

“The Empire of Laws and Not of Men”: Gesetzherrschaft als Gefühlsvermeidung? Rechtstheoretische Rückfragen*

Franz Reimer

I. Einleitung

Die Gegenüberstellung der Herrschaft von Gesetzen und derjenigen von Menschen ist alt, aber persistent. Sie hat nach wie vor sentenzartigen Charakter und dient als politisches Argument, insofern Gesetzherrschaft mit erwünschter Rationalität, Menschenherrschaft mit unerwünschter Emotionalität assoziiert wird („Es gelten bei uns Regeln. Und diese Regeln können nicht durch Emotionen ersetzt werden. Das ist das Wesen des Rechtsstaates.“¹). Aber auch wissenschaftliche Beschreibungen des Rechtsstaats nutzen die Gegenüberstellung. So heißt es, der moderne Rechtsstaat ersetze „Unterdrückung und Willkür durch eine Staatsgewalt, in der das Gesetz und nicht Personen herrschen.“² Der folgende Beitrag fragt, ob bzw. inwieweit vor dem Hintergrund der hergebrachten Gegenüberstellung unsere heutigen Überzeugungen von Rechtsstaatlichkeit die Ersetzung menschlicher Entscheidungen durch gesetzliche Determinierung oder gar Algorithmen fordern und ob sich damit eine sinnvolle Zurückdrängung von Gefühlen verbindet. Dazu möchte ich Herkunft und Funktionen der Gegenüberstellung skizzieren (II.), an die genetische Abhängigkeit der Gesetze von Menschen (III.) und an die Komplementarität gesetzlicher und menschlicher Entscheidungen erinnern (IV.). Abschließend soll die Frage gestellt werden, ob an die Stelle der Herrschaft von Gesetzen und Menschen künftig diejenige von Algorithmen treten kann und soll (V.). Leitend ist hierbei ein rechtstheoretisches Erkenntnisinteresse an Rechtsge-

* Dem Andenken Barbara Gaugers gewidmet.

1 Bundeskanzlerin Dr. *Angela Merkel* MdB, 47. Sitzung des 19. Deutschen Bundestages. 11.9.2018. Zit. n.: Das Parlament Nr. 38-39 v. 17.9.2018. Debattendokumentation, S. 10.

2 *Paul Kirchhof*. Rechtsstaat. In: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft. 8. Aufl., Bd. 4. 2020, Sp. 1235.

fühlen (diese vorerst in einem weiten, unspezifischen Sinne verstanden³), wobei ich Rechtstheorie als Sockel für Juristische Methodenlehre und Rechtssetzungslehre fasse.

II. Die Gegenüberstellung von Gesetzen und Menschen: Herkunft und Funktionen

1. Das Ideal

Den Rechtsstaat denken wir häufig als *rule of law*, oder, schärfer formuliert, als *the empire of laws and not of men*⁴ oder als *government of laws and not of men*⁵, als „Herrschaft des Rechts statt menschlicher Willkür“⁶. Die Entwicklungs- und Wirkungsgeschichte dieses Motivs ist lang⁷ und kann hier nur schlaglichtartig rekapituliert werden. In der Antike begegneten sowohl die Personifikation des νόμος zum König⁸ wie auch umgekehrt die Reifizierung des Herrschers zum νόμος ἔμψυχος (belebten Gesetz)⁹.

3 Nämlich als rechtsbezogene Gefühle, wobei „Gefühl“ vorerst wiederum als Oberbegriff über alle affektiven Phänomene genutzt wird; die z.T. gebräuchliche Abgrenzung gegenüber „Emotion“ als episodischem und nach außen gerichteten Gefühl (vgl. bspw. *Hilge Landweer/Dirk Koppelberg*. Der verkannte Zusammenhang von Recht und Emotion. In: dies. [Hrsg.]. *Recht und Emotion I: Verkannte Zusammenhänge*. 2016, S. 13 f.; *David Nink*. Justiz und Algorithmen. Über die Schwächen menschlicher Entscheidungsfindung und die Möglichkeiten neuer Technologien in der Rechtsprechung. 2021, S. 40 f.) spielt an dieser Stelle keine Rolle. Instruktive Unterscheidung von vier Bedeutungen des Begriffs „Rechtsgefühl“ bei *Landweer/Koppelburg*. a.a.O., S. 25.

4 *James Harrington*. *The Commonwealth of Oceana* (1656). 1771, S. 35 (Cambridge University Press. 1992, S. 8): “Relation being had unto these two times, government (to define it *de jure* or according to ancient prudence) is an art whereby a civil society of men is instituted and preserved upon the foundation of common right or interest, or (to follow Aristotle and Livy) it is the empire of laws and not of men.”

5 Part the First, Art. XXX der Constitution of the Commonwealth of Massachusetts (1780).

6 *Kirchhof* (Fn. 2).

7 Näher *Klaus Thomalla*. „Herrschaft des Gesetzes, nicht des Menschen“. Zur Ideengeschichte eines staatsphilosophischen Topos. 2019; ferner *Red.*, Nomokratie. In: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.). *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 6. 1984, Sp. 889 ff., DOI: 10.24894/HWPh.2776.

8 *Pindar*. fr. 169.

9 *Diotogenes*. Hier zit. n. *Peter Siewert*. Nomos. In: Hubert Cancik/Helmuth Schneider (Hrsg.). *Der Neue Pauly*, Bd. 8. 2003/2012, Sp. 982 (983 f.).

Erst der Gedanke an politisch-gesellschaftliche Gestaltungsmöglichkeiten dürfte aber die prägnante Gegenüberstellung (bei der menschliche Satzung und Mensch dann im Plural stehen) provoziert haben. Sie setzt die Deutung der Gesetze als funktionale Äquivalente menschlicher Herrscher (genauer: als überlegener Alternative zu ihnen) und damit die konkrete Personifikation der staatlichen Normen voraus, wie sie nachdrücklich in Platons Dialog „Kriton“ begegnet¹⁰: Im Gespräch zwischen Sokrates und seinem Freund Kriton, der ihn zur Flucht vor der bereits verhängten Todesstrafe überreden will, erscheinen die Gesetze in Sokrates' Gegenrede zunächst als Erzeuger und Erzieher des einzelnen Polisbürgers, als Träger von *ratio* und *peitho* (Überzeugungskraft), als Garanten von Gerechtigkeit, d.h. Ordnung und Beständigkeit. Am Ende sind sie aber auch Gegenpol zu den Unrecht tuenden Menschen: „Du gehst als einer, der Unrecht erleidet, wenn du jetzt gehst – Unrecht nicht durch unsere Gesetze, sondern durch Menschen.“¹¹ So tritt zur berühmten, die Geschichte der Rechtsphilosophie durchziehenden Physis-Nomos-Antithese an dieser Stelle eine Änthropos-Nomos-Antithese. Allerdings stehen Gesetze und Menschen hier nicht in einem Alternativverhältnis, sondern in Komplementarität: Es entscheiden Gesetze *und* Menschen, nämlich schlechte Menschen anhand guter Gesetze, nicht Menschen anstelle von Gesetzen oder Gesetze anstelle von Menschen, wie es die neuzeitliche Formel vom *empire of laws and not of men* suggeriert. In der sokratischen Entscheidung für Gesetzesgehorsam und gegen das Drängen des Freundes kann man freilich selbst eine Huldigung an die unverbrüchliche Herrschaft des Gesetzes anstelle menschlichen Wankelmuts sehen; insofern waltet bei Sokrates rationales Tugendverständnis und „emotionale Kälte“¹².

Aber auch die Sichtweise, nach der Gesetze *anstelle* von Menschen entscheiden, lässt sich bereits bei Platon finden. Im Dialog „Politikos“¹³ dient als Ausgangspunkt die Behauptung, dass es zwar am besten sei, wenn ein vernünftiger Monarch entscheide, weil Gesetze aufgrund ihrer Allgemeinheit starr seien¹⁴; das Gesetz gleiche daher „einem arroganten und

10 50a 7 ff. – Eindrückliche Nachzeichnung des Gesprächs (in Gegenwartssprache) bei Barbara Gauger. Der Nachlass des Sokrates. 2012, S. 87 ff.

