Bild und Recht – Studien zur Regulierung des Visuellen 4

Eva Schürmann | Levno von Plato

Rechtsästhetik in rechtsphilosophischer Absicht

Untersuchungen zu Formen und Wahrnehmungen des Rechts

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Bild und Recht – Studien zur Regulierung des Visuellen

herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Dreier
PD Dr. Dr. Grischka Petri
Prof. Dr. Wolfgang Ullrich
Prof. Dr. Matthias Weller

Band 4

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Eva Schürmann | Levno von Plato (Hrsg.)

Rechtsästhetik in rechtsphilosophischer Absicht

Untersuchungen zu Formen und Wahrnehmungen des Rechts

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY-SA

© Titelbild: Levno von Plato
Der Erzengel Michael am Portal der Friedrichswerderschen Kirche, Berlin

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

ISBN 978-3-8487-6774-8 (Print)
ISBN 978-3-7489-0878-4 (ePDF)

Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2020
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Inhalt

Einleitung: Was ist und wozu betreibt man Rechtsästhetik? 7
Eva Schürmann und Levno von Plato

Recht und Form

Form, Stil und Substanz gerichtlicher Urteile – am Beispiel der Verfassungsgerichtsbarkeit 17
Gertrude Lübbe-Wolff

Über die Form des Rechts 41
Dietmar von der Pfordten

Recht und Gefühl

Warum Normen allein nicht reichen. Sinn für Angemessenheit und Rechtsgefühl in rechtsästhetischer Perspektive 63
Hilge Landweer

Juristisches Urteil – seine wahrnehmungstheoretischen Voraussetzungen 85
Julia Hänni

Urteilen in Recht und Ästhetik

Ästhetisches und juridisches Urteilen: Rechtsästhetik als Methodenkritik 103
Andreas von Arnauld

Rechtsprinzipien und ästhetische Normenbegründung 119
Levno von Plato

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Ästhetische Bedingungen der Rechtsprechung – eine Auseinandersetzung mit Jürgen Habermas 149
Ludger Schwarte

Recht und Medien

Die Bauhaus-Ästhetik des Rechts. Zum Widerstreit zwischen verschiedenen ästhetischen Bedürfnissen des Rechts 169
Laura Münkler

Darstellen als Problem der Gerechtigkeit 187
Eva Schürmann

Schein und Sein des Rechts in Film und Fernsehen 209
Stefan Machura

Ästhetik des Urheberrechts 229
Eberhard Ortland

Algorithmizität und Sichtbarkeit. Konflikte um Bilder in den sozialen Medien 249
Jörn Reinhardt

Autorenverzeichnis 263

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Einleitung: Was ist und wozu betreibt man Rechtsästhetik?

Eva Schürmann und Levno von Plato

Die philosophische Ästhetik ist ein Teilgebiet der Philosophie, das sich nicht allein mit der Kunst und dem Schönen befasst, sondern Schlüsselkompetenzen im reflexiven Umgang mit Formfragen und Wahrnehmungsproblemen ausbildet. Denn die Ästhetik erforscht die *Vermittlungsleistungen*, die durch Wahrnehmungs*weisen* und Form*gebungen* entstehen. Wahrnehmen ist kein neutrales Registrieren und Formen sind nicht einfach gegeben, sondern im Wahrnehmen sind Deutungsmuster wirksam und Formen werden erzeugt durch Formulierungs- und Sichtweisen. Urteilskraft im Ästhetischen basiert wesentlich darauf, die darstellerischen Gestaltungsleistungen zu durchschauen, durch die bestimmte Auffassungsweisen nahegelegt bzw. verstellt werden.

In einer zweitägigen Tagung im März 2019 an der Universität Magdeburg wurde interdisziplinär erörtert, welchen Beitrag eine so verstandene Ästhetik zur Rechtsphilosophie und zur methodischen Selbstklärung der Rechtspraxis leisten könnte. In fünf themenspezifischen Panels wurden Vorträge aus den disziplinären Perspektiven der Rechtswissenschaft, der Philosophie, der Literatur- und der Politikwissenschaft diskutiert. Dabei ging es um ästhetische Kerngebiete wie Urteilsformen, Gefühlstheorien, Narrativitäts- und Stilfragen. Es zeigte sich, dass Rechtsästhetik eine ausgezeichnete Untersuchungsperspektive darstellt, um die Aufmerksamkeit auf sonst übersehene Bedingungsfaktoren zu lenken und ein form- und vermittlungsvergessenes Rechtsdenken kritisch zu reflektieren. Vermittlungsvergessenheit liegt auch dort vor, wo die Akteure der Rechtspraxis ebenso wie die Theoretiker des Rechts meinen, sich auf Inhalt und Bedeutung, Regeln und Normen konzentrieren zu können, ohne die Formierungsakte zu berücksichtigen, die jenen voraus liegen. Im Unterschied dazu erforscht Rechtsästhetik die Hergestelltheit der Formen und die Perspektivierung der Inhalte durch Medien und Techniken des Wahrnehmens, Auffassens und Darstellens.

Die Meinung, dass es sich bei ästhetischen Faktoren um etwas handeln könnte, das den sachlichen, politischen und ethischen Problemen des Rechts bloß äußerlich wäre, ist weit verbreitet. Wenn man unter Ästhetik eine Disziplin versteht, die primär für vermeintlich subjektive Ge-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

schmacksurteile oder fiktionale Stoffe zuständig ist, ist der Übergang des Ästhetischen zum Ethischen von vornherein verstellt. Doch haben viele Ästhetiker klar gemacht, dass dies ein zu enges Verständnis ist. So ließe sich etwa mit Schiller zeigen, warum Schönheit für die Vernunft von Interesse ist, und mit Hegel, warum Ideen zu anschaulicher Erscheinung verholfen werden muss. Auch auf Kants Kritik der Urteilskraft könnte man hinweisen, die er selbst schließlich als systematischen Schlussstein seines Theoriegebäudes betrachtet hat, weil er sich von der Erhellung ästhetischer Erfahrung eine Vermittlung von theoretischer und praktischer Vernunft versprach.

