

Juristisches Urteil – seine wahrnehmungstheoretischen Voraussetzungen

Julia Hänni¹

Kurzzusammenfassung

Juristische Urteile sind – nicht nur im Rahmen der Höchstgerichtsbarkeit – regelmäßig Entscheidungen zwischen nicht vollständig determinierten Wertungsalternativen. Rechtsanwender müssen auf ihre Vorwertungen für die Interpretation von Rechtsregeln Bezug nehmen. Dadurch erlangen gefühlsgeleitete Wahrnehmungskompetenzen immer wieder signifikantes Gewicht in der Rechtsanwendung. Es ergibt sich hieraus das Erfordernis, die grundlegende Funktion und substantielle Bedeutung solcher Kompetenzen für die Rechtsfindung vermehrt sichtbar zu machen. Mit ausschließlich argumentativ-rationalen Theorien lässt sich das Wesen einer juristischen Entscheidung nicht hinreichend darstellen. Die Autorin bedient sich hierfür (auch) phänomenologisch-ästhetischer Theorien des Rechts.

1 Fragestellung

Ich möchte im Folgenden der Frage nachgehen, inwiefern im Rahmen der Anwendung des Rechts neben den viel umschriebenen rational-deduktiven Schlüssen auch gefühlsgeleitete Wahrnehmungsgrundlagen Platz finden – oder sogar: Platz finden müssen. Es soll analysiert werden, inwieweit auch gefühlsgeleitete Erkenntnisakte normative Grundlagen der Rechtsanwendung bilden bzw. inwiefern emotionale Erkenntnisgrundlagen hilfreich – oder gar unerlässlich – für juristische Entscheidungen sind.

1 Der Text basiert in einigen Teilen auf *J. Hänni*, Phänomenologie der juristischen Entscheidung, in H. Landweer/D. Koppelberg (Hrsg.), Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge, München 2016, S. 227–248 sowie auf *dies.*, Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung. Rechtsmethodik, Objektivität und Emotionalität in der Rechtsanwendung, Berlin 2011.

2 Gefühl und Wahrnehmung

Ein Einstieg in eine solche Fragestellung erfordert zunächst die Überwindung eines hartnäckigen Vorurteils, nämlich der strikten Trennung von Ratio und Gefühl. Denn alles, was nicht der Ratio zugerechnet werden kann, dem bloß Affekthaften und Sinnlichen zuzuschreiben, ist für eine adäquate Darstellung unserer juristischen Wahrnehmung unangemessen.²

Insbesondere die ästhetisch-phänomenologische Betrachtungsweise verdeutlicht uns eine Geordnetheit des Emotionalen: Es gibt diffuse Gefühle wie Stimmungen und Gemütszustände; ein Beispiel sind auch die Gefühlsatmosphären, wie sie Hermann Schmitz umschreibt.³

Für die praktische Rechtsanwendung zentral sind aber Gefühle, die aus einer Innerlichkeit hervorgehen, die intentional auf die Welt, auf Sachverhalte und auf Gegenstände gerichtet sind.⁴ Solche Gefühle stehen in engem Bezug zur *Wahrnehmung*, die hier als die Fähigkeit oder Leistung umschrieben wird, Erfühltes im Bewusstsein zu zeigen, zu ordnen, zu interpretieren.⁵ Wahrnehmung ist die Funktion (bzw. Fähigkeit), durch die die in uns durch wahrnehmbare Objekte ausgelösten Empfindungen erfühlt, organisiert und interpretiert werden, um uns eine Darstellung dieser Objekte mit einem unmittelbaren Eindruck ihrer Realität zu geben.⁶

2 Vgl. bereits für die allgemeine Umschreibung des „menschlichen Geistes“ im Sinne einer verengenden Vernunft M. Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, hrsg. v. M. Frings, 7. Aufl., Bonn 2000, S. 266.

3 Vgl. in diesem Sinne etwa Schmitz: „Gefühle sind Atmosphären, das heißt, auch sie sind ähnlich wie der Schall und das Wetter randlos ergossen. Denken Sie an die Schwere der Trauer auf einer Beerdigung oder an die erhebende Freude auf einem Fest, an die dicke Luft einer Konfliktsituation oder die gespannte Erwartung vor einer wichtigen Verkündung. Gefühle sind Halbdinge – sie kommen und gehen, ohne dass es Sinn machen würde zu fragen, wo sie in der Zwischenzeit geblieben wären. Und als Atmosphären sind sie potenziell für alle anwesenden Menschen spürbar“; I. Barinberg/S. Miller, „Gefühle sind keine Privatsache“. Gespräch mit Hermann Schmitz, Philosophie Magazin 2, 2017, S. 70–75.

4 Vgl. unter Bezugnahme des Begriffs der *noesis*: E. Husserl, Ideen zu einer reinen Phänomenologie und Phänomenologischen Philosophie, Bd. I, § 85 (Husserliana III/1), S. 194, 200 ff. Vgl. auch die Darstellung bei H. Schmitz, Der unerschöpfliche Gegenstand, Bonn 1990, S. 194 (297). Gegenstände sind in einem weitesten Sinne zu verstehen als Objekte der Wahrnehmung.