11 54b 9 f.; eigene Übersetzung.

12 Gauger (Fn. 10), S. 94.

13 Politikos, 293c 5 ff.; Nomoi, 875a ff.

14 294a 9 ff.

ignoranten Mann¹⁵. Dennoch sei es aus praktischen Gründen notwendig, Gesetze zu erlassen: Kein Herrscher könne ausreichend Einzelweisungen erteilen, überall und immer präsent sein¹⁶. Insofern ihn daher das Gesetz ersetzt, ist von der „substitutive[n] Funktion des Gesetzes“ gesprochen worden¹⁷. Sie ist auch deshalb wichtig, weil gegen Alleinherrscher (unabhängig von ihrer Qualität) stets Argwohn und Misstrauen bestehe¹⁸. Zu den rechtsbezogenen Gefühlen (d.h. zu den Rechtsgefühlen im weitesten Sinne) kann man daher auch Vertrauen in die Diskriminierungsfreiheit des allgemeinen Gesetzes und umgekehrt Misstrauen gegenüber nichtgesetzlicher Herrschaft zählen. In den „Nomoi“ wird die Notwendigkeit der Gesetze mit der Degeneration selbst des besten Herrschers begründet¹⁹. „Für den Republikaner der Neuzeit ist das Gesetz der Triumph über die fürstliche Willkürherrschaft. Für Platon ist es ein Surrogat für die eigentlich erwünschte Herrschaft der Einsichtigen und Tüchtigen.“²⁰

Aristoteles betont in der „Politik“ bei der Frage nach dem vorzugswürdigen Herrscher die Leidenschaften, die mit der Herrschaft des Menschen im Gegensatz zur Herrschaft des Gesetzes verbunden seien²¹. „Wer [...] dem Gesetz die Regierung zuweist, der weist sie [...] allein Gott und der Vernunft zu, wer aber dem Menschen, der fügt auch noch das Tier hinzu. Denn die Begierde ist etwas derartiges und der Zorn verleitet die Regierenden, auch wenn es die besten Männer sind. Und so ist denn das Gesetz als Vernunft ohne Wünsche zu bezeichnen.“²² Aristoteles resümiert, „daß die oberste Staatsgewalt den Gesetzen zukommen muß, vorausgesetzt, daß diese wohlgeordnet sind, der Regierende aber, mag er einer sein oder mehrere, nur über das Gewalt haben soll, was die Gesetze nicht genau zu bestimmen vermögen, weil nicht leicht über alles sich zutreffende allgemeine Regeln geben lassen.“²³ Hiernach ersetzt, soweit möglich, das Ge-

15 294c 1, Übersetzung: *André Laks*. Form und Inhalt des platonischen Gesetzes. In: Wolfgang Bock (Hrsg.). *Gesetz und Gesetzlichkeit in den Wissenschaften*. 2006, S. 11 (15).

16 294d ff.

17 *Laks* (Fn. 15), S. 14.

18 300d 1-4, hierzu *Laks* (Fn. 15), S. 14 f.

19 875b 1 ff.

20 *Henning Ottmann*. Platons Mischverfassungslehre. In: *Politisches Denken*, Jahrbuch 2008, S. 33 (38).

21 *Politik*, 1281a 35 f.

22 1287a 29 ff., Übersetzung: Franz Susemihl, Bearbeitung von Nelly Tsouyopoulos und Ernesto Grassi (1965), neu herausgegeben von Ursula Wolf, 3. Aufl. 2009, S. 170.

23 1282b 2 ff., Übersetzung wie oben (Fn. 22), S. 153.

setz die Menschen als Herrscher²⁴. Grund ist die Leidenschaftslosigkeit des Gesetzes, oder sind, umgekehrt formuliert, die Leidenschaften (πάθη), die Begierde (ἐπιθυμία), der Zorn (θυμός) und die Wünsche (ὀρέξεις) des Menschen. Neben die praktisch-substitutive Funktion des Gesetzes tritt daher die prinzipielle oder protektive Funktion als Schutz vor Launenhaftigkeit und Willkür. Das Gesetz entfaltet hier seine Wirkung als Institution²⁵.

Das neuzeitliche Plädoyer für eine Herrschaft der Gesetze anstelle derjenigen der Menschen (erst das 18. Jahrhundert prägt für diese – vermeintliche – Herrschaftsform den Begriff „Nomokratie“²⁶) dient primär dieser Ausfilterung von Willkür und Wankelmüt und soll formale Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit gewährleisten. Hierzu trägt entscheidend bei, dass Gesetze die Adressaten, aber (bis zu einem etwaigen *actus contrarius*) auch den Staat selbst binden: „Der Rechtsstaat hat die ‚Herrschaft der Gesetze‘ auf seine Fahnen geschrieben. Das bedeutet die Gebundenheit staatlichen Handelns an ein festgelegtes, zweiseitig verbindliches Recht.“²⁷

Ferner trägt zur Rationalitätssichernden Distanz der Gesetze vom Einzelfall auch ihr Charakter als abstrakt-generelle Regelungen bei. Das Leitbild der Gesetze ist seit der Antike das allgemeine Gesetz: Es enthält eine in sachlicher Hinsicht nicht konkrete, sondern abstrakte, und in personeller Hinsicht nicht individuelle, sondern generelle Regelung. Durch diese doppelte (oder auch mehrfache²⁸) Allgemeinheit behandelt das abstrakt-generelle Gesetz die subsumierbaren Fälle gleich.

Schließlich erhebt das Gesetz im formellen Sinne (d.h. das Parlamentsgesetz) wegen des Rationalitätssichernden Verfahrens, in dem es zustande kommt, den Anspruch der Rationalität²⁹, was nicht ausschließt, dass sein Zustandekommen durch Emotionen motiviert und geprägt ist (s.u. III.). Seine Anwendung soll zwar nicht durch Subsumptionsautomaten oder den

24 Näher und diff. Thomalla (Fn. 7), S. 62 ff.

25 Vgl. den Hinweis von Ada Neschke-Hentschke. Recht und Gerechtigkeit. In: Barbara Zehnpfennig (Hrsg.). Die „Politik“ des Aristoteles. 2012, S. 106 (115), „dass Aristoteles [...] die Herrschaft des Gesetzes, also die *Institution*, in Übereinstimmung mit Platon, zur besten Garantie guter Herrschaft erklärt.“

26 Red. (Fn. 7), Sp. 889: „gelehrte Neuprägung der zweiten Hälfte des 18. Jh.“

27 Ernst-Wolfgang Böckenförde. Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation. NJW 1999, S. 9 (10).

28 Gregor Kirchhof. Die Allgemeinheit des Gesetzes. Über einen notwendigen Garanten der Gleichheit und der Demokratie. S. 160 ff., unterscheidet sprachliche, temporale, territoriale, personale, gegenständliche, finale und instrumentelle Allgemeinheit.

29 Franz Reimer. Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab. In: GVwR I, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 7 m.w.N.

Richter als Mund des Gesetzes erfolgen, aber doch gereinigt von der Subjektivität des einzelnen Mitglieds des Rechtsstabs. Dies ist eine verfassungsrechtliche Vorgabe, die sich aus der Trennung von Amt und Person qua Republikprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), aus der Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) und aus der ausschließlichen Unterworfenheit der Richter unter das Gesetz (Art. 97 Abs. 1 GG) herleiten lässt. In diesem Sinne lässt sich sagen „Das Rechtsanwendungs- und Rechtsdurchsetzungsmodell des Grundgesetzes ist affektavers.“³⁰ Rechtsgefühle sind im Rechtsstaat für die Angehörigen des Rechtsstabs suspekt.

2. Einwände

Es gibt freilich nicht nur abstrakt-generelle Gesetze, sondern auch zahlreiche konkrete Gesetze – und dies ist nicht nur als ein rechtstatsächlicher, sondern auch als ein verfassungsrechtlicher Befund gemeint: Die bundesrepublikanische Rechtsordnung akzeptiert im Grundsatz auch Einzelpersonen- und Einzelfallgesetze³¹, etwa Planungsgesetze („Legalplanung“) und Enteignungsgesetze („Legalenteignung“). Das abstrakt-generelle Gesetz ist „Prototyp“³², aber keineswegs einzige zulässige Form des Gesetzes. Die Rede von der „Herrschaft der Gesetze“ aber wird im Falle eines enteignenden oder eines Planungsgesetzes schal; das Gesetz ist hier in besonders deutlicher Weise politisches Instrument, nicht Ordnungsrahmen für das Handeln aller als Gleicher.