Bei keinem dieser Denker widmet sich Ästhetik lediglich der subjektiven Betrachtung angeblich äußerlicher Formen. Ohnehin ist Schönheit bei weitem nicht der einzige Grundbegriff der Ästhetik. Aristoteles und Baumgarten zufolge ist sie vielmehr als Wahrnehmungslehre aufzufassen. Wahrnehmung im Sinne von Aisthesis bedeutet nicht bloße Kenntnisnahme eines schlechthin Vorhandenen, sondern ein mediales Bedingungsgefüge von Wahrnehmenden und Wahrgenommenem. Wahrnehmungen sind individuell und sozial konkretisierte und verkörperte Weisen geistigen Auffassens.

Neben dem Wahrnehmungsbegriff ist der Formbegriff ein weiterer rechtsphilosophisch zentraler Grundbegriff der Ästhetik. Formen sind nicht einfach äußere Hüllen von Gegebenheiten, die genauso gut anders eingehüllt werden könnten, sondern konstituieren eine Reihe modaler „Wie-Faktoren", nämlich mediale, performative, materiale und situative. *Wie* etwas dargestellt oder formuliert wird, entscheidet darüber, *als was* es erkennbar und aufgefasst werden kann.

Begriffsgeschichtlich ist der Formbegriff der Gegenbegriff zur Materie, aber auch zum Inhalt, beides zieht jedoch einen anderen Problemzuschnitt nach sich. Wenn wir beispielsweise an einen Bildhauer und sein Verhältnis zum Marmor-Material denken, so ist das Material einerseits Gegenstand seiner Formgebungstätigkeiten, andererseits selbst jedoch zugleich eine Formbedingung, indem etwa Marmor andere Eigenschaften hat als Ton und andere Formierungsmaßnahmen erforderlich macht.

Als Gegenbegriff zum Inhalt liegen die Probleme etwas anders, indem wir sprachlich und logisch etwas unterstellen müssen, das beispielsweise der Inhalt einer Rede oder das Thema eines Romans ist, obwohl dieser Inhalt überhaupt nur in der Form der jeweiligen Rede oder des Romans vorliegt. Das heißt, wir operieren konstitutionslogisch mit einer Art Ding an sich, indem wir unterstellen müssen, dass es etwas gibt, dessen Form vermeintlich eine Art Einkleidung ist. In solchem Denken bliebe der Inhalt derselbe, auch wenn man ihn anders formulierte. Vom Standpunkt der Äs-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

thetik als philosophischem Diskurs, der Prozesse der Formwerdung und Formgebung zum Problemgegenstand hat, ist ein solches Denkschema jedoch irreführend. Denn das Haben einer Form ist eine notwendige Gegebenheitsbedingung, ohne die das Bedingte gar nicht vorkommen und fasslich werden kann. Form ist also kein neutraler Behälter, sondern das Ergebnis der Tätigkeit einer Formierung.

Ästhetik ist demnach, halten wir das als Voraussetzung der hier vorgestellten Überlegungen fest, der diskursive Ort,[1] in dem es um Wahrnehmungs- und Formbedingungen geht, deren Vermittlungsleistungen einer reflexiven Klärung nähergebracht werden. Sie richtet ihren Untersuchungsfokus darauf, dass die Bedingung dem Bedingten nicht äußerlich sein kann, sondern das Bedingte auf seine Form zurückwirkt. Deshalb ist sie auch der disziplinäre Ort der Ausbildung kritischer Urteilungskompetenzen. Ästhetik befasst sich mit der Form, die etwas hat oder ihm gegeben wird, fragt nach dem, wie etwas wahrgenommen oder gezeigt wird und unterzieht die Fähigkeit der Beurteilung einer reflexiven Analyse.

Eine rechtsästhetische Forschungsperspektive dürfte sich daher ausgezeichnet eignen, um blinde Flecke im Selbstverständnis von Rechtstheorie und Rechtspraxis zu erhellen, da sie nicht nur die pluralistischen Vermittlungsweisen der oftmals fälschlicherweise als neutral-objektiv dargestellten Inhalte mit bedenkt. Sie eröffnet zudem im Rückgriff auf anschauliche Einzelfälle, die sie auf ihre Exemplarizität und Verallgemeinerbarkeit hin befragt, prinzipielle Einsichten in die Voraussetzungshaftigkeit von Rechtsfragen. Die Tatsache, dass Ästhetik ebenfalls ein normatives Feld ist, ermöglicht es unter Umständen, mit Hilfe von Kunstwerk-Analysen mehr zeigen zu können, als sich begrifflich sagen lässt.

Die folgenden Beiträge gehen auf die erwähnte Magdeburger Tagung zurück und widmen sich leitmotivisch der Frage, wozu Rechtsästhetik einen konstruktiven Beitrag leisten kann und soll. Da das Spektrum dessen, was unter Rechtsästhetik verstanden wird, auch international, ziemlich breit ist, findet man darunter auch die Gegenstandsbereiche von

1 Zu weiteren rechtsphilosophischen Begriffsbestimmungen der Ästhetik vgl. den rechtshistorischen Schwerpunkt von *D. Damler*, Rechtsästhetik: Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016, sowie *J. Reinhardt/E. Schürmann*, Ästhetische Theorien des Rechts, in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 139–154, sowie *K. Röhl/H. Röhl*, Zur Ästhetik des Rechts, in: dies., Allgemeine Rechtslehre, 4. Aufl., München (i.E. 2020).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Recht und Literatur bzw. Narrativität,[2] Recht und Theatralität,[3] Recht und Kunst,[4] Recht und Film,[5] Recht und Bild,[6] Recht und Medien,[7] Recht und Gefühl.[8] Hinzu kommt die Rechtsphänomenologie[9] sowie systematische Überschneidungen mit klassischen Fragen der Rechtsphilosophie und