5 Vgl. auch E. Souriau, Vocabulaire d'esthétique, Paris: PUF 2010, S. 1186 (Perception).

6 Souriau, Vocabulaire d'esthétique (Fn. 5), S. 1186. Diese allgemeine Funktion wird auch als Wahrnehmung einer bestimmten Handlung bezeichnet, und die in dieser Handlung erhaltene Darstellung ist deren Inhalt; Souriau, Vocabulaire d'esthétique (Fn. 5), a.a.O.

Sowohl die ästhetische wie auch die phänomenologische Philosophie weisen denn auch auf die Leitfunktion der Gefühle im täglichen Handeln und ihre charakteristische Orientierungsfunktion hin: In der Wahrnehmung von Gefühlen zeigt sich dem Menschen ein unmittelbares Verstehen; eine ursprüngliche Art von Gewissheit: Niemand wird Liebe mit Hass, Sympathie mit Ressentiment oder Ehrfurcht mit Zorn verwechseln.⁷

Für die juristische Erkenntnis ist insbesondere zentral, dass dieses gefühlsgeleitete Differenzierungsvermögen, das wir ganz wahrnehmungs-ursprünglich besitzen, auf *qualitative Phänomene* (Werte) gerichtet ist.

Dem Orientierungsvermögen kommt dabei eine gewisse Apriorität zu. Ein Beispiel mag in einer ersten Annäherung verdeutlichen, dass die Wahrnehmung von Sachverhalten nicht nur eine empirische, sondern auch eine apriorische Seite hat: Damit man eine Handlung als ungerecht beurteilen kann, ist ein Vorwissen vorausgesetzt, was denn Ungerechtigkeit bedeutet. Dieses Vorwissen dient der Bewertung der konkreten Erfahrung als Maßstab. Wahrnehmung beinhaltet somit eine Fähigkeit zur Bewertung, die Grundlage jeglicher weiterer Erkenntnisschritte ist.

Der so umschriebene in der Wahrnehmung verankerte Zugang zu Sachverhalten ist ein ursprüngliches *gefühlsgeleitetes Involviertsein* in die Welt und ihre Geschehnisse.⁸ Im Akt des Fühlens ist eine Wertqualität der Welt und von Sachverhalten und damit auch eine Wichtigkeitsbesetzung für uns *bereits vollzogen*.⁹ Gestützt auf die ästhetisch-phänomenologische Betrachtungsweise ist demnach das, was in der Reflexion als das Primäre gilt – die Erfahrung – dem wertenden Erleben gegenüber sekundär.

Die Fähigkeit zu gefühlsgeleiteter Unterscheidung ist demnach ein Grundpfeiler der Erkenntnis und Handlungsfähigkeit des Menschen. Sachverhalte werden auf einer primären gefühlsgeleiteten Ebene erfasst, die als prärationales Element Teil der Wahrnehmung ist, aber auch Grundlage von Teilbarkeit, von Kommunikation: Ein ursprünglicher Zusammenhang von Sachverhalten und gefühlsgeleiteter Antwortreaktion ist Grundvoraussetzung sowohl für das Verstehen anderer Menschen als auch für das Ver-

7 Vgl. P. Good, Max Scheler. Eine Einführung, Düsseldorf 1998, S. 21.

8 R. Solomon, Emotionen, Gedanken und Gefühle: Emotionen als Beteiligung an der Welt, in: S. Dörig (Hrsg.), Philosophie der Gefühle, Frankfurt a. M. 2009, S. 148–168.

9 Nach Scheler verdeutlicht sich dieser unmittelbare emotionale Wahrnehmungsbezug bereits beim Sprachgebrauch: Typische emotionale Wendungen wie „etwas lieben und hassen“ werden stets direkt (transitiv) verwendet.

stehen unserer eigenen Erlebnisse und ist insofern Teil einer *Universalgrammatik*.¹⁰

3 Juristische Urteilskraft

3.1 Grundlagen

Aus juristischer Sicht stellt sich nun die Frage, in welcher Weise Wahrnehmung und Gefühl als Grundlage für die *Rechtsanwendung* verstanden werden können. Wie genau können Gefühl und Wahrnehmung mit der Rechtswirklichkeit, mit dem juristischen Entscheidungskontext in Verbindung gebracht werden?

Die Implikation des so umschriebenen Fühlens ergibt sich mit Bezug auf die praktische juristische Vernunft, die für die Rechtsfindung erforderlich ist und z.B. bei der Interpretation von Normen am konkreten Fall (sog. Auslegung¹¹) zum Tragen kommt. Es ist demnach zu untersuchen, inwiefern der praktischen juristischen Interpretation auch eine primäre gefühlsgeleitete Stellungnahme zugrunde liegt.

Analysiert man die praktische juristische Vernunft mit Blick auf die Wahrnehmung, so lässt sich die Funktion des ordnenden Differenzierungsvermögens im Sinne der dargelegten apriorisch-intuitiven Wertung gerade für den juristischen Bereich spezifisch darstellen¹².

Die besondere Aufmerksamkeit und Bedeutung ist der gefühlsgeleiteten juristischen Urteilskraft dahingehend zuzusprechen, als sie auf die für die Rechtsfindung konstitutiven Wertungserfordernisse gerichtet ist.¹³ Um die juristische Urteilskraft darstellen zu können, ist daher zunächst zu fragen, wie eine Bezüglichkeit von Recht und Wertungserfordernissen zustande kommt oder besser: Wie Wertungserfordernisse Bestandteil der Rechtsfindung sind. Gestützt darauf ist sodann anhand von Beispielen zu untersuchen, in welchen Konstellationen sich eine gefühlsgeleitete Wahrnehmung für die Rechtsanwendung als maßgeblich erweist.

