
- Ehrenberg, Kenneth* 194, 197  
Emergenz  
~ von Institutionen 90 *Siehe* Institution  
~ von kollektiven Handlungen 58, 181,  
*Siehe* Gruppektivität  
Epistemischer Status 51  
– epistemisch objektiv 34, 53, 57, 67, 111,  
185  
– epistemisch subjektiv 53, 55, 144, 185  
*Esser, Josef* 4
- Feinberg, Joel* 112, 113, 117,  
*Siehe* Akkordeon-Effekt  
*Felder, Ekkehard* 6  
*Finnis, John* 221, *Siehe* Naturrechts-  
theorien  
Funktion 246  
~, agentive 224  
~ des Rechts 231  
~ im Recht 222  
~ sbegriff, naturwissenschaftlicher 218  
~, zugeschriebene **224**, 225, 230  
Funktionalismus, sozialwissenschaft-  
licher 219  
– *proper function* 177, **226**, 227
- Gadamer, Hans-Georg* 4, 147  
*Gardner, John* 195  
Geist *Siehe* Intentionalität  
Geltung 99, 194, 197, 213, **245**,  
*Siehe* Deontik

- Gesellschaftsvertrag 164, *Siehe* Ur~  
der Sprache
- Gilbert, Margarete* 58, 60, 182, 242
- Goldman, Alvin I.* 45, 110, 126
- Green, Leslie* 220, 222, 223
- Grice, Herbert P.* 164, 167
- Gruppektivität **58**, 68, 82, 144, 180, 243, 244
- Abgrenzung 58
  - Deontische Kraft 80, *Siehe* Deontik, *Siehe* Institution, *Siehe* Norm
  - Entstehung 186
  - *plural subjects* 59, 182, *Siehe* *Gilbert, Margarete*
- Hamel, Roman* 6
- Handlung 27, 39
- ~, institutionelle 122, 126, 131, 135
  - Basis~ **43**, 114, 120
  - institutionelle Handlung **119**
- Handlungsgrund **107**, 159, *Siehe* Intention:
- ~, vorgängige
- Hart, H. L. A.* 109, 117, 157
- primary rules 11
  - secondary rules 11
- Haslanger, Sally* 109
- Hassemer, Winfried* 4
- Hauriou, Maurice* 96
- Hindriks, Frank* 70, 185, 233
- Hobbes, Thomas* 161
- Hruschka, Joachim* 4
- Institution **82**, 118, 120, 130, 134, 178, 183, 192, 199
- ~, verfestigte 199, 203, 205
  - *ad-hoc*~ 193, 199, 239
  - Entstehung 231
  - Régime 93, 133, 178, 200
- Intention **39**
- ~, handlungsleitende 43
  - ~, handlungsleitende 41, 226, *Siehe* Basishandlung
  - ~, vorgängige 108
  - Abgrenzung zum Willen 26, **38**
- Intentionalität **19**, 103
- intentionaler Zustand *Siehe* Intentionalität
  - Modalvariable 21, 23, 47, 131, 132, 245
  - Passrichtung 24
  - propositionaler Gehalt 25, 42, 48, 104
  - Wahrnehmung *Siehe* Wahrnehmung
- Isensee, Josef* 12
- Jestaedt, Matthias* 80, 145, 147, 157, 213
- Kaufmann, Arthur* 4
- Kausale Selbstreflexivität *Siehe* Satisfaktionsbedingung
- Kelsen, Hans*
- Deutungsschema 11, 29, 30, 83, 85, 92, 141
  - Funktion des Rechts 222
  - hypothetische Grundnorm 12, 38, 127, 157, 197, 213
  - Rechtserzeugung 102
  - Wille *Siehe* Wille
  - Willensakt *Siehe* Wille
  - Zurechnung *Siehe* Zurechnung
- Kindhäusers, Urs* 112
- Larenz, Karl* 4
- Leezenberg, Michiel* 164, 165
- Lippold, Rainer* 6, 80
- lokutionärer Akt *Siehe* Sprechakt
- Luhmann, Niklas* 62, 95, 130, 188
- MacCormicks, Neil* 74, 77, 89, 95, 222
- Marani, Lisa* 67, 69, 70, 73
- Milikan, Ruth* 218
- Möllers, Christoph* 208
- Müller, Friedrich* 4
- Müller-Mall, Sabine* 6
- Naturrechtstheorien 220
- Nida-Rümelin, Julian* 164
- Norm 83, 96, 99, 105, 114, 129, 130
- Entstehung 233
- Ontologischer Status **49**
- Ontologisch objektiv 43, 62, 64, 66
  - Ontologisch subjektiv 33, 43, 58
- Passrichtung 22, 47, 92, 115
- ~, absteigende 23, 25, 47, 172, 175, 187
  - ~, aufsteigende 23, 25, 38, 115, 241
- Deklaration *Siehe* Passrichtung, beidseitig