---

2 *R. Dworkin*, How Law is Like Literature, in: ders., A Matter of Principle, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1985; *R. West*, Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory, NYU Law Review 60 (2), 1985, S. 145–211; *G. Olson*, De-Americanizing Law-and-Literature Narratives: Opening up the Story, Law & Literature 22 (2), 2010, S. 338–364; *G. Olson*, Futures of Law and Literature: A Preliminary Overview from a Culturalist Perspective, in: C. Hiebaum/S. Knaller/D. Pichler (Hrsg.), Recht und Literatur im Zwischenraum, Bielefeld 2015, S. 37–69; *J. Gaakeer*, Interview with James Boyd White, Michigan Law Review 105, 2007, S. 1403–1419; *R. Posner*, Law and Literature: A Misunderstood Relation, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1988; *J.B. White*, The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression, Boston: Little, Brown and Co. 1973; *R. Weisberg*, Poethics and Other Strategies of Law and Literature, New York: Columbia University Press 1992.

3 *W. Gephart/J. Brokoff/A. Schütte/J. Suntrup* (Hrsg.), Tribunale, Frankfurt a. M. 2013; *L. Münkler/J. Stenzel* (Hrsg.), Inszenierung von Recht: Funktionen – Modi – Interaktionen, Weilerswist 2019.

4 *W. Gephart/J. Leko* (Hrsg.), Law and the Arts: Elective Affinities and Relationships of Tensions, Frankfurt a. M. 2017.

5 *S. Greenfield/G. Osborn/P. Robson*, Film and the Law, London: Cavendish 2001; *M. Kuzina*, Der amerikanische Gerichtsfilm. Justiz, Ideologie, Dramatik, Göttingen 2000; *S. Machura/P. Robson* (Hrsg.), Law and Film, Oxford: Blackwell 2001; *S. Machura/S. Ulbrich* (Hrsg.), Recht im Film, Baden-Baden 2002; *N. Rafter*, Shots in the mirror. Crime films and society, 2. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2006; *P. Robson/J. Schulz* (Hrsg.), Law and justice on TV: A transnational study, Oxford: Hart 2016; *P. Robson/J. Silbey* (Hrsg.), Law and justice on the small screen, Oxford: Hart 2012; *F. Stürmer/P. Meier* (Hrsg.), Recht populär, Baden-Baden 2016; *P. Goodrich*, Screening Law, Law & Literature 21 (1), 2009, S. 1–23.

6 *T. Dreier*, Bild und Recht, Baden-Baden 2019; *K. Lüderssen*, Produktive Spiegelungen. Recht in Literatur, Theater und Film, 2. Aufl. Baden-Baden 2002.

7 *T. Vesting*, Die Medien des Rechts, 4 Bd.: Sprache, Schrift, Buchdruck, Computernetzwerke, Weilerswist 2011-2015; *C. Vismann*, Akten: Medientechnik und Recht, Frankfurt a. M. 2000; *C. Vismann*, Medien der Rechtsprechung, A. Kemmerer/M. Krajewki (Hrsg.), Frankfurt a. M. 2011; *C. Vismann*, Das Recht und seine Mittel, M. Krajewski/F. Steinhauer (Hrsg.), Frankfurt a. M. 2012; *R. Sherwin*, Visualizing Law in the Age of the Digital Baroque, London: Routledge 2011.

8 *E. Lampe* (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Wiesbaden 1985; *T. Hilgers/G. Koch/C. Möllers/S. Müller-Mall* (Hrsg.), Affekt und Urteil, Paderborn 2015; *S. Köhler/S. Müller-Mall/F. Schmidt/S. Schnädelbach* (Hrsg.), Recht Fühlen, Paderborn 2014; *H. Landweer/D. Koppelberg* (Hrsg.), Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge, Freiburg 2016; *H. Landweer/F. Bernhardt* (Hrsg.), Recht und Emotion II. Sphären der Verletzlichkeit, Freiburg 2017.

9 *S. Loidolt*, Einführung in die Rechtsphänomenologie, Tübingen 2011.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Rechtstheorie, vor allem zur juristischen Methodenlehre, Hermeneutik, Rhetorik[10] und Rechtsdarstellung.[11] Wir hoffen etwas von diesem Spektrum abbilden zu können, indem wir exemplarische Analysen aus diesen Bereichen zu vier Sinneinheiten zusammengetragen haben. Wir verstehen die hier versammelten rechtsästhetischen Untersuchungen als Beiträge zu einer erweiterten rechtsphilosophischen Selbstverständigung, denn sie schärfen den Blick für Vermitteltheit, Affektivität, Stilbedingtheit und Darstellungsabhängigkeit der Jurisprudenz.

Recht und Form

Gertrude Lübbe-Wolff gibt Einblicke in die Unterschiede und Hintergründe der Form, des Stils und der Substanz verfassungsgerichtlicher Urteile verschiedener Länder. Sie schildert, dass die Varianten in Form und Stil gerichtlicher Entscheidungen den Entscheidungen in der Regel nicht bloß äußerlich seien, sondern etwas Substantielles symbolisieren. Sie sagen etwas aus über das Zustandekommen der Entscheidung, über den Geist, in dem gearbeitet wird, und damit über Faktoren, die auch für die inhaltlichen Ergebnisse der Spruchtätigkeit und deren Funktionalität nicht gleichgültig sein könnten.