Aber auch innerhalb der Kategorie abstrakt-genereller Rechtsnormen, also der Gesetze im prototypischen Sinne, ist die Rede von der „Herrschaft der Gesetze“ seit langem als idealistisch, ja naiv gebrandmarkt worden. Thomas Hobbes hielt es für einen Irrtum der aristotelischen Politik,

„daß in einem wohlgeordneten Staat nicht Menschen, sondern Gesetze herrschen sollten. Welcher Mensch, der seine natürlichen Sinne beisammen hat [...], hält sich nicht von denjenigen beherrscht, die er fürchtet und von denen er annimmt, daß sie ihn töten oder ihm schaden können, wenn er nicht gehorcht? Oder wer glaubt, das Gesetz

30 *Wilhelm Wolf*. Rechtsgefühle in der Justiz zwischen Rechtssoziologie und Methodenlehre. Vortrag v. 14.6.2019, These 1.

31 Vgl. Art. 14 Abs. 3 Satz 2 Alt. 1 GG und *arg. e* Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG, näher und krit. zu dessen Behandlung durch die Rspr. *Kirchhof* (Fn. 28), S. 174 ff.

32 Hierzu *Alexander Hollerbach*. Norm/II. Rechtsnorm. In: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft. 7. Aufl., Bd. 4, 1988, Sp. 67.

könne ihm schaden, das heißt Worte und Papier, ohne die Hände und Schwerter von Menschen?“³³

Dieser Einwand ist allerdings recht oberflächlich, denn natürlich können Gesetze selbst nicht handeln. Überzeugender stellt *James Harrington* der juristisch-idealistischen³⁴ eine realistische Lesart sozialer Herrschaft gegenüber:

„And government (to define it de facto or according unto modern prudence) is an art whereby some man, or some few men, subject a city or a nation, and rule it according unto his or their private interest; which, because the laws in such cases are made according to the interest of a man or of some few families, may be said to be the empire of men and not of laws.“³⁵

Gesetze gibt es also auch in einem solchen „empire of men“, aber sie sind nicht selber Herrscher, sondern Instrumente in der Hand der Mächtigen; ihre Herrschaft ist nur scheinbar, weil sie die Interessen Einzelner oder einzelner Familien eskamotieren und exekutieren.

Und im 20. Jahrhundert hat Franz Neumann darauf hingewiesen, dass „die Beschwörung der Gesetzesherrschaft es überflüssig macht, die tatsächlich Herrschenden in der Gesellschaft direkt zu benennen.“³⁶ Mit anderen Worten kann die Formel „Herrschaft der Gesetze“ zur Bemäntelung personaler Gewaltverhältnisse dienen³⁷, weil Herrschaft der Gesetze nicht ohne Menschen denkbar ist: Gesetze benötigen – was sogleich für Rechtsetzung (III.) wie für Rechtsanwendung (IV.) näher auszuführen ist – bislang in jedem ihrer Lebensabschnitte Menschen.

33 Leviathan IV, 46; Übersetzung: Walter Euchner, hrsg. von Iring Fetscher, 5. Aufl. 1992, S. 521. Hierzu (mit anderer Akzentuierung) *Thomalla* (Fn. 7), S. 165 f.

34 S.o. Fn. 4.

35 *Harrington* (Fn. 4), S. 9. Dass Gesetze das Produkt von Menschen sind, wird bereits bei *Demosthenes* (24. Rede / Gegen Timokrates, 75 f.) deutlich herausgearbeitet.

36 *Franz Neumann*. Die Herrschaft des Gesetzes (The Governance of the Rule of Law, 1936). 1980, S. 300.

37 *Locus classicus* für die Antike dürfte der auf Perikles gemünzte Satz sein: ἐγίγνετο τε λόγῳ μὲν δημοκρατία, ἔργῳ δὲ ὑπὸ τοῦ πρώτου ἀνδρὸς ἀρχή: „dem Namen nach eine Demokratie, der Sache nach die Herrschaft des ersten Mannes“ (Thukydides, 2, 65, 10, eigene Übers.).

III. Rechtsetzung: Priorität von Menschen gegenüber Gesetzen

1. Gesetzgebung als Menschenwerk

Gesetze³⁸ kommen nicht aus dem Nichts, sondern sind – im Guten wie im Schlechten, im positiven wie im pejorativen Sinne – Menschenwerk. Dies gilt zunächst ganz oberflächlich für den Entstehungsprozess: Bundesgesetze (um sie als Beispiel zu nehmen) verdanken sich meist einem Regierungsentwurf, d.h. dem Beschluss eines Kollegialorgans; aber hinter einem solchen Entwurf stehen häufig: im Ausgangspunkt eine Einigung zwischen Spitzenpolitikern einer Koalition, die sich in einem Koalitionsvertrag niederschlägt; die Abrede der Mitglieder eines Koalitionsausschusses; das Eckpunktepapier zuständiger Kabinettsmitglieder; ein Entwurf von Fachleuten aus dem federführenden Ministerium oder in deren Auftrag (im Falle des Gesetzgebungsoutsourcing) ein Entwurf einzelner Anwältinnen oder auch ein Entwurf profilierter Politiker aus der Mitte des Bundestages. Einzelne Politikerinnen können über die gesamte Dauer des formellen parlamentarischen Verfahrens großen Einfluss ausüben (und für Einflüsse Dritter offen sein). Am Ende des Verfahrens kann die Bundespräsidentin oder der Bundespräsident bei Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit (nicht also bei bloßem „Störgefühl“) die Ausfertigung des Gesetzes verweigern. An dieser Skizze wird zweierlei deutlich: Erstens, dass Gesetze zwar in einer komplizierten Maschinerie mit zahllosen Beteiligten zustande kommen, aber – wegen der starken innerparlamentarischen Arbeitsteilung, des Ankereffekts und der Machtgefälle – häufig unter prägendem Einfluss einzelner Beteiligter. Zweitens, dass Gesetze zwar Politik in Recht transformieren, damit aber (als „in Rechtsform gegossene Politik“³⁹) auch Politik bleiben: In ihnen können sich die Interessen durchsetzungstarker Einzelner oder Gruppen niederschlagen; die Effizienz der Interessendurchsetzung steigert sich dann durch das Instrument der abstrakt-generellen Anordnung und Verschriftlichung.

Kurz: Gesetze sind Menschenwerk, und das heißt in der Demokratie zwar formal: Mehrheitswerk, bei materialer (politologischer oder verfassungssoziologischer Betrachtung) sind sie aber häufig durchaus Produkte einiger weniger. Sie verdanken ihre Legitimation dem demokratischen Meinungsbildungsprozess. Die Gegenprobe macht dies deutlich: Ein ma-

38 Hier und im Folgenden zur Abkürzung verengt auf die aktuell wichtigste Kategorie, Gesetze im formellen Sinne (Parlamentsgesetze).

39 *Christian Waldhoff*. Das Gesetz zwischen Recht und Politik. ZfP 2019, S. 98 (99).

schinell erstelltes Gesetz hätte in unserer Rechtsgemeinschaft weder Legitimation noch Legitimität.