10 Siehe M. Scheler, Zur Phänomenologie und Theorie der Sympathiegefühle und von Liebe und Hass, Halle 1913, S. 7.

11 Vgl. Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches und die Materialien hierzu.

12 H. Landweer, Warum Normen allein nicht reichen. Sinn für Angemessenheit und Rechtsgefühl in rechtsästhetischer Perspektive, in diesem Band, spricht in ähnlicher Weise von einer vorgelagerten Voraussetzung der Urteilskraft; vgl. insb. S. 82.

13 U. Matz, Rechtsgefühl und objektive Werte, München 1966, S. 124.

3.2 Auslegung und Wertung

Auf einen ersten Blick hat Auslegung wenig mit Wertungen zu tun, denn der Wortlaut einer Norm (oder regelmäßig: von mehreren anwendbaren Normen) bestimmt die Beurteilung des konkreten Falles. Nach der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts bildet der *Gesetzeswortlaut* (jedenfalls) den Ausgangspunkt der Interpretation.¹⁴ Verbunden damit ist die primäre Annahme, dass der Wortlaut einer Bestimmung die sich stellenden Fragen klären kann, aber auch die maßgebliche Stütze für die Interpretation der verwendeten Begriffe ist.¹⁵

Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass für die Bedeutungsinterpretation des Wortlauts einer Norm Maßstäbe miteinbezogen werden, an denen sich die Sprache selbst orientiert.¹⁶

Maßstab für die Interpretation des Wortlauts ist nach der Konzeption Wittgensteins etwa der Gebrauch von Begriffen in einer Lebensform, d.h. im sprachlich-sozialen Kontext einer Gesellschaft: Erst dadurch, dass wir wissen, wie sich ein Begriff in der Gesellschaft in seinem Gebrauch wandelt, kennen wir auch seine Rechtsbedeutung.¹⁷ Durch ihren Gebrauch

14 BGE 95 I 322 E. 3 S.326; 136 III 294 E. 3.3 S.296; 137 V 1 E. 7.2.4 S.12. Der Wortlaut ist Ausgangspunkt der Interpretation; dies steht dem Methodenpluralismus gemäss der Gesamtmethodik des Bundesgerichts jedoch nicht entgegen: Gibt die Heranziehung des Wortlauts den Sinn der Norm für den konkreten Fall jedoch nicht wieder, so ist der Wortlaut im Rahmen des Methodenpluralismus gegenüber den anderen Auslegungskriterien abzuwägen; vgl. oben, Kap. 2 I 2.

15 J. Hänni, Juristische Hermeneutik, in: C. Bäcker/M. Klatt/S. Zucca-Soest (Hrsg.), Sprache, Recht, Gesellschaft, Tübingen 2012, S. 75–91 (82).

16 Hänni, Hermeneutik (Fn. 15), S. 82.

17 L. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Urfassung (MS 142), FF 40 (41); vgl. auch L. Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus (Werkausgabe in 8 Bänden, Bd. 1), Frankfurt a. M. 2006, Nr. 3.328. Vgl. zum Erfordernis der Kontextualisierung auch Brandom, der festhält: «es [ist] nicht möglich, überhaupt irgendwelche Begriffe zu haben, wenn man nicht viele hat»; R. Brandom, Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Interferentialismus, übers. V. E. Gilmer, Frankfurt a. M. 2001, S. 28.

entwickeln sich Sprachspiele¹⁸ – auch dieser Begriff Wittgensteins soll die Kontextualisierung verdeutlichen – eigenständig fort.¹⁹

Das lässt sich an Beispielen erläutern: Das Bundesgericht hatte 1957 die Frage zu entscheiden, ob das Stimmrecht der Schweizer – „les Suisse“ gemäß der Waadtländer Verfassung – sich auch auf Schweizerinnen bezieht. Aus dem in der Verfassung verwendeten Begriff «les Suisse» bzw. «die Schweizer» allein ließ sich demnach das *normativ Gesollte* für die Gerichte nicht ableiten. Das Gericht kam zum Schluss, dass sich der Begriff auf Männer reduziert, was eine Wertung erforderte. Das Stimmrecht der Frauen wurde – nach Verfassungsänderungen in anderen Kantonen – im letzten Kanton gestützt auf den fast gleichen Wortlaut der anwendbaren Norm im Jahr 1991 dann doch noch durch das Gericht eingeführt.²⁰

Wie das Beispiel zeigt, müssen Rechtsanwender kontextual im Sinne einer Vorwertung für die Interpretation von Rechtsregeln Bezug nehmen;²¹ das normativ Gesollte ergibt sich nicht einfach aus dem Gesetz oder der Verfassung, sondern aus sinner schließenden Wertungen.