Dietmar von der Pfordten zeigt, dass Rechtsakte immer eine notwendige zusätzliche Form haben – zusätzlich zu allgemeinen Formen des Denkens und Sprechens. Diese zusätzliche Form könne jedweder Natur sein, beispielsweise Schriftlichkeit, Handschriftlichkeit, notarielle Beurkundung, Veröffentlichung, Bekanntgabe, Proklamation. Während andere „nichtrechtliche Sozialgebilde" wie Moral oder Politik solche zusätzlichen Formen zwar auch vorweisen können, seien sie jedoch für Rechtsakte begrifflich notwendig und keineswegs kontingent. Dieses notwendige Plus an Form zeichne demnach nicht nur Rechtsakte aus, es habe auch die Funktion, eine sichere Befolgung und Bindung zu gewährleisten und somit die Rechtssicherheit zu fördern. Rechtsakte können somit auf diese zusätzliche Form hin untersucht und identifiziert werden.

---

10 *K. Gräfin von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Juristische Rhetorik, Berlin 2021; *K. Gräfin von Schlieffen* (Hrsg.), Das Enthymem. Zur Rhetorik des juridischen Begründens, Rechtstheorie (RTheorie), Sonderheft Rechtsrhetorik Bd. 42 (4), 2011.

11 *J. Lege* (Hrsg.), Gelingendes Recht: über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019; *K. Lerch* (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, 3 Bd., Berlin 2005.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Recht und Gefühl

Hilge Landweer verdeutlicht an einem Beispiel aus neuerer Zeit den Sinn für Angemessenheit als den Normen vorgelagerter Grundlage des Rechtsgefühls. Der Fall einer Supermarkt-Kassiererin, die Leergutbons im Wert von 1,30 € eingelöst hatte und dafür entlassen wurde, hat die Frage nach der Verhältnismäßigkeit des Rechts einmal mehr zum Problem werden lassen. Landweer zeigt, dass die Begründung und Beurteilung einzelner Normen auch auf deren Stimmigkeit untereinander und Situationspassung hin zu befragen sind. Hierfür ist ein Wahrnehmungsvermögen erforderlich, das auf gefühlsbasierten Wertvorstellungen basiert. Nur dadurch kann überhaupt bemerkt werden, dass eine Situation Ansprüche normativer Art an uns stellt.

Julia Hänni verdeutlicht, in welcher Weise juristische Urteile von gefühlsgeleiteten Wahrnehmungsgrundlagen bestimmt sind, und dass emotionale Erkenntnisquellen unerlässlich für juristische Entscheidungsfindungsprozesse sind. Ratio und Gefühl seien dabei nicht nur viel stärker miteinander verbunden als gemeinhin angenommen, sondern Gefühle hätten auch eine eigene evaluative Kraft, die für die Ausbildung differenzierter Urteile entscheidend sei. Ihre Wertbindung stelle für die juristische Auslegung und die rationalen Argumentationswege eine wichtige Stütze dar. Somit seien ästhetisch-phänomenologische Kompetenzen Bestandteil der für die Rechtsfindung notwendigen sinnerschließenden normativen Maßstäbe.

Urteilen in Recht und Ästhetik

Andreas von Arnauld vergleicht ästhetische und juridische Formen des Urteilens. Er verdeutlicht anhand einiger Beispiele, die Fehlerhaftigkeit der verbreiteten Ansicht, dass ästhetische und juridische Urteilsformen sich nach kantischer Weise stark voneinander unterscheiden. Die Unterscheidung zwischen reflektierenden und bestimmenden Urteilsformen ließe sich im juridischen Urteilen nicht aufrecht erhalten. Den ästhetischen Zugang zum Recht, der die scharfe Trennung überwindet, qualifiziert er als Methodenkritik und schließt mit Gedanken zur Synaisthesis von juridischem und ästhetischem Urteilen.

Levno von Plato untersucht die Interpretationsspielräume richterlicher Urteilsbildung sowie den dabei vorgenommenen Rückgriff auf Rechtsgefühle. Anhand eines Vergleichs von ästhetischer Normen- und Urteilsbildung stellt er die Ähnlichkeit der Kriterien für die Vermeidung von Wertungswillkür sowie für die Sicherstellung des Wirklichkeitsbezugs in beiden Normbildungs- und Urteilsformen dar. Daraus schließt er, dass eine in

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

dieser Weise verstandene Rechtsordnung und Rechtsprechung einem Kunstwerk und einer ihm angemessenen ästhetischen Interpretation gleiche. Die dabei erzielte Urteilsehrlichkeit und -transparenz erhöhe eine breite Nachvollziehbarkeit des richterlichen Urteils und damit seine demokratische Legitimation.

Ludger Schwarte setzt sich kritisch mit Habermas' Rechtskritik in „Faktizität und Geltung" auseinander, indem er verdeutlicht, dass dieses Werk weniger radikaldemokratisch sei, als manche behaupteten. Die ästhetische Orientierung der Kritischen Theorie vor Habermas gehe durch den Fokus auf Sprachrationalität der Diskurstheorie verloren. Gerade die Rechtsprechung werde somit steril und abgekoppelt von der Lebensrealität, womit der undemokratischen Expertokratie Vorschub geleistet werde. Indem Habermas die nicht sprachlich rationalisierbare Lebenswirklichkeit systematisch unterschätze, übersehe er auch die ästhetische Fundierung des Rechts, die dem Singulären, dem Nicht-Identischen, dem Inkommensurablen zur Geltung verhelfen könnte.

Recht und Medien

Laura Münkler erörtert mittels eines Vergleichs zwischen der Bauhaus-Ästhetik und der Rechtsästhetik, wie beide Bereiche den Anschein von Neutralität, Funktionalität und Formalisierung suchten, um durch die Identität von Form und Inhalt bzw. durch ästhetische Reduktion allzu viel Subjektivität einzuschränken. Dies sei aber aufgrund anderer ästhetischer Bedürfnisse zum Beispiel in der Rechtsvermittlung kontraproduktiv und führe zu ästhetischen Widersprüchen, die eine stärkere Pluralisierung und empirische Fundierung rechtsästhetischer Rücksichten als durchaus sinnvoll erscheinen ließen.