2. Rationalität als Erfordernis der Gesetzgebung?

Dass Gesetzgebung Menschenwerk (und in der Demokratie Mehrheitswerk) ist und dabei in hohem Maße dem Einfluss Einzelner unterliegt, entbindet nicht von der Frage, in welcher Weise und in welchem Umfang sie „rational“ sein soll oder (von Verfassungen wegen) sein muss. Es handelt sich hierbei, näher betrachtet, um ein ganzes Fragenbündel, das verfassungsrechtlich in Einzelfragen zu Zuständigkeiten, Verfahren, Form (bspw. gesetzgeberische Begründungspflichten), aber auch zu Gesetzesinhalten (etwa zur Verhältnismäßigkeit von Gesetzen) aufzuspalten ist. An dieser Stelle muss der Hinweis genügen, dass Rationalität (wie auch immer definiert) als solche keine Anforderung des Bundes- oder Landesverfassungsrechts für Gesetze darstellt⁴⁰, und dass dies aus demokratischen Gründen auch kein Zufall ist. Vielmehr würden Rationalitätskriterien dem demokratisch unmittelbar legitimierten Gesetzgeber in weitem Umfang politische Gestaltungsmöglichkeiten nehmen (und damit zugleich der Verfassungsgerichtsbarkeit Macht zuweisen). Als in Rechtsform gegossene Politik dürfen sich Gesetze – Einhaltung grundrechtlicher Grenzen vorausgesetzt – Gefühlen oder Emotionen verdanken, Emotionen verkörpern und selbst auch emotional formuliert sein. So verfielen ein verfassungsänderndes Gesetz, das ein allgemeines Verschleierungs- oder Verhüllungsverbot enthält⁴¹, nicht dadurch der Verfassungswidrigkeit, dass es von Ressentiments oder Unbehagen getragen wäre.

3. Thematisierung von Gefühlen in der Gesetzgebung

Es verwundert nicht, dass die Rechtsetzungslehre als Disziplin und auch die Rechtsetzungslehren als Handreichungen innerhalb dieser Disziplin

40 Näher *Reimer* (Fn. 29), § 11 Rn. 8.

41 Wie Art. 10a Absatz 1 der Schweizerischen BV (Volksinitiative vom 15. September 2017 und Volksabstimmung vom 7. März 2021): „Niemand darf sein Gesicht im öffentlichen Raum und an Orten verhüllen, die öffentlich zugänglich sind oder an denen grundsätzlich von jedermann beanspruchbare Dienstleistungen angeboten werden; das Verbot gilt nicht für Sakralstätten.“

wenig bis gar nicht von Rechtsgefühlen sprechen⁴². Recht versteht sich als autonome und rationale Ordnung, und zwar auch als Ordnung, die rational, nicht emotional wirkt, die auf Einsicht und vernunftgeleitete Akzeptanz setzt, nicht auf Furcht, Stolz, Hoffnung o.ä. Infolgedessen spricht der Gesetzgeber selten – immer seltener⁴³ – vom „Rechtsgefühl“. Ob darin eine Eskamotierung, eine Invisibilisierung des Phänomens einer von prägnanten Rechtsgefühlen getragenen Gesetzgebung liegt, ließe sich durch eine interdisziplinäre Untersuchung beantworten. Auffallend allerdings ist die vielkritisierte und jüngst wieder häufiger auftretende Emotionalisierung von Gesetzstiteln⁴⁴. Auffallend ist ferner, dass die deutschen

42 So schweigt – verständlicherweise – das auf redaktionelle Fragen konzentrierte „Handbuch der Rechtsförmlichkeit“ des BMJ (3. Aufl. 2008) zu diesem Thema; aber auch die Lehrbücher wie *Georg Müller/Felix Uhlmann*. Elemente einer Rechtssetzungslehre. 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, oder *Winfried Kluth/Günter Krings* (Hrsg.). Gesetzgebung. 2014, sind vergleichsweise technisch orientiert; ausgewiesen bei Müller/Uhlmann hins. der Kriterien Sachgerechtigkeit und Fairness: „Die Rechtssetzungslehre tut sich mit dieser ‚materiellen‘ Frage schwer“ (S. 55).

43 „Rechtsgefühl“ und „Rechtsempfinden“ sind, soweit ersichtlich, keine Rechtssatzbegriffe im geltenden Bundesrecht; im hessischen Landesrecht wird einmal an entlegener Stelle auf „Rechtsempfinden“ Bezug genommen (Zf. 9.2.1. der Anlage 5 zur Hessischen Weiterbildungs- und Prüfungsordnung für die Pflege und Entbindungspflege v. 6.12.2010: „Spezifisches Pflegewissen im Maßregelvollzug: a) Auseinandersetzung mit gesellschaftlichen Normen, dem individuellen Rechtsempfinden und dem öffentlichen Bild“). In der Rechtsetzung und im parlamentarischen Diskurs auf Bundesebene nimmt die Verwendung der beiden Vokabeln insgesamt ab. Verzeichnet die Datenbank des Deutschen Bundestages für die 1. Wahlperiode (1949-1953) noch 33 Treffer (davon 5 in Drucksachen, die übrigen in Plenarprotokollen), so für die 14. WP noch 8 (2/6), für die 15. WP einen (0/1), für die 16. WP zwei (1/1), für die 17. WP einen (1/0), für die 18. WP keinen und für die 19. WP zwei Treffer (0/2, siehe Zitat Fn. 61). Ein weniger eindeutiges Bild ergibt sich für das Lemma „Rechtsempfinden“: in der 1. WP 28 Treffer, in der 14. WP 13 Treffer, in der 15. WP 8 Treffer, in der 16. WP ebenfalls 8 Treffer, in der 17. WP allerdings 16 Treffer, in der 18. WP 8 Treffer und in der 19. WP 22 Treffer. Unter den Drucksachen handelt es sich nur zum Teil um Gesetzesbegründungen, zu einem Gutteil auch um Anfragen und deren Beantwortung.

44 Zwar heißt das „Gute-Kita-Gesetz“ eigentlich „Gesetz zur Weiterentwicklung der Qualität und zur Teilhabe in der Kindertagesbetreuung“, aber schon hierin mag man einen emotionalen Euphemismus sehen; und das „Starke-Familien-Gesetz“, d.h. das „Gesetz zur zielgenauen Stärkung von Familien und ihren Kindern durch die Neugestaltung des Kinderzuschlags und die Verbesserung der Leistungen für Bildung und Teilhabe“ vom 29. April 2019, BGBl. I S. 530 (ein Artikelgesetz mit neun Artikeln) hat der Gesetzgeber mit dem Kurztitel „Starke-Familien-Gesetz“ und der Abkürzung „StaFamG“ versehen, es heißt also auch offiziell so.

Gesetzgeber wieder häufiger Präambeln nutzen, also Vorsprüche, die nur eine mittelbare normative Funktion, dafür aber unmittelbare appellative, edukative oder Leitbildfunktion haben⁴⁵ – was in der NS-Zeit und in der DDR üblich, in der Bundesrepublik aber weitgehend unüblich war⁴⁶.

In ihrem Inhalt, ihren Regelungen geben Gesetze meist Nüchternheit, Generalität, Abstraktion, Distanz zum Einzelfall vor; aber gerade darum dürfen sie – wie wir seit Platon⁴⁷ und Aristoteles wissen⁴⁸ – Ausnahmen zulassen, sich erweichen lassen; das lässt sich als Einfallstor für Gefühle deuten: „Unsere Gesetze selbst, diese kaltblütigen Pedanten, lassen sich rühren und halten ihre Strafe zurück.“⁴⁹ Häufig werden die zivilrechtlichen Generalklauseln (wie §§ 138, 242, 826 BGB etc.) als Möglichkeit gedeutet, außerrechtlichen Wertungen Bedeutung in der Rechtsordnung Raum zu verschaffen⁵⁰; so wird als Maßstab für die Sittenwidrigkeit (i.S.v. §§ 138, 826 BGB) nach wie vor das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“⁵¹ herangezogen⁵². Ob und in welchem Sinne dieses „Anstandsgefühl“ wirklich ein Gefühl ist, erscheint fraglich. Bei Lichte betrachtet handelt es sich um eine zugleich kognitive und volitive Haltung,

45 Zu einer Theorie der Präambel vgl. neben *Platon. Nomoi*. 719e 7 ff. insbes. *Marie Theres Fögen*. Das Lied vom Gesetz. 2006, S. 9 ff.; knapp: *Winfried Kluth*. In: ders./Krings (Fn. 42), § 1 Rn. 102.