18 Der Begriff dient dazu, den Kontext der Äußerung hervorzuheben, um die Bedeutung des sprachlichen Ausdrucks zu erklären. Entsprechend der überaus zahlreichen sozialen Kontexte ergeben sich die unterschiedlichsten gesellschaftlichen Verwendungsformen von Sprache, die Wittgenstein »Sprachspiele« nennt; J. Schulte, Wittgenstein, 2. Aufl., Stuttgart 2016, S. 138. Auch Gadamer verwendet den Begriff des Spiels, das er auf hermeneutische Phänomene in Analogie zur Bildung ästhetischer Urteile bezieht: »Wenn wir einen Text verstehen, so nimmt das Sinnvolle desselben genauso ein, wie das Schöne für sich einnimmt.« Er fährt fort: »Was uns in der Erfahrung des Schönen und im Verstehen des Sinnes der Überlieferung begegnet, hat wirklich etwas von der Wahrheit des Spiels« H.-G. Gadamer, Hermeneutik I: Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 7. Aufl., Tübingen 2010, S. 107 ff. (494).

19 Hänni, Hermeneutik (Fn. 15), S. 82 f.

20 Gemäß der (damals in Kraft stehenden) innerrhodischen Kantonsverfassung galt das Stimmrecht für «alle im Kanton wohnhaften Landleute sowie die übrigen Schweizer». Der Passus wurde in ständiger kantonaler Praxis dahingehend ausgelegt, dass damit bloß Männer gemeint seien. In BGE 116 Ia 359 E. 10.c S. 381 revidierte das Bundesgericht diese Auffassung: Eine (bundes)verfassungskonforme Auslegung führt zum Ergebnis, dass mit «Landleuten» und «Schweizern» auch Frauen gemeint seien. Damit wurde – über den richterlichen Weg – auch im letzten Kanton das Frauenstimmrecht eingeführt; J. Hänni, Rechtsphilosophie in a nutshell, Zürich/St. Gallen: Dike Verlag 2019, S. 175 f.

21 Hänni, Hermeneutik (Fn. 15), S. 82.

Ein solches Wertungserfordernis kann auch am Beispiel der Lehrmeinungen zu den „guten Sitten“²² veranschaulicht werden: Während bis in die 1990er Jahre ein Prostitutionsvertrag als sittenwidrig und damit als nichtig galt, setzten sich in den letzten Jahren Autorinnen und Autoren dafür ein, dass die entsprechenden Verträge nicht als Verstoß gegen die guten Sitten verstanden werden,²³ sodass die Entgeltforderung rechtmäßig eingefordert werden kann. Die Interpretation des Rechtsbegriffs muss sich also auch hier durch eine außerpositive Wertung bestimmen.²⁴

Unter «Arglist», «schädigender Absicht» oder «guten Sitten» können sehr unterschiedliche Handlungsweisen subsumiert werden; ein Konsens über eine inhaltliche Bestimmung oder Einschränkung – sie ergibt sich nicht allein aus der Begrifflichkeit des Gesetzes – ist für die juristische Interpretation daher unumgänglich.²⁵

Das Erfordernis der Vorwertung beschränkt sich nicht auf die Subsumtion eines einzelnen Begriffs, sondern kann sich auch hinsichtlich des Sachverhalts ergeben: Bei der Rechtsanwendung erfolgt oftmals ein spontanes gefühlsmäßiges Erfassen der rechtlich relevanten tatsächlichen Elemente des Falles nach wertbezogenen Gesichtspunkten, es zeigt sich das in der Literatur umschriebene Phänomen des prä rationalen Verständnisses für eine Entscheidlage.²⁶

Im Bereich des Öffentlichen Rechts ergeben sich typischerweise Wertungserfordernisse, wenn unterschiedliche Interessen gegeneinander abzuwagen sind. In Interessenabwägungen ist im Einzelfall zu entscheiden,

22 Art. 20 Abs. 1 des schweizerischen Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR); § 138 Abs. 1 BGB.

23 Als Kompromiss ist in Deutschland zum 1. Januar 2002 ein Gesetz (Prostitutionsgesetz) in Kraft getreten, das zumindest die Rechtswirksamkeit der Entgeltforderung sicherstellt. Ob Prostitutionsverträge weiterhin sittenwidrig sind, ist jedoch umstritten.

24 Vgl. Gadamer (Fn. 18), S. 289, 291. Auch nach Gadamer ist Verstehen zunächst „die Vollzugsform des menschlichen Soziallebens“; vgl. H.-G. Gadamer, Replik, in: J. Habermas/D. Henrich/J. Taubes (Hrsg.), Theoriediskussion. Hermeneutik und Ideologiekritik, Frankfurt a. M. 1971, S. 283 ff., 289.

25 Hänni, Hermeneutik (Fn. 15), S. 83.

26 C. Meier, Zur Diskussion über das Rechtsgefühl, Diss. Zürich, Berlin 1986, S. 28, 114, 147; R. Weimar, Rechtsgefühl und Ordnungsbedürfnis, in: E. Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Opladen 1985, S. 158–171 (165); R. Weimar, Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidungen, Basel: Helbing und Lichtenhahn 1969, S. 110; M. Kriele, Rechtsgefühl und Legitimität der Rechtsordnung, in: E. Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Opladen 1985, S. 23 (23, 24).

welchem Interesse der Vorzug gegeben werden soll, wenn beispielsweise die Medienfreiheit²⁷ die Privatsphäre öffentlicher Personen gefährdet²⁸ oder wenn das Grundrecht auf Eigentum²⁹ übergeordneten Interessen der Gemeinschaft entgegensteht.³⁰