Eva Schürmann fragt nach den Vermittlungsbedingungen des Rechts, insofern es sich Medien und Techniken des Darstellens verdankt. Darstellungsmedien sprachlicher und technischer Art perspektivierten jede Phase des Urteilsbildungsprozesses, indem sie bestimmte Aspekte wahrnehmbar machten und andere vernachlässigten. Eine am Ästhetischen geschulte Urteilskraft kann besser durchschauen, welche Wahrnehmungsmuster und Darstellungsstrategien am jeweiligen Zuschnitt eines Falles beteiligt sind. Wie Schürmann anhand eines klassischen Gerichtsfilmes zeigt, ist der Maßstab solcher kritischen Kompetenz ein Gerechtigkeitsbezug des Darstellens.

Stefan Machura erläutert mit einer Analyse der Darstellung des Rechts in Film und Fernsehen, wie wichtig Rechtsfilme für das Verständnis von Rechtskultur und deren Wandel seien. Er verdeutlicht, auf welche Weise

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Rechtsfilme eine klassisch liberale Sicht auf das Recht nahelegen und sowohl Vertrauen in die Rechtsinstitutionen ermutigten als auch Kritik ermöglichten. Filmische Narrative erwiesen sich so als wichtige Vermittlungsbedingungen impliziter Rechtsverständnisse.

Eberhard Ortland hebt zunächst die Pluralität der verschiedenen ästhetischen Theorien hervor und macht deutlich, dass das Urheberrecht auf ästhetische Urteile angewiesen sei und solche auch vornimmt, was durchaus auch kunstphilosophische Einsichten ermögliche. Diese mit dem Urheberrecht verbundenen ästhetischen Urteile bestimmten nicht nur die Spezifizierung dessen, was Kunst sei, sondern somit auch die daraus entstehende Regulierung der künstlerisch zulässigen und daher realisierbaren Formen. Für die Anwendung, Akzeptanz und Entwicklung des Urheberrechts sei es wichtig, die implizit einfließenden und in der Praxis folgenreichen ästhetischen Theorien und Implikationen explizit darzustellen.

Jörn Reinhardt schaut auf den Einsatz von Algorithmen in sozialen Medien und verdeutlicht, wie diese die Beurteilung von Bildern und Äußerungen formen. Ausgehend von dem Beispiel des von Facebook gelöschten und später wiederhergestellten Fotos des sogenannten Napalm Mädchens im Vietnamkrieg erläutert Reinhardt, wie digitale Plattformen sowohl die Bedingungen gesellschaftlicher Kommunikation wie auch die Sichtbarkeit von Akteuren, Meinungen oder Bildern beeinflussen. Die Diskussion darüber verändert wiederum die digitale Infrastruktur.

Wir danken dem Rektorat der Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg, insbesondere dem Prorektor für Planung und Haushalt, Prof. Dr. Helmut Weiß, und der Gesellschaft der Freunde und Förderer der Universität Magdeburg sowie der Deutschen Gesellschaft für Ästhetik (DGÄ) für die Förderung der Tagung in den schönen Räumlichkeiten des Guericke Zentrums an der Elbe. Nicholas Kunat und Christina Kast haben wertvolle Hilfe bei der Manuskriptbearbeitung geleistet, Thomas Dreier sind wir verbunden für die Aufnahme in die Reihe *Bild und Recht.* Schließlich bedanken wir uns bei den Kolleginnen und Kollegen, die bereits 2018 auf unserem Panel „Ästhetik des Rechts" beim X. Kongress der DGÄ wertvolle Beiträge zum Thema geleistet haben, insbesondere bei Sabine Müller-Mall, Ludger Schwarte, Benno Zabel, Christoph Menke und Carolin Behrmann.

Berlin / Frankfurt a. M., im Juni 2020

Levno von Plato und
Eva Schürmann

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Recht und Form

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Form, Stil und Substanz gerichtlicher Urteile – am Beispiel der Verfassungsgerichtsbarkeit

Gertrude Lübbe-Wolff

Kurzzusammenfassung

Entscheiden und argumentieren Verfassungsrichter individuell oder gemeinsam? Wie spiegeln sich die diesbezüglichen Praktiken und ihre Veränderungen in Traditionen formaler Hervorhebung des Individuellen oder Kollegialen der Entscheidungsproduktion? Müssen Entscheidungen durchweg begründet werden? Wird autoritativ im Duktus logischer Ableitung begründet oder werden diskursiv die Schwierigkeiten der Rechtskonkretisierung verdeutlicht? Fallen die Begründungen kurz oder lang aus, leserfreundlich oder nicht? Wie wird zitiert, gegliedert, unterschrieben? In alledem und mehr unterscheiden sich die Kulturen der Präsentation verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Der Beitrag analysiert solche Unterschiede und ihre Hintergründe. Die Varianten in Form und Stil gerichtlicher Entscheidungen sind den Entscheidungen in der Regel nicht bloß äußerlich, sondern stehen für etwas Substantielles. Sie sagen etwas aus über das Zustandekommen der Entscheidung, über den Geist, im dem gearbeitet wird, und damit über Faktoren, die auch für die inhaltlichen Ergebnisse der Spruchtätigkeit und deren Funktionalität nicht gleichgültig sind. Das bedeutet allerdings nicht, dass schon Änderungen im Stil genügten, um zu Änderungen auch in der Substanz zu gelangen. Der in den Kulturwissenschaften verbreitete Voodoo-Glaube, dass schon mit Operationen an Symbolen, Zeichen, Namen eine Änderung in der Substanz des Symbolisierten, Bezeichneten, Benannten zu bewirken sei, ist in Bezug auf die Rechtsprechung so verfehlt wie sonst.