46 Ein frühes Gegenbeispiel war die Präambel des Lastenausgleichsgesetzes (v. 14.8.1952, BGBl. I S. 446 [447]). Neuere Präambeln finden sich auf Bundesebene im Berlin/Bonn-Gesetz (Gesetz zur Umsetzung des Beschlusses des Deutschen Bundestages vom 20. Juni 1991 zur Vollendung der Einheit Deutschlands v. 26.4.1994, BGBl. I S. 918), auf Länderebene in Hessen bspw. im Gesetz über die Metropolregion Frankfurt/Rhein-Main (MetropolG) v. 8.3.2011 (GVBl. I S. 153), im Psychisch-Kranken-Hilfe-Gesetz (PsychKHG) v. 4.5.2017 (GVBl. S. 66), im Hessischen Verfassungsschutzgesetz v. 25.6.2018 (GVBl. S. 302), in Bayern im Bayerischen Integrationsgesetz (Bay-IntG) v. 13.12.2016 (GVBl. S. 335), wo die Präambel als Indiz einer bedrohlichen Moralisierung des Rechts gelesen werden kann.

47 *Politikos*, 294a f.

48 *Nikomachische Ethik V* (zur Bedeutung der ἐπιτήκεια als Ausgleich der Allgemeinheit des νόμος).

49 So Werther im Gespräch mit Albert: *Johann Wolfgang Goethe*. Die Leiden des jungen Werther, Erstes Buch, Brief v. 12. August [1771], hier zit. n. der Ausgabe der Reclam-Universalbibliothek Nr. 67, Stuttgart 1986, S. 54.

50 Näher und diff. *Marietta Auer*. Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens. 2005.

51 RGZ 48, 114 (124) offenbar im Anschluss an Mot. II 727; Synonym ist für das Reichsgericht das „herrschende Volksbewusstsein“.

52 Dies reflektierend und im Grundsatz rechtfertigend *Armbrüster*, in: *MüKo-BGB*, 18. Aufl. 2018, § 138 Rn. 14 f.

nämlich eine Wahrnehmung und Bejahung bestimmter (und Missbilligung anderer) gesellschaftlicher Verhaltensstandards.

4. Rationalität und Emotionalität: Gegenbegriffe?

Zugleich deutet sich (auch) hier an, dass Rationalität und Emotionalität eine suggestive, aber irreführende Gegenüberstellung sind⁵³: Die Begriffe greifen so weit aus, dass sie als sich gegenseitig ausschließend und gemeinsam erschöpfend erscheinen⁵⁴, tatsächlich aber (wie gleich anhand des Einfühlungsvermögens, der Empathie zu zeigen sein wird: IV.3) wichtige Nuancen menschlichen Verhaltens bzw. menschlicher Welteinstellung einebnen. Schon was Empathie, Scham, Sehnsucht nach Gerechtigkeit, Ekel, Rachedurst, Einschüchterung, Dankbarkeit und andere Regungen, die sich als rechtsbezogene Gefühle bezeichnen ließen, verbindet und was sie unterscheidet, ist alles andere als klar; es bedarf eher differenzierender Untersuchung als der Bekräftigung durch ein nivellierendes Etikett. Wenn „Gefühl“ als Auffangkategorie für alles verwendet wird, was nicht rational zwingend (bewiesen oder beweisbar) ist, verliert der Begriff seine Analyse- und Beschreibungskraft. So können Gefühle im weiten Sinne auch Intuitionen und Evidenzannahmen umfassen; sie werden möglicherweise leidenschaftslos, wenn auch vorurteilsbeladen gebildet. Solche Prämissen können aber ihren Aggregatzustand verändern, nämlich zu Gefühlen im engeren Sinne werden, etwa, wenn Evidenzen angegriffen oder auf andere Weise in Frage gestellt werden. Die Emotionalität kann in bestimmten Überzeugungen schlummern, gewissermaßen überwintern, und sie kann in bestimmten Situationen machtvoll erwachen. Aber die nicht-rationale Überzeugung ist damit nicht automatisch schon „Gefühl“.

53 Zur möglichen Rationalität rechtsrelevanter Emotionen *Landweer/Koppelberg* (Fn. 3), S. 13 (45 f.) unter Bezugnahme auf *Ronald de Sousa*. *The Rationality of Emotions*. 1978.

54 Bspw. *Andreas Fischer-Lescano*. Radikale Rechtskritik. KJ 2014, 171 (177): „Das Recht hat sich der Emotionalität verschlossen. Bis heute definiert sich Recht als Verkörperung von Rationalität, Vernunft, Objektivität.“

IV. Rechtsanwendung: Komplementarität von Gesetzen und Menschen

Wie bereits von Hobbes herausgestellt⁵⁵, bedürfen Gesetze zu ihrer Durchsetzung der Menschen. Aber nicht nur der letzte Schritt ihrer Verwirklichung ist auf menschliche Hilfe angewiesen. Vielmehr sind von wenigen Ausnahmen abgesehen *alle* Schritte der Rechtsverwirklichung im Einzelfall auf menschliche Vollzüge angewiesen und damit von den jeweils beteiligten Menschen und ihrer Konstitution abhängig.

1. Klärung und Bewertung der Interessen und des Sachverhalts

Schon die ersten Schritte vieler – wenn auch nicht aller – Rechtsanwendungsvorgänge, die Erfassung des jeweiligen Interesses und des Sachverhalts (zwei in der Juristischen Methodenlehre nach wie vor unterbelichtete Aspekte), sind genuin personale Vorgänge. Sie erfordern menschliche Kommunikation und Interpretation. Ob ein Kopftuch, wenn in einer Kita oder einer Schule von einer Erzieherin oder Lehrerin getragen, Unterdrückung indiziert, einschüchtert, ein freies Bekenntnis zu einer kulturellen Tradition oder zu einer nichtsäkularen Weltsicht, Ausdruck geistig-geistlicher Nonkonformität oder modischer Selbstbestimmung ist, lässt sich nicht mechanisch klären. Ob von einer gelben Warnweste mit dem Aufdruck „Sharia Police“ in einer bestimmten Situation (etwa bei Nacht von mehreren Personen patrouillenartig in der Öffentlichkeit getragen) eine einschüchternde Wirkung ausgeht⁵⁶, so dass es sich um eine Uniform, ein Uniformteil oder ein gleichartiges Kleidungsstück im Sinne des versammlungsrechtlichen Uniformverbots (§ 3 Abs. 1 VersG) handeln kann⁵⁷, ist eine Frage, die wiederum nicht das Gesetz oder andere Rechtsnormen,

⁵⁵ Oben Fn. 33.

⁵⁶ Zu dieser Voraussetzung des § 3 Abs. 1 VersG Sächs. OVG, NVwZ-RR 2002, 435: Vom Uniformverbot werden „Kleidungsstücke nicht erfasst, wenn diese zwar eine gemeinsame politische Gesinnung zum Ausdruck bringen, jedoch keine Gewaltbereitschaft signalisieren. Denn in diesem Fall sind diese Bekleidungsstücke ein Element der durch die Versammlung beabsichtigten und durch Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 GG gewährleisteten Kommunikation. Sind solche Bekleidungsstücke jedoch ein Symbol für eine Zurschaustellung von Gewaltbereitschaft und Einschüchterung Andersdenkender, dann sind sie keine der Kommunikation dienende Elemente, sondern Symbole, durch die der gewaltsame Abbruch von Kommunikation signalisiert wird.“; ähnlich OLG Koblenz, NStZ-RR 2011, 187; BGH NJW 2018, 1893 (1894).

⁵⁷ Bejahend *in casu* LG Wuppertal, Urt. v. 17.05.2019, Az. 26 KLS 20/18.

sondern nur die mit ihrer Anwendung beauftragten Menschen klären können. Insofern sind Herrschaft der Gesetze und Herrschaft der Menschen keine Alternativen, sondern nur gemeinsam möglich. Eine angemessene Antwort erfordert Klarheit über das von Rechts wegen erlaubte und das unerlaubte Maß an Einwirkung auf Betroffene, aber auch Vorstellungs- und Einfühlungsvermögen hinsichtlich der konkreten Situation – kein Gefühl (hierzu sogleich), aber doch eine gewisse emotionale Beweglichkeit und die Bereitschaft, von ihr zugunsten einer angemessenen Rechtsfindung Gebrauch zu machen.