Gerade *Grundrechte* bieten sich in aller Regel nicht als deduktionsfähige Rechtssätze an.³¹ Sie betreffen grundsätzlich – anders als das in der Regel auf spezifische Sachbereiche bezogene Gesetzesrecht – eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsbereiche. Die Aufgabe des Gerichts ist, den Grundrechtsgehalt in Verwirklichung der Schutzwirkung der Norm für den Einzelfall zu erschließen,³² was Wertungen zur Tragweite der Norm erfordert. Erst hierdurch bestimmt sich, ob in Anbetracht der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) biologische Unterschiede im Hinblick auf die Militärersatzabgaben relevant sein können,³³ unter welchen Voraussetzungen die Persönliche Freiheit (Art. 10 BV) eine Selbstdtötung erlaubt, oder ebenso, ob die Wegweisung einer ausländischen Person infolge Straffälligkeit rechtmäßig ist.³⁴ Die Anwendung von Grundrechten und insbesondere auch die im Öffentlichen Recht zentrale Verhältnismäßigkeitsprüfung oder auch die Vielzahl von gleichzeitig anwendbaren Normen erfordern Wertungen durch die Gerichte, welche die reine Ableitung durchbrechen.³⁵

27 Art. 17 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV).

28 Art. 13 BV; Art. 8 EMRK; vgl. dazu auf europäischer Ebene das EGMR-Urteil von Hannover vs. Germany, App. no 59320/00, §§ 43 – 81, ECtHR 2004-VI.

29 Art. 26 BV.

30 R. Zippelius, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, München 1962, S. 2. Als Beispiel kann hier die Kontroverse um die Duldungspflicht von Lärmemissionen öffentlicher Werke bzw. die Entschädigungspflicht aus der Enteignung nachbarrechtlicher Abwehrrechte im Bereich des Flughafens Zürich-Kloten herangezogen werden. Die Gerichte haben zu entscheiden, ob öffentlichen oder privaten Interessen der Vorzug gegeben werden soll; vgl. dazu zum Beispiel BV-GE A 1923/2008, Urteil vom 26. Mai 2009.

31 Zur Frage der Abgrenzung von juristischer Deduktion und gestaltendem Urteil siehe etwa P. Moor, *Für eine mikropolitische Theorie des Rechts*, Bern: Stämpfli Verlag 2011, S. 123 ff.; B. Schindler, *Verwaltungsermessen: Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Habil., Zürich 2010, Rn. 310, 338, 387.

32 J. Hänni, *Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts*, VI.2; S. 160 (zitiert nach Manuskriptseiten).

33 Bejahend noch BGer. 2C_221/2009 vom 21. Januar 2010 E. 7.

34 Art. 66a Abs. 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB; SR 311.0); Art. 5 BV.

35 J. Hänni, *Die Unvordenkliche Eigenständigkeit der Rechtsphilosophie*, in: U. Basbusiaux (Hrsg.), *Zur kritischen Funktion von Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie*. Symposium Marcel Senn, Zürich 2020, S. 135 ff.

3.3 Interpretation und wertender Sinnbezug

Diese wenigen Bereiche und Schnittstellen – es ließen sich zahlreiche weitere aufzählen – zeigen demnach auf, dass ein Rechtssystem eine Offenheit hat für sinner schließende Wertmaßstäbe. Ein *wertender Sinnbezug* für die juristische Interpretation ist daher unumgänglich, da der sprachliche Ausdruck des Gesetzes den Sinn des Normativen meist noch nicht auf eine Weise bestimmt, die den Einzelfall entscheidet.

Auf diese Erkenntnis nimmt im Rahmen von allgemeinen Erwägungen zur Auslegung denn auch die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung Bezug; das Höchstgericht hält explizit fest: „Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das *an Sachverhalten verstandene* und konkretisierte Gesetz.“³⁶ Es fährt fort: „Gefordert ist die sachlich *richtige Entscheidung im normativen Gefüge*, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis*.“³⁷ Die Entscheidung soll dann im normativen Gefüge „richtig“, „vernünftig“ und „sachgerecht“ im Sinne des Regelungszwecks getroffen werden.³⁸

Juristische Entscheidungen sind so – nicht nur für die Höchstgerichtsbarkeit – regelmäßig Entscheidungen zwischen stets nicht vollständig determinierten Wertungsalternativen.³⁹ Entsprechend wird der Rechtsanwender auf seine Vorwertung für die Interpretation von Rechtsregeln Bezug nehmen. Für solche Entscheidungen erlangen gefühlsgleitete Wahrnehmungskompetenzen immer wieder maßgebliches Gewicht,⁴⁰ und es zeigt sich das Erfordernis, ihre Funktion und Bedeutung in der Rechtstheorie vermehrt darstellen zu können.

36 BGE 140 III 100 E. 5.2 S. 103 mit zahlreichen Referenzen; Hervorhebungen durch die Autorin.

37 BGE 140 III 100 E. 5.2 S. 103, Hervorhebungen durch die Autorin. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es explizit ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen; BGE 140 III 100 E. 5.2 S. 103 mit zahlreichen Referenzen.