Als Verfassungsgerichte bezeichne ich im Folgenden, einem verbreiteten Sprachgebrauch gemäß, nicht nur Verfassungsgerichte im engeren Sinne, die, wie das Bundesverfassungsgericht, der österreichische Verfassungsgerichtshof und viele andere, diese Bezeichnung oder ein Äquivalent in einer anderen Sprache im Namen tragen, sondern auch Höchstgerichte, die in Ländern ohne namentlich so genanntes Verfassungsgericht unter Bezeichnungen wie „*Supreme Court*“, „*Supremo Tribunal*“ u.ä. firmieren, die aber zumindest einzelne typische verfassungsgerichtliche Kompetenzen haben, insbesondere die der Prüfung von Gesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit der

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

jeweiligen Verfassung. Bei der erstgenannten Gruppe handelt es sich um spezialisierte, ausschließlich für die Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts zuständige Verfassungsgerichte; daher die spezielle Benennung. Die Gerichte zweiten Gruppe (*Supreme Courts* u.ä.) fungieren dagegen zugleich, und meist ganz schwerpunktmäßig, als das höchste für die Anwendung und Auslegung einfachen Rechts zuständige Gericht. Aber Sie nehmen eben *auch* verfassungsgerichtliche Aufgaben wahr. Was das Bundesverfassungsgericht angeht, betrachte ich, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes angegeben ist, nur die Entscheidungen der Senate, also der beiden achtköpfigen Spruchkörper, in die das Gericht sich gliedert.

Noch eine terminologische Vorbemerkung: Das Wort „Urteil" hat im deutschen juristischen Sprachgebrauch eine Bedeutung, die enger ist als die umgangssprachliche: „Urteil" heißen nur Gerichtsentscheidungen, die auf der Grundlage einer mündlichen Verhandlung ergehen. Entscheidungen, die ohne vorausgegangene mündliche Verhandlung ergehen, werden als Beschlüsse bezeichnet. Nicht alle Rechtsordnungen kennen aber diesen oder einen genau analogen terminologischen Unterschied. Wenn im Folgenden von „Urteilen", hauptsächlich von solchen, die in anderen Rechtsordnungen ergehen, die Rede ist, verwende ich den Ausdruck nicht in der speziellen Bedeutung, die er im deutschen Recht hat.

I. Einheit des gerichtlichen Urteils oder Vielheit der „Urteile" einzelner Richter

Der auffälligste Unterschied in der Gestalt richterlicher Urteile, auf den man beim Vergleich von Gerichtsentscheidungen aus unterschiedlichen Rechtssystemen stößt, liegt im Ob und Wie der Verbindung der Meinungen der beteiligten Richter zu *einer* Entscheidung *des Gerichts*. Auf diesen Unterschied stößt man überall, wo gerichtliche Spruchkörper aus mehr als einem Richter bestehen.

Beim französischen *Conseil constitutionnel*, bei der italienischen *Corte Costituzionale*, beim österreichischen Verfassungsgerichtshof beispielsweise werden Sie stets *eine* Entscheidung *des Gerichts*, und nur die, antreffen, dagegen keinerlei richterliche Einzelmeinungen, denn Sondervoten sind bei diesen Gerichten ausgeschlossen.

Bei den *Supreme Courts* von Indien und Norwegen, beim brasilianischen *Supremo Tribunal Federal* und etlichen anderen Höchstgerichten dagegen bestehen die Entscheidungen des Gerichts in aller Regel aus einer Sammlung der Meinungen jedes einzelnen mitwirkenden Richters, die allerdings in vielen Fällen so aussieht, dass alle weiteren Richter erklären, der Meinung des Verfassers der erstplazierten Meinung zuzustimmen. Zusammen-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

gehalten wird das Ganze nur durch eine Kopfpartie, die (mindestens) das entscheidende Gericht und das Verfahren bezeichnet, in dem entschieden wurde, und womöglich – hier wiederum unterscheiden sich die diversen Gerichte – durch eine vorangestellte Zusammenfassung des Sachverhalts und der wichtigsten Ergebnisse und/oder eine gemeinsame Formulierung des Urteilstenors.

Die grundlegenden Unterschiede gehen auf die historischen Traditionen zweier Rechtskreise zurück: Einerseits die kontinentaleuropäische Tradition, in der es im Gefolge kirchenrechtlicher Regeln und kirchengerichtlicher Usancen üblich geworden ist, dass plurale gerichtliche Spruchkörper *per curiam*, also durch den Spruchkörper als solchen, entscheiden.[1] Andererseits die Tradition des *common law*, die stärker den Sitten aus der Zeit eines noch illiteraten Richtertums verhaftet geblieben ist, als nach öffentlicher Anhörung der Prozessparteien die Richter nacheinander – lateinisch: *seriatim* – ihre Stimme abgaben.[2]

Inzwischen haben sich die unterschiedlichen Jurisdiktionskulturen einander angenähert. So ist es beim *Supreme Court* der USA schon zu Beginn des 19. Jahrhundert unter dem berühmten *Chief Justice* John Marshall üblich geworden, dass eine *opinion of the court* verfasst wird, die das sei es einstimmige oder mehrheitliche Votum der Richter wiedergibt und neben

---

1 Üblicherweise erfolgte und erfolgt bis heute diese Entscheidung ohne namentliche Nennung eines Entscheidungsverfassers. Das ist allerdings nicht ausnahmslos der Fall. Bei Entscheidungen der italienischen *Corte Costituzionale* z.B. wird regelmäßig der Berichterstatter (*relatore*) und, wenn dieser ausnahmsweise nicht zugleich der Entscheidungsverfasser war, zusätzlich der des Verfassers (*redattore*) genannt. Im *common-law*-Rechtskreis wird als *per-curiam*-Entscheidung nur eine Entscheidung bezeichnet, die keinen Entscheidungsverfasser benennt, s.u. Fn. 5.