2. Zusammenstellung, Auslegung und Subsumtion der relevanten Rechtsnormen

Auch die Identifikation und Aufarbeitung der relevanten Normen ist keine Frage mechanischer Syllogistik. Kommt im Beispiel der Scharia-Polizei als Straftatbestand auch eine versuchte Nötigung in Betracht, d.h. ist die Androhung des Übels einer sozialen (religiösen) Disziplinierung zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen (§ 240 Abs. 2 StGB)? Oder um ein gravierenderes Delikt aufzugreifen: Wann und in welchem Ausmaß greift bei einem „Ehrenmord“ ein *cultural defense*? Alle diese Wertungsfragen werden von Personen entschieden, d.h. Instanzen, die nicht in isolierter Rationalität arbeiten und dies auch nicht sollen. Die Entscheidung eines Falles durch die Richterin oder den Richter als ganzer Person, mit Leib und Seele, mit Herz und Verstand, ist möglicherweise kein defizitärer, sondern für die individuelle Akzeptanz und den gesellschaftlichen Rechtsfrieden essentiell wichtiger Entscheidungsmodus. Eine Herrschaft der Gesetze schließt Entscheidungen von Menschen unter Umständen nicht nur nicht aus, sondern erfordert sie gerade.

Das ist auch aus traditioneller, auf Homogenität der Rechtsanwendung zielender Perspektive solange kein Problem, wie die Entscheidungsfaktoren der die Gesetze anwendenden Menschen vergleichsweise homogen sind: durch einen gemeinsamen kulturell-weltanschaulichen Hintergrund, durch gemeinsame Wertvorstellungen, durch gemeinsame Sozialisation etc. Wenn demgegenüber die Wahrnehmung einer sozialen, religiös-weltanschaulichen, ethnischen, kulturellen Ausdifferenzierung und Pluralisierung der Gesellschaft zutrifft (was hier nicht zu klären ist), so kann dies die Brisanz des Befunds steigern, dass mit den Gesetzen immer auch Menschen herrschen. Je individualisierter, parzellierter und damit disparater die Anschauungen, Überzeugungen, Gefühle der Entscheider sind, desto wichtiger mag die Schulung eines professionalisierten Rechtsgefühls, des

„Judiz“, erscheinen, also eine rigorose juristische Sozialisation, und die Vermittlung der Entscheidungsparameter und -ergebnisse an eine heterogen wahrnehmende und wertende Öffentlichkeit.

3. Abwägung und Entscheidung

Wenn Interessen der Beteiligten, Sachverhalt und anwendbare Normen im Rahmen des Möglichen und situativ Angemessenen geklärt sind, ist eine Entscheidung zu fällen. In aller Regel besteht hierbei nach den gesetzlichen Grundlagen ein Entscheidungsspielraum (etwa hinsichtlich des Strafmaßes; oder bei verwaltungsrechtlichen Entscheidungen – selbst wenn sie einmal gebundene Entscheidungen sind – durch Ermessen hinsichtlich der Nebenbestimmungen etc.).

Hierfür bedarf es je nach Situation der Empathie, des Einfühlungsvermögens. Der Schluss liegt nahe, hier sei wiederum die Sphäre des Gefühls, der Emotionalität, betroffen. Doch trägt der Schein, insofern Einfühlung gerade kein Gefühl im Sinne spontaner Emotionalität und Subjektivität ist, ja vielleicht gar nicht als Gefühl qualifiziert werden sollte⁵⁸. Das ist von dem eminenten Staatsrechtler und Rechtstheoretiker *Martin Kriele* wie folgt beschrieben worden:

„Was tun wir, wenn wir [...] entscheiden müssen? Wir versuchen Vorstellung, Abschätzung und Abwägung der Konsequenzen, die es hätte, wenn wir auf die eine oder andere Weise entscheiden würden: „Wohin führt das?“ Das erfordert zunächst einmal ein Einfühlen in die Situation der Betroffenen, auch der künftig von der Entscheidung Betroffenen, also unter Berücksichtigung der präjudiziellen Zukunftswirkung. Dieses Einfühlen ist nicht Gefühl, ist nicht Subjektivität, sondern ein sich in die Lage derer Versetzen, die etwa durch die Entscheidungsmaxime betroffen werden, und ein Abwägen gegen die Konsequenzen, die auf der anderen Seite in Frage stehen. Das heißt, wir versetzen uns in die Lage der betroffenen Menschen. Indem wir das tun, bringen wir nicht unsere Subjektivität ins Spiel, sondern bemühen uns im Gegenteil, soviel wie möglich von unserer Subjektivität zu abstrahieren und betätigen gerade dadurch die Unparteilichkeit unseres juristischen Denkens.“⁵⁹

58 Sie ist es auch in keiner der vier unterschiedenen Bedeutungen (s. oben Fn. 3 a.E.).

59 *Martin Kriele*. Diskussionsbeitrag. VVDStRL 34, S. 122 (123).

Kurz: „Einfühlung ist nicht ‚Gefühl‘, sondern Einsicht. Genauer gesagt handelt es sich um einen Akt der inneren Identifikation.“⁶⁰ Denn Einfühlung setzt gerade die Distanzierung von den eigenen Gefühlen voraus. Der Nachvollzug der Situation, Interessen, Gestimmtheit und Hintergrundanliegen eines Betroffenen, die innere Identifikation erfordert in dieser Perspektive das Absehen von der eigenen Subjektivität. In einer weniger konfrontativen Sichtweise ließe sich umgekehrt sagen, dass die Aufgabe den Einsatz der *ganzen* Person in allen ihren Facetten, besonders mit ihrer emotionalen Intelligenz, erfordert. Wenn in diesem Kontext überhaupt von Gefühlen gesprochen werden soll, dann jedenfalls in ihrer rezeptiven, nicht einer kreativen Dimension.

Vom „Einfühlungsvermögen“ abgesehen, ist „Rechtsgefühl“ in der öffentlichen Diskussion in Deutschland heute häufig durchaus negativ konnotiert, etwa als Gegenbegriff zu „Rechtslage“, d.h. als Ausdruck individueller, instabiler, letztlich willkürlicher Maßstäbe⁶¹. In der akademischen Diskussion kommen Rechtsgefühle erst allmählich wieder zu ihrem Recht. Methodenlehren behandeln die Rolle von Gefühlen bei der Rechtsanwendung nur in Ansätzen⁶². Nur selten werden Gefühle oder Affekte so klar angesprochen wie in folgendem Passus:

„Affekte sind, obwohl Affektkontrolle zur professionellen Sachlichkeit gehört, nicht ausgeschlossen: Betroffenheit darf sich in den gehörigen

60 Martin Kriele. *Theorie der Rechtsgewinnung*. 2. Aufl. 1976, S. 334 f.

61 So Prof. Dr. *Stephan Harbarth* MdB (jetzt Präsident des Bundesverfassungsgerichts), Rede im Deutschen Bundestag am 13.9.2018, PlProt. 19/49, S. 5173 D: „Der Staat erwartet vom Bürger zu Recht, dass er sich der Selbstjustiz und auch der Vorverurteilung enthält, auch dort, wo brutale Verbrechen geschehen und vielleicht gar ein Täter auf frischer Tat ertappt wird. Ebenso wie wir aushalten müssen, dass in gewissen Grenzen auch Menschen demonstrieren, deren politische Auffassung wir nicht teilen, muss jeder das Strafen unabhängigen Gerichten überlassen, und zwar nicht nach dem Rechtsgefühl, sondern nach der Rechtslage. Aber so wenig wie das Rechtsgefühl bei Urteilen eine Rolle spielt: Wir müssen wachsam sein, wenn dauerhaft die Akzeptanz in der Bevölkerung zu schwinden droht.“

62 *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Aufl., Berlin u.a. 1995, S. 168 f.; *Dirk Looschelders/Wolfgang Roth*, *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*, Berlin 1996, S. 78 f.; *Franz Reimer*, *Juristische Methodenlehre*. Baden-Baden 2016, Rn. 60 f., 372, 415; *Thomas M. J. Möllers*. *Juristische Methodenlehre*. München 2017, § 1 Rn. 25; *Hans-Joachim Strauch*. *Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*. Freiburg 2017, S. 41, 542.