- Passrichtung, beidseitig **25**  
 perlokutionärer Akt *Siehe* Sprechakt  
*pouvoir constituant* *Siehe* hypothetische Grundnorm  
 Präsentation 159, *Siehe* Repräsentation  
 Produktionsprozess *Siehe* Deutung  
*Putnam, Hilary* 164  
  
*Rawls, John* 162  
*Raz, Joseph* 68, 75, 106, 159, 172, 196, 220, 222, 233  
 Rechtsanwendung 102, *Siehe* Deutung, *Siehe* Produktionsprozess  
 Rechtserzeugung, *Siehe* Deutung, *Siehe* Produktionsprozess  
 Rechtswissenschaft 4, 8, 10, 17, 80, 83, 138  
 Rechtsstheorie **15**  
 Regeln  
 ~, deskriptive 186, 187, 188, 190, 200, 203  
 ~, präskriptive 186, 190, 191, 200, 201  
 Repräsentation 158, 159, 165, 167, 169, 173, 176, 202, 236, 237  
 – Ermöglichung durch ~ 170  
 – Repräsentationsobjekt **24**, 171, 176  
 – Verpflichtung durch ~ 176  
*Ross, Alf* 75, 96  
*Rousseau, Jean-Jaques* 162  
*Ruiter, Dick* 84, 91, 92, 93  
*Rüthers, Bernd* 4  
  
 Satisfaktionsbedingung 22, 41, 47, 109, 151, 168  
 – kausale Selbstreflexivität 42  
*Savigny, Karl Friedrich v.* 3  
*Schane, Sanford* 6  
*Searle, John* 17  
 Basiswahrnehmung *Siehe* Wahrnehmung: Basiswahrnehmung  
 – Deontik 68  
 – Funktionen nach ~ 217, 218, 224  
 – Handlungen, kollektive 58  
 – Wahrnehmung *Siehe* Wahrnehmung  
*Shapiro, Scott* 198, 213, 243, 244  
*Smith, Berry* 235  
 Sprechakt 115, 120, 167, 174  
 – illokutionärer Akt 123  
 – lokutionärer Akt 120  
 – perlokutionärer Akt 126  
 Sprechakttheorie 7, **114**  
 Statusfunktion 67, 71, 72, 129, 172, 176, 179, **230**, **233**, 246  
  
 Tatsache **47**, 61  
 ~, institutionelle *Siehe* Institution  
 ~, rohe **62**, **64**, 178, 185, *Siehe* Ontologischer Status, *Siehe* Ontologisch objektiv  
 ~, soziale **50**, 63, 78, 165, *Siehe* Gruppjektivität  
*Thomasson, Amie L.* 66  
*Tuomela, Raimo* **80**, 181, 183, 185, 242, *Siehe* Gruppjektivität  
  
*van der Kaaij, H. D. S.* 6  
 Vorsatz 26  
  
 Wahrnehmung **108**, 159, 171, 173  
 – Basis~ **104**, 171  
 – Praktische Information 92, **105**, 108, 134  
 – Theoretische Information 92, **104**, 107, 142, 173, 246  
*Weinberger, Ota* 89, 92, 96, 104, 195  
 Wille **28**, 114  
*Wismeyer, Thomas* 154  
*Wittgenstein, Ludwig* 164  
  
 Zurechnung 70, 73, 83, 172, *Siehe* Repräsentation