38 BGE 140 III 100 E. 5.2 S. 103, mit Bezug auf die Sachgerechtigkeit bereits Meier, Rechtsgefühl (Fn. 26), S. 57.

39 Vgl. dazu z.B. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a. M. 2001, S. 23.

40 Vgl. bereits M. Bibler, Rechtsgefühl, System und Wertung, München 1979, S. 19.

4 Intuitives und rationales Überlegungsgleichgewicht

4.1 Leitfunktion der fühlenden Wahrnehmung

Wie die angeführten Beispiele zu den für die Rechtsanwendung typischen Wertungserfordernissen zeigen, ist der Erkenntnisbegriff des Rechts weit zu fassen. Er lässt sich nicht auf propositionale Akte (aussageförmige Aussagen) reduzieren.⁴¹ Eine sehr *ursprüngliche Art des Denkens* im Sinne von prä rationalen Akten ordnet und bestimmt die Sachverhaltserfassung und bildet so die Grundlage für die in der Rechtsanwendung erforderlichen Wertungen, zum Beispiel bei der Interessenabwägung, bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung oder bei Fragen, die Treu und Glauben betreffen.⁴²

Die Funktion einer fühlenden Wahrnehmung ist in solchen Konstellationen von erheblicher faktischer Bedeutung, da sie die Rechtsfindung und allenfalls auch die kritische Hinterfragung eines Ergebnisses leitet.⁴³ So lässt sich sagen, dass die gefühlsgleitete Wahrnehmung in vielerlei Hinsicht, wenn auch meist unausgesprochen, für die Rechtsfindung von entscheidender Bedeutung ist⁴⁴ und ein Impuls für die Weiterentwicklung der Praxis oder für eine Gesetzeskorrektur sein kann.⁴⁵

Damit ist eine ästhetische Kategorie de facto eines unserer primären Richtigkeitskriterien im Recht: Um die staatliche Legitimität zu gewährleisten und um zu garantieren, dass eine Entscheidung nicht willkürlich getroffen wurde, setzt die Rechtsprechung mit auf das Gefühl.

41 *H. Landweer*, Gefühle als Form von Werterkenntnis?, in: B. Merker (Hrsg.), Leben mit Gefühlen, Paderborn 2009, S. 163–181 (164).

42 Vgl. die Beispiele vorne, 3.2.

43 *O. Kaufmann*, „Oder“ und „und“? Bemerkungen zur Bedeutung des Rechtsgefühls in der bundesgerichtlichen Rechtsfindung, in: B. Corboz (Hrsg.), *Mélanges Robert Patry*, Lausanne: Payot 1988, S. 367–376 (372); *Meier*, Rechtsgefühl (Fn. 26), S. 133 f.; *T. Gächter*, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Habil., Zürich 2005, S. 400.

44 *Gächter*, Rechtsmissbrauch (Fn. 43), S. 394; *Meier*, Rechtsgefühl (Fn. 26), S. 133 f.

45 *R. Rhinow*, Rechtsetzung und Methodik, Basel: Helbing und Lichtenhahn 1979, S. 106 ff.; *E. Blankenburg*, Empirisch messbare Dimensionen von Rechtsgefühl, Rechtsbewusstsein und Vertrauen im Recht, in: H. Hof/H. Kummer/P. Weingart (Hrsg.), Recht und Verhalten. Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, Bd. 1, Baden-Baden 1994, S. 83–110 (85 ff.); *Kaufmann*, Rechtsgefühl (Fn. 43), S. 371 ff.

4.2 Rational-argumentative Erschließung und methodologische Einordnung

Es lohnt sich dabei, den Bereich, in dem die gefühlsgeleitete Wahrnehmung im Recht zum Tragen kommen soll, genauer zu definieren. Die gefühlsgeleitete Urteilstkraft ist wie die rationale Erschließung der Entscheidungsvoraussetzungen in die juristische Auslegungskunst zu integrieren.

Zunächst darf die Berufung auf das Gefühl nicht in dem Sinne überstrapaziert werden, um Wege zu bereiten für eine politische Instrumentalisierung des Rechts; das eigentliche Vermögen des intuitiv-wertenden Erkenntnisaktes mit Bezug auf die Wertungs- und Entscheidungserfordernisse im Rechtssystem würde sich selbst entfremdet.

Auch gibt es im geltenden Recht Bestimmungen, die Sachverhalte abschließend regeln, etwa gestützt auf empirische Messungen, wie dies bei technisch-konkretisierenden Verordnungen der Fall ist, so bei Lärmvorschriften, um ein klares Beispiel zu nennen. Ebenfalls darf das wertende Rechtsgefühl nicht missbraucht werden, um einen Freiraum zu schaffen für Gesetzesumdeutungen.⁴⁶ Es lohnt sich also, gefühlsgeleitete Erkenntnisakte methodologisch etwas genauer zu fassen.

Um gefühlsgeleitete juristische Erkenntnisakte rechtstheoretisch besser einordnen zu können, ist es hilfreich, auf den Gegensatz von Entscheidung und Entscheiddarstellung einzugehen:⁴⁷ Die Tragweite des intuitiv-wertenden Momentes und damit auch der Bedeutung der Wahrnehmung in der Rechtsfindung wird klarer, wenn im Prozess der Rechtsfindung zwischen einerseits Entscheidung und andererseits Entscheiddarstellung (Begründung) unterschieden wird.

Die Entscheidung selbst stützt sich auf gefühlsgeleitete Wertungen als wesentliche Erkenntniselemente, während bei der Entscheiddarstellung, d.h. bei der Begründung und Substanzierung der Entscheidung, dieses Moment rational erschlossen und argumentativ belegt wird.⁴⁸ Der Erkenntnisprozess vollzieht sich dabei von einer Entscheidung hin zur Darstellung der Entscheidung; wenn ihre argumentative Erschließung aufzeigt, dass sich die gefundene Entscheidung nicht schlüssig auf das anwendbare normative Gefüge zurückführen lässt, wird sie stets hinterfragt und erforderlichenfalls korrigiert.