Formeln äußern („Besonders verwerflich ist das Verhalten des Angeklagten deshalb, weil...“).⁶³

Das Rechtssystem legt beim Rechtsstab also Wert auf eine Kanalisierung, eine Stilisierung, freundlicher formuliert: eine Disziplinierung der Gefühle. Dass Gefühle der Rechtsanwender im Rechtsstaat ein Risiko bedeuten, schließt nicht aus, dass sie auch positive Funktionen oder Effekte haben.

4. Mittel zur Einhegung der Subjektivität

Festhalten lässt sich: „Die alte republikanische Idee, daß Gesetze regieren sollen und nicht Menschen, reibt sich an der staatlichen Wirklichkeit: daß die Gesetze nicht aus sich selbst heraus herrschen, sondern dass sie der Menschen als Mittler bedürfen, die sie interpretieren und anwenden.“⁶⁴ Diese Menschen stehen hinsichtlich der Interessenlage, des Sachverhalts und der rechtlichen Maßstäbe vor Deutungs- und Abwägungsaufgaben, die sie als ganze Personen fordern. Die immer präsente emotionale bzw. affektive Dimension der Person stellt ein starkes *Movens* dar, das in hergebrachter Sicht der Kanalisierung oder Disziplinierung bedarf. Diese wird nicht (oder nicht nur) durch ethische Appelle geleistet, sondern vornehmlich durch sachlich-institutionelle Vorkehrungen. Hierzu zählt grundlegend die Unterscheidung von Person und Amt: „Über das Medium des Amtes wandelt sich die Herrschaft des Menschen in die Herrschaft des Rechts.“⁶⁵ Das Amt ist der „institutionelle Ausdruck der Gemeinwohl-idee“: „Die rechtliche und ethische Inpflichtnahme des Amtswalters dient dazu, unabhängig von seinem subjektiven Willen, den objektivierten Willen der Allgemeinheit zu definieren und zu vermitteln. Das Amt verlangt von seinem Inhaber Askese: die Zurücknahme seiner Subjektivität, damit das Gesetz herrschen kann.“⁶⁶ Zu den Mitteln, mit denen die Subjektivität der Rechtsanwender eingehegt wird, gehört ferner das Kollegialprinzip: Wichtige Entscheidungen werden in allen drei Gewalten auf der Basis eines Diskurses durch Personenmehrheiten getroffen, die sich in ihrer Ratio-

63 Pointiert *Wolfgang Gast*. Juristische Rhetorik. 5. Aufl., Heidelberg 2015, Rn. 477.

64 *Josef Isensee*. Staat und Verfassung. HdBStR II, § 15 Rn. 172.

65 *Josef Isensee*. Transformation von Macht in Recht – das Amt. ZBR 2004, S. 3; hier zit. n. *Thomalla*. S. 377.

66 Zitate: *Isensee* (Fn. 64), § 15 Rn. 131.

nalität und Emotionalität gegenseitig ergänzen⁶⁷. Und schließlich entfalten die zahlreichen im Rechtssystem vorgesehenen Kontrollmöglichkeiten (keineswegs nur der gerichtliche Instanzenzug!) eine qualitätssichernde, willkürhemmende Vorwirkung auf Entscheidungen.

5. Zwischenergebnis

„Herrschaft der Gesetze“ bedeutet fast ausnahmslos auch „Herrschaft von Menschen“. Natürliche Personen sind in der Rechtsetzung und in der Rechtsverwirklichung bislang nicht nur unentbehrlich, sondern von entscheidender Bedeutung für die tatsächlichen Wirkungen der Gesetze. Denn ein Gesetz ist in Abwandlung des berühmten, auf die Verfassung gemünzten Diktums von Cardozo letztlich, „what the judges say it is“. Nach einem Jahrhundert Richtersoziolegie kann man mit dem Hinweis auf die Personabhängigkeit der Tätigkeiten der Judikative nicht mehr auf Erstaunen stoßen. Nichts anderes ergibt sich, wenn man anstelle der personal-akteurszentrierten Frage die Frage nach der Bedeutung der Staatsgewalten stellt: Denn die Legislative ist in vielfacher Hinsicht auf die Exekutive angewiesen, der Herrschaft der Gesetze die „Mitherrschaft der Verwaltung“⁶⁸ zur Seite zu stellen, vor allem aber – im Übergang „vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsvollziehenden Jurisdiktionsstaat“⁶⁹ – die Judikative, insbesondere die Verfassungsgerichtsbarkeit, und das heißt wiederum nichts anderes als: Verfassungsrichterinnen und Verfassungsrichter⁷⁰.

67 Betonung des Mehrheitsprinzips (für die Zweite Gewalt) dagegen bei *Thomas Groß*. Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation. 1999, S. 49 f. u.ö.

68 *Horst Dreier*. Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat. Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive. 1991, S. 200 ff.

69 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Gesetz und gesetzgebende Gewalt. 2. Aufl. 1981, S. 402; zum Problem *Andreas Voßkuhle*. In: von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Hrsg.). GG, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 35 m.w.N.

70 Eindringliche Betonung der Verantwortung der „Personen, die Verfassungsgerichtsbarkeit ausüben“, bei *Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Verfassungsgerichtsbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation. In: *ders.* Staat, Nation, Europa, 1999. S. 157 (182).

V. Rechtsgeföhle in Zeiten der Algorithmen: *The Empire of Machines and Not of Men?*

In jüngerer Zeit ist eine intensive Diskussion um Legal Tech und Rechtsgewinnung durch Algorithmen entbrannt⁷¹. „Legal Tech“ wird dabei als „Schlagwort für einen grundlegenden Medienwechsel“⁷² betrachtet und weiter aufgefächert: So bezeichnet „Legal Tech 2.0“ die derzeit am weitesten verbreitete Entwicklungsstufe, die Automatisierung standardisierter und repetitiver Tätigkeiten, wohingegen „Legal Tech 3.0“ die Einbeziehung Künstlicher Intelligenz in juristische Tätigkeiten meint⁷³. Die Möglichkeiten der Künstlichen Intelligenz werden in Zukunft⁷⁴ die Rechtsanwendung (aus demokratischen Gründen weniger die Rechtsetzung) verändern. Wohin der Weg führt, ist sowohl in technologischer Hinsicht als auch mit Blick auf die Effekte offen: „Mehr Objektivität oder mehr Diskriminierung?“⁷⁵ In jedem Fall wird *Legal Tech* in den unterschiedlichen Bereichen in sehr unterschiedlichem Ausmaß zur Anwendung kommen: Es erscheint unwahrscheinlich, dass familienrechtliche Streitigkeiten – etwa über Sorgerechtsfragen – in gleicher Weise und gleichem Umfang werden automatisiert werden wie vermögensrechtliche Streitigkeiten, Konflikte zwischen natürlichen Personen ebenso wie solche zwischen juristischen Personen. Auch strafrechtliche Entscheidungen werden auf lange Sicht weiterhin händisch getroffen werden. Dazu zwingen die verfassungsrechtlichen Vorgaben; denn die rechtsprechende Gewalt ist nach Art. 92 HS 1 GG „den Richtern“ anvertraut, also Personen, nicht Institutionen⁷⁶ (und

71 Bspw. *Christoph Rollberg*. Algorithmen in der Justiz. 2020; *Jean-Pierre Clavier* (Hrsg.). L’algorithmisation de la justice. 2020; *Martin Ebers/Susana Navas* (Hrsg.). Algorithms and Law. 2020; *Susanne Hähnchen/Paul T. Schrader/Frank Weiler/Thomas Wischmeyer*. Legal Tech. Rechtsanwendung durch Menschen als Auslaufmodell?. JuS 2020, S. 625 ff.; *Nink* (Fn. 3) (u.v.a.m.).

72 *Hähnchen/Schrader/Weiler/Wischmeyer* (Fn. 71). JuS 2020, S. 625 (635).

73 *Hähnchen/Schrader/Weiler/Wischmeyer* (Fn. 71). JuS 2020, S. 625 (626).

74 Allerdings nicht kurzfristig und revolutionär, vgl. die Einschätzung eines Branchen- bzw. Verbandsvertreters: „Wir alle werden den Tag nicht erleben, an dem KI eine komplexe Rechtsberatung übernimmt“ (*Holger Zscheyge*. Interviewäußerung. In: *Pia Lorenz*. Legal Tech nach dem Hype. „Wir erleben den Tag nicht, an dem KI eine komplexe Rechtsberatung übernimmt“. Legal Tribune Online v. 9.3.2021, zugänglich über <https://www.lto.de/recht/legal-tech/seite/3/>).