2 Näher dazu *G. Lübbe-Wolff*, Cultures of Deliberation in Constitutional Courts, in: P. Maraniello (Hrsg.), Justicia Constitucional, La Justicia constitucional en los diferentes ámbitos del derecho y sus nuevas tendencias, Resistencia, Chaco: Contexto 2016, S. 37 ff.; *dies*., Why is the German Federal Constitutional Court a deliberative court, and why is that a good thing?, in: W. Ernst/B. Häcker (Hrsg.), Counting votes and weighing opinions. Collective judging in comparative perspective, Cambridge, Mass.: Intersentia, im Erscheinen, jew. m.w.N. Auch im Mutterland des *common law* gibt es allerdings einzelne Gerichte mit einer Tradition des kollegialen Entscheidens; das bekannteste Beispiel ist das *Privy Council*, bei dem bis 1966 die Veröffentlichung abweichender Meinungen unzulässig war, s. *Lord Mance* [zu den stilistischen Üblichkeiten im Vereinigten Königreich gehört es, dass Richter, oft auch außerhalb ihrer Urteile, als Autoren mit Titel, ohne Nennung des Vornamens erscheinen], The common law and Europe: differences of style or substance and do they matter?, Holdsworth Club Presidential Address, 24. November 2006 <https://www.birmingham.ac.uk/Documents/college-artslaw/law/holdsworth-address/holdsworth06-07-mance.pdf>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019, S. 6 f.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

der gegebenenfalls separate *opinions* der im Ergebnis in der Minderheit gebliebenen oder in der Begründung abweichenden Richter (*dissenting* oder *concurring* opinions) stehen.[3] Auch viele andere Gerichte des *common-law*-Rechtskreises haben sich in größerem oder geringerem Maß in Richtung auf kollegialeres Entscheiden hin bewegt. Umgekehrt sind mittlerweile bei den weitaus meisten kontinentaleuropäischen und auch bei vielen am kontinentaleuropäischen Modell orientierten Verfassungsgerichten, und oft *nur* bei den *Verfassungs*gerichten des jeweiligen Landes, Sondervoten zulässig.[4] Für das Bundesverfassungsgericht gibt es diese Öffnung seit 1970.

Die Unterschiede zwischen den beiden Traditionen sind damit aber keineswegs ganz verschwunden. Vor allem ist der tieferliegende Unterschied in der Entscheidungsproduktion erhalten geblieben, der darin liegt, dass in der *common-law*-Tradition eine Mehrheit der Richter nur für das jeweilige Entscheidungs*ergebnis* benötigt wird, während sich in der kontinentaleuropäischen Tradition, im sogenannten *civil-law*-Rechtskreis, das Erfordernis einer Mehrheit auch für die Entscheidungs*gründe* durchgesetzt hat. Das ist ein sehr fundamentaler Unterschied, der, wie alles Institutionelle, sowohl von bestimmten Vorverständnissen geprägt ist als auch seinerseits bewusstseinsprägend wirkt. Ein Mehrheitserfordernis für die Entscheidungsbegründung ist Ausdruck eines kollegialen, korporativen Verständnisses, dem zufolge die zu treffende Entscheidung nicht die Summe der Entscheidungen der Richter des Spruchkörpers ist, sondern *eine* Entscheidung *des Gerichts.* Zugleich steigert und befestigt das extensive Mehrheitserfordernis die in ihm vorausgesetzte Kollegialität. Diese Wirkung hat es nicht nur deshalb, weil es die Menge des notwendigerweise zu Besprechenden erhöht, sondern weil ohne ein gewisses Maß an Bereitschaft, aufeinander zuzugehen, unter der Geltung eines solche Mehrheitserfordernisses eine Entscheidung in vielen Fällen gar nicht möglich ist. Es gibt ja kein Gesetz der Logik, aus dem folgen würde, dass eine Richtermehrheit, die gemeinsam für ein bestimmtes Entscheidungsergebnis steht, sich auch auf

3 S. statt vieler *M. I. Urofsky*, Dissent and the Supreme Court. Its Role in the Court´s History and the Nation´s Constitutional Dialogue, New York: Pantheon Books 2015, S. 37 ff.

4 Überblick für 21 Mitgliedstaaten der EU mit kontinentaleuropäischer Rechtstradition bei *K. Kelemen*, Judicial Dissent in European Constitutional Courts. A Comparative and Legal Perspective, London/New York: Routledge 2018, S. 82. Außerhalb Europas schließen vor allem die an der französischen Tradition orientierten frankophonen Staaten Sondervoten nach wie vor aus. In Staaten mit noch ungefestigter Rechtsstaatlichkeit kann das zur Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit auch durchaus sinnvoll sein.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

eine gemeinsame Begründung für dieses Ergebnis verständigen kann. In dem extensiven Mehrheitserfordernis der kontinentaleuropäischen Tradition steckt also schon ein institutionalisierter Kompromisszwang. Für das tradierte Selbstverständnis von Richtern des *common-law*-Rechtskreises verbietet sich ein solcher Kompromisszwang eben deshalb, weil es in dieser Tradition der einzelne Richter ist, der urteilt. Das kommt selbst in den *common-law*-Jurisdiktionen, in denen man eine *opinion of the court* verfasst, meist noch darin zum Ausdruck, dass ein namentlich genanntes Mitglied des Gerichts als Verfasser dieser *opinion* auftritt.[5] Es zeigt sich auch darin, dass abweichende Meinungen als Teil der gerichtlichen Entscheidung gel-