46 Gächter, Rechtsmissbrauch (Fn. 43), S. 398 f.

47 Vgl. auch Schmitz, Unerschöpflicher Gegenstand (Fn. 4), S. 387; J. Bung, Subsumtion und Interpretation, Diss., Baden-Baden 2004, S. 30.

48 Meier, Rechtsgefühl (Fn. 26), S. 62; vgl. auch H. Wiprächtiger, Rechtsfindung im Spannungsfeld zwischen klassischen Auslegungsregelns und subjektiven Werturteilen, recht 13, 1995, S. 143 (148 f.).

Somit ist einerseits festzuhalten, dass wertende Wahrnehmungsakte allein noch keine hinreichende Begründungsqualität sind, sondern vielmehr ein Bestandteil davon. Denn weder die spontane Neigung zu einer bestimmten Falllösung noch die subjektive Evidenz einer Norm vermögen einen Entscheid zu rechtfertigen.⁴⁹ Ein pauschaler Hinweis auf eine offensichtliche Ungerechtigkeit vermag den Anforderungen an eine juristische Begründung nicht zu genügen.⁵⁰

Das ist aber nur die eine Seite, denn: Mit ausschließlich argumentativ-rationalen Theorien lässt sich das Wesen einer juristischen Entscheidung nicht hinreichend darstellen. Die Begründung darf insbesondere nicht über das Wesen der Entscheidfindung selbst hinwegtäuschen oder diese verkürzen. So erscheint in diesem Zusammenhang bedeutsam darauf hinzuweisen, dass die rational-argumentative Erschließung ihrerseits regelmäßig konträre – gar diametrale – Erkenntnisergebnisse logisch darstellen kann. Die rational-argumentative Erschließung ist für sich kein Garant für Richtigkeit im Sinne des normativ Gesollten. Vielmehr scheint die spezifische Qualität von Rechtserkenntnis etwas Zusammengesetztes zu sein zwischen gefühlsgeleiteter eigenständiger Wahrnehmung zur Erschließung des Normsinns in einem ersten und teilbarer rational-argumentativer Darstellung in einem zweiten Schritt. Gesprochen werden kann von einem intuitiv-rationalem Überlegungsgleichgewicht.⁵¹

4.3 Das Paradox der Rechtsbindung

Durch das Aufzeigen gefühlsgleiteter Bewertungselemente bei der Entscheidbildung wird so eine kreativ-ethische Kompetenz zur Norminterpretation sichtbar, die für die praktische Rechtsfindung unerlässlich ist. Diese Kompetenz im Sinne einer wertenden Stellungnahme wird bei verschiedenen offenen Rechtssätzen oder auch für von der Gesetzgebung

49 Vgl. bereits *H. Hubmann*, Naturrecht und Rechtsgefühl, Archiv für die civilistische Praxis 4, 1954, S. 297 (328 f.).

50 *Gächter*, Rechtsmissbrauch (Fn. 43), S. 400.

51 Vgl. den Begriff in etwas anderer Verwendung bei *J. Rawls*, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass: Harvard University Press 1971, („reflective equilibrium“). Vgl. zur Funktion des Gefühls als emotionales soziales Gleichgewichtsorgan *H. Landweer*, Warum Normen allein nicht reichen (Fn. 12), in diesem Band, S. 83.

nicht vorhergesehene Fallkonstellationen geradezu verlangt;⁵² sie wird im Sinne einer Sachgerechtigkeit vom Gesetzgeber vorausgesetzt, z.B. in Fällen, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit betreffen.⁵³ Diese Kompetenz hat verschiedene gesellschaftliche Entwicklungen in die Rechtsanwendung eingebracht – oder aber dieselben erst ausgelöst. Sie ist Auslöser, um im Urteil betr. „les Suisses“ bzw. „die Schweizer“ etwas anderes zu verstehen als man es über Jahrzehnte oder Jahrhunderte tat.⁵⁴ Entsprechende gefühlsgeleitete Wertungselemente bestimmen mit – um ein aktuelles Beispiel zu nennen – ob die Würde der Kreatur im Sinne von Art. 120 BV einen „Tierbestand“ schützt, oder aber jedes einzelne Tier.⁵⁵ Auf diese Fähigkeit des Rechtsanwenders, nach Gesichtspunkten der eigenen intuitiven Wertung eine Sachgerechtigkeit und den aktuellen Normsinn zu erschließen, stützt sich die Rechtsordnung mithin ab.