75 *Rollberg* (Fn. 71), S. 38 unter Hinweis auf die Programmierungsbedürftigkeit der Algorithmen (S. 39 f.): „Bewusste und unbewusste Vorurteile können sich dadurch in ihrer Breitenwirkung potenzieren.“ (S. 40).

76 Näher *Rollberg* (Fn. 71), S. 88 f.

dies nach Art. 79 Abs. 3 GG auch verfassungsänderungsfest⁷⁷). Für die menschliche anstelle einer maschinellen Entscheidung sprechen aber auch rechts- und verfassungspolitische Gründe: Denn wünschen wir uns, dass über die Bestrafung einer Person (jenseits von Bagatelldelikten), etwa in einem Ehrenmordfall, und zwar sowohl über das „Ob“ der Strafbarkeit wie bejahendenfalls über das Strafmaß, im Wege des Legal Tech von Maschinen entschieden wird? Ist nicht zumindest Empathie (jedenfalls in existenzielle Belange berührenden Rechtskonflikten) eine Mindestexpectation an die Entscheidungsinstanzen⁷⁸? Über Menschen jedenfalls sollen nur Menschen richten – dies sicher nach vorab bestimmten, egalitären und transparenten Maßstäben, den Gesetzen; aber eben nicht mechanisch, sondern in einem diesen Namen verdienenden Kommunikationsprozess und unter Ernstnahme der Menschenwürde aller beteiligten Individuen.

Dies beleuchtet zwei wichtige Aspekte: Erstens zielt Recht auf Seiten der Rechtsunterworfenen auch auf die Sicherung von Rechtsfrieden, auf Akzeptanz, auf (um das Modewort zu benutzen) Selbstwirksamkeit. Rechtsverwirklichung zielt nicht auf isolierte Gerechtigkeit um jeden Preis („fiat iustitia, pereat mundus“). Rechtsfrieden, Akzeptanz, Selbstwirksamkeit aber sind Ziele, die es erfordern, dass Entscheider die emotionalen Wirkungen von Entscheidungen nicht ausblenden.

Zweitens dienen Gefühle auf Seiten des Rechtsstabs als Motivations- und als Kontrollkriterien. Sie drängen auf eine intensivere Auseinandersetzung mit den Tatsachen und dem Recht; sie können zu einer erneuten Reflexion über anwendbare Normen, etwaige Gesetzeslücken, über die Verfassungs- und Europarechtmäßigkeit des einfachen Rechts u.ä. anhalten und damit zu einer Korrektur des vorläufigen Ergebnisses führen. Auch das eng verstandene Rechtsgefühl (im Singular) dient dann nicht als Entscheidungskriterium, wohl aber als Kontrollkriterium. In einer „Herr-

77 Insoweit wohl ohne Stellungnahme *Karl-Peter Sommermann*. In: von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Hrsg.). GG. 7. Aufl. 2018, Bd. 2, Art. 20 Rn. 220: Verbot, „den Gerichten ihre Kernkompetenzen“ zu entziehen.

78 So nachdrücklich *Jochen Zenthöfer*. Angst vor Algorithmen. FAZ v. 1.3.2021, S. 16; ferner *Nink* (Fn. 71), S. 227: „Mangels Empathie verbleibt Algorithmen auch eine Unfähigkeit, die (sozialen) Folgen einer Entscheidung im Leben des von ihr Betroffenen adäquat abzuschätzen.“; anders wohl *Mario Martini*. Regulating Algorithms. How to Demystify the Alchemy of Code? In: Ebers/Navas (Fn. 71), S. 100 (107): „Algorithms have no ethical compass. Their approach is not to do justice to the individual. They lack empathy and social skills. Thus, an algorithmic process cannot generally be considered better or worse than a human decision maker. An algorithm must rather be programmed to the conditions under which it can exploit its advantages and avoid unethical decisions.“

schaft der Gesetze“, verstanden als „Herrschaft der Algorithmen“ wäre für eine solche Selbstkorrektur im Einzelfall und möglicherweise auch für eine Rückspeisung unbefriedigender Rechtsanwendungsergebnisse an die Rechtsetzung kein Raum.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

1. Die alte, aber erstaunlich lebendige Losung „Herrschaft der Gesetze, nicht der Menschen“ hebt die Omnipräsenz, Transparenz, Stabilität und Willkürresistenz geschriebener Normen als entscheidender gesellschaftlicher Handlungsmaßstäbe hervor. Unterstellt man, dass es sich bei Gesetzen im hier gemeinten Sinne um abstrakt-generelle Anordnungen (nicht um Einzelfall- oder Einzelpersonengesetze) handelt, so haben sie auch den Vorteil der Generalität; in diesem Fall können sie das öffentliche Interesse im Sinne der „Bedingungen für die Erhaltung einer spontanen Ordnung“ sichern, also die „Schaffung von Voraussetzungen, welche jedermanns Chance bei der Verfolgung seiner eigenen Ziele verbessern“⁷⁹. Gesetze sind dann nicht Ausdruck von, sondern Schutz vor Interventionismus.

2. Die Formel von der „Herrschaft der Gesetze, nicht der Menschen“ suggeriert aber den Ersatz von Personen durch Institutionen. Damit invisibilisiert sie durch die Gegenüberstellung gesetzlicher und menschlicher Herrschaft erstens, dass Gesetze stets Produkte von Menschen sind, und zwar auch in modernen arbeitsteiligen parlamentarischen Demokratien unter Umständen durchaus Produkte einiger weniger Menschen. Daran werden weder Globalisierung noch Digitalisierung noch Granularisierung in absehbarer Zeit etwas ändern. Zweitens verschleiert die Gegenüberstellung, dass Gesetzanwendung in allen wesentlichen Phasen und Aspekten auf spezifisch menschliche Kompetenzen angewiesen ist: beginnend bei der Erfassung von Interessenkonstellationen über die Klärung und Bewertung von Sachverhalten bis hin zum Umgang mit Spielräumen auf Rechtsfolgen-seite.

3. Wie der Kontrast zu einer denkbaren künftigen Rechtsfindung durch Legal Tech (oder jedenfalls der naiven Vorstellung von ihr, in der Menschen keine Rolle mehr spielen) zeigt, ist der Einbezug von Menschen

⁷⁹ Friedrich A. von Hayek, *Recht. Gesetz und Freiheit*. 2003, S. 152 mit explizitem Verweis auf *Harrington* (Fn. 4).

– Individuen mit all ihren Wahrnehmungs-, Einfühlungs-, Bewertungs- und Entscheidungsfähigkeiten – kein defizitärer Modus der Rechtsverwirklichung, sondern deren Königsweg. Zu einer im doppelten Sinne menschlichen Gesellschaft gehört ebenso wie Erziehung durch Menschen und Pflege durch Menschen die Rechtsverwirklichung durch Menschen; auch sie ist ein personaler Kommunikationsvorgang. Rechtsverwirklichung sollte und wird ein Dialog, Trilog oder Polylog bleiben.

4. Dabei wäre es irreführend, das spezifisch Menschliche der Rechtsverwirklichung auf die Bedeutung von „Gefühlen“ zurückzuführen. Denn das Großaggregat „Gefühle“ (und zumal die übliche, aber dysfunktionale Gegenüberstellung von Rationalität und Emotionalität) ebnet die Vielfalt menschlicher Potentiale, der Wahrnehmungen, Strebungen und Regungen, der Rezeptions-, Positions- und Produktionsmöglichkeiten ein. Die starke Ausrichtung der rechtswissenschaftlichen Dogmatik und Methodenlehre auf Rationalität von Rechtsetzung und Rechtsanwendung speist sich aus dem vermeintlichen Gegenüber zur Irrationalität und ist insoweit reduktionistisch.

5. Institutionen – auch die des Rechtsstaats – sind in Entstehung und Wirken von Personen abhängig. Was zuweilen als Defizienz erscheinen mag, ist in Wahrheit ihr bestimmender Zug und ihr größter Vorzug.