---

5 Am Beispiel des vom *US Supreme Court* am 27. Februar 2019 entschiedenen Falles Garza v. Idaho, <https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1026_2c83.pdf>, zuletzt aufgerufen am 27.3.2019>: In der vorangestellten Zusammenfassung (*syllabus*) heißt es: „SOTOMAYOR, J., delivered the opinion of the Court, in which ROBERTS, C. J., and GINSBURG, BREYER, KAGAN, and KAVANAUGH, JJ., joined.THOMAS, J., filed a dissenting opinion, in which GORSUCH, J., joined, and in which ALITO, J., joined as to Parts I and II." Auf den *syllabus* folgt unter der auf den nachfolgenden Seiten jeweils wiederholten Kopfzeilüberschrift „Opinion of the Court" auf einige weitere Formalien (wie u.a. Bezeichnung des Gerichts, Nennung des Aktenzeichens, der Parteien und des Datums) die mit „JUSTICE SOTOMAYOR delivered the opinion of the Court" eingeleitete *opinion of the court*. Daran schließt sich, ohne neuerliche Nennung der Richter, die sich dieser *opinion* angeschlossen haben, unter der wiederum auf den nachfolgenden Seiten wiederholten Kopfzeitüberschrift „THOMAS, J., dissenting" mit Wiederholung der genannten Formalien und mit der Einleitung „JUSTICE THOMAS, with whom JUSTICE GORSUCH joins, and with whom JUSTICE ALITO joins as to Parts I and II, dissenting" die abweichende Meinung des Richters Thomas an. Hin und wieder ergehen allerdings Entscheidungen ohne Angabe des Autors, die dann als *per curiam*-Entscheidungen bezeichnet werden, s. dazu <https://www.supremecourt.gov/opinions/opinions.aspx>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019, sowie *M. P. Hitt*, Inconsistency and Indecision in the United States Supreme Court, Ann Arbor: University of Michigan Press 2019, S. 30 ff. und passim. Bei einigen Höchstgerichten des *common-law*-Rechtskreises hat es eine noch deutlichere Bewegung hin zu weniger Individualismus gegeben. So ist es beim *High Court* Australiens im Zuge einer Entwicklung hin zu kollegialerem Entscheiden mit weniger abweichenden Meinungen üblich geworden, für die Gerichtsentscheidung im engeren Sinne keine individuellen Verfasser mehr auszuweisen. Nur noch für etwaige abweichende Meinungen zeichnen einzelne Mitglieder des Gerichts individuell verantwortlich, im Übrigen erscheinen ohne Individualisierung eines Verfassers die Namen aller eine Entscheidung tragenden Richter auf jeder Entscheidungsseite (s. die auf der Webseite des Gerichts abrufbaren Entscheidungen). Auch beim kanadischen *Supreme Court* ergeht inzwischen ein Teil der Entscheidungen als solche des Gerichts ohne ausgewiesene individuelle Autorschaft, s. *P. McCormick/M.D. Zanoni*, By the Court. Anonymous Judgments at the Supreme Court of Canada, Vancouver und Toronto: UBCPress 2019; *P. McCormick*, Who Writes? Gender and Judgment Assignment on

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ten, während sie in der kontinentaleuropäischen Tradition, sofern überhaupt zugelassen, in der Regel als etwas Danebenstehendes behandelt werden,[6] und dass es im anglophonen Rechtssprachgebrauch üblich ist, auch Sondervoten als *judgment* zu bezeichnen.

Diese Unterschiede in der Konzeption und prozeduralen Ausgestaltung dessen, was eine Gerichtsentscheidung ist und wie sie sich zur Entscheidung des einzelnen Richters verhält, sind ungeheuer folgenreich. Sie prägen nicht nur die Form und den sprachlichen und argumentativen Stil der Entscheidungen, sondern auch die Substanz. Vor allem produziert die Kollegialkultur der *per-curiam*-Tradition mehr Deliberation, mehr Kompromiss, mehr Konsens und damit eine tendenziell mittigere Rechtsprechung als die indiviualistischere Kultur, die aus der *seriatim*-Tradition im *common-law*-Rechtskreis erwachsen ist.[7]

Tatsächlich kommen bei Höchstgerichten in angelsächsisch geprägten Rechtskulturen abweichende Meinungen typischerweise in sehr viel größerer Zahl vor als bei kontinentaleuropäischen und kontinentaleuropäischen, denen die Veröffentlichung abweichender Meinungen erlaubt ist.

---

the Supreme Court of Canada, Osgoode Hall Law Journal 51, 2015, S. 592 (605, 606, 609, 616, 617, 618). S. dagegen für den hinsichtlich der Verfasserangabe an der individualistischeren Tradition festhaltenden *Supreme Court* des Vereinigten Königreichs *J. Mance* [Lord Mance], In a Manner of Speaking: How Do Common, Civil and European Law Compare?, RabelsZ 78, 2014, S. 231 (233 f.). Auch beim *UK Supreme Court* hat aber in den zurückliegenden Jahren der Anteil der einstimmigen Entscheidungen und der gemeinschaftlich verfassten Mehrheitsentscheidungen zugenommmen.So wurde zum Beispiel die einstimmige Entscheidung vom 19. September 2019 zur Prorogation des Parlaments als „Judgment of the Court" für alle elf beteiligten Richter gemeinsam von der Präsidentin und dem Vizepräsidenten des Gerichts verfasst, s. <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0192-judgment.pdf>, zuletzt aufgerufen am 31.7.2020.

6 S. z.B. § 55 Abs. 5 der Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts: „Das Sondervotum ist in der Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts *im Anschluss an die Entscheidung* namentlich gekennzeichnet zu veröffentlichen." (Hervorh. G. L.-W.). Ungewöhnlich für ein Gericht der *per-curiam*-Tradition dagegen die Regelung der Verfahrensordnung für das kosovarische Verfassungsgericht, die abweichende Meinungen ausdrücklich als integralen Bestandteil der jeweiligen Entscheidung qualifiziert, s. Rules of Procedure of the Constitutional Court of the Republic of Kosovo, No.01/2018, v. 31. Mai 2018, Rule 63, <http://gjk-ks.org/wp-content/uploads/2018/06/rregullore_e-_punes_gjkk_ang_2018.pdf>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019. Diese Besonderheit beruht, wie andere Abweichungen von der *per-curiam*-Tradition in den Regularien für das kosovarische Verfassungsgericht, darauf, dass die *rules of procedure* auf US-amerikanischer Beratung beruhen (für Auskunft über diesen Sachverhalt danke ich *