Unerlässlich werden so Theorien des Rechts, die die Bedeutung des gefühlsgeleiteten Wahrnehmungsvollzugs in der Rechtsfindung zu erfassen vermögen. Die phänomenologisch-ästhetische Darstellung kann denn auch eine zu wenig bedachte Eigenheit in der Rechtsfindung spezifisch darstellen: Jedes Judikat fügt, worauf die Forschung seit bereits geraumer Zeit aufmerksam macht, dem existierenden Rechtsbestand etwas Kreatives hinzu, was es vorher nicht gab.⁵⁶

52 Ein subjektiver Faktor also, der nicht auszuschalten ist und an den auch im Sinne eines Richtigkeitsempfindens appelliert wird. Nach Venzlaff können die zur Verfügung stehenden Auslegehilfen erst angemessen gebraucht werden, wenn sich der Rechtsanwender darüber im Klaren ist, dass seine persönliche Haltung bei einer Rechtsfrage eine entscheidende Rolle spielt; *F. Venzlaff*, Über die Schlüsselrolle des Rechtsgefühls bei der Gesetzesanwendung, Frankfurt a. M. 1973, S. 59. Vgl. dazu auch *Wiprächtiger*, Rechtsfindung (Fn. 48), S. 145.

53 Vgl. für den Bereich Treu und Glauben auch *Gächter*, Rechtsmissbrauch (Fn. 43), S. 397.

54 Vgl. hiervor S. 90.

55 Vgl. Urteil des BGer 2C_958/2014 vom 31. März 2015 E. 4.2.3, wonach die Würde jedes einzelnen Tieres, nicht bloß eines Bestandes, wie dies ein Landwirt vorbrachte, zu schützen ist, vgl. auch die Hinweise auf die Literatur. S. auch Urteil *Narayan Dutt Bhatt vs. Union of India & others* des High Court of Uttarakhand at Nainital vom 4. Juli 2018, z.B. E. 88, 99A, unter Bezugnahme auf die Praxis des Indischen Supreme Court; Art. 51a lit. g der indischen Verfassung.

56 C. Schönberger, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen: Referat und Leitsätze, in: W. Höfling (Hrsg.), Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung: Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Münster vom 5. bis 8. Oktober 2011, Berlin 2012, S. 296 ff., 301. Vgl. auch *H. Landweer*, Warum Normen allein nicht reichen (Fn. 12), in diesem Band, S. 83 f.

Dieses vom Rechtsanwender geforderte kreative Moment ist nicht nur verfassungsrechtlich strukturiert, sondern ist – und muss dies von Verfassung wegen sein – auch *persönlich geprägt*. Denn die Eigenständigkeit des Hinzuzufügenden, das kreative Moment beruht auf dem Paradox der Rechtsbindung: Der Richter ist an das Recht gebunden, aber er entscheidet aufgrund seiner Unabhängigkeit selbst, wie das ihn bindende Recht zu verstehen ist.⁵⁷

Die Präsenz der Wahrnehmungserfahrung erfährt also auch in der Rechtsanwendung besonderes, sogar unvordenkliches Gewicht. Dies kommt nicht von ungefähr, verlangt doch gerade die richterliche Unabhängigkeit als zentralstes Verfassungsgebot die genuin eigenständige Auslegung des Rechts.⁵⁸

5 Orientierung in der Gesellschaft

Das persönlich-kreative Element vollzieht sich dabei in demokratisch-institutionellen Schranken: Man ist in der Rechtsanwendung gleichzeitig gehalten den Kontakt mit der Umwelt, mit den kulturellen Anschauungen einer Rechtsgemeinschaft, mit bewährter Rechtsprechung und auch Lehre nicht zu verlieren, um daran die eigene Stellungnahme immer wieder zu überprüfen.⁵⁹ Abweichungen von der bisherigen Praxis erfolgen immer in Auseinandersetzung mit dieser; und die eigenen Wertungen sind vor dem Hintergrund der gesellschaftlich-kulturellen Vorgegebenheiten zu rechtfertigen – gefühlsgeleitete Bewertungselemente erhalten damit im Rahmen ihrer Begründung eine Normierung durch die Gemeinschaft der Rechtsunterworfenen.

In demokratischen Gesellschaften sind entsprechende strukturelle und gerichtsorganisatorische Schranken, wie z.B. die Antragsbindung, das Kollegialsystem, der Instanzenzug und ein geeignetes System für die Wahl der Richterinnen und Richter vorgesehen, um die für die Rechtsfindung erforderlichen Wertungen auch in institutioneller Hinsicht überprüfbar zu machen im Sinne einer Schranke,⁶⁰ um ein teilbares Klima⁶¹ oder den not-

57 Schönberger, Höchstrichterliche Rechtsfindung (Fn. 56), S. 298.

58 Art. 30 BV.

59 Venzlaff, Rechtsgefühl (Fn. 52), S. 59.

60 R. Zippelius, Rechtsgefühl und Rechtsgewissen, in: E. Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Opladen 1985, S. 12–20 (13).

61 H. Schmitz, Kurze Einführung in die Neue Phänomenologie, 4. Aufl., Freiburg/München 2014, S. 105.

wendigen Grundkonsens über gemeinsame Ordnungsregeln herzustellen.⁶²

Innerhalb dieser Schranken kommen gefühlsgeleitete Wahrnehmungsakte im Recht demnach zum Tragen. Sie konstituieren das für die Rechtsanwendung unerlässliche primäre Wertungsvermögen, das sich durch das Begründungserfordernis und auch demokratisch-institutionell an der Gemeinschaft orientiert.

62 Meier, Rechtsgefühl (Fn. 26), S. 58; vgl. dazu auch H.-M. Riemer, Die Einleitungskapitel des schweizerischen Gesetzbuches (Art. 1-10 ZGB), 2. Aufl., Bern: Stämpfli Verlag 2003, S. 107; Wiprächtiger, Rechtsfindung (Fn. 48), S. 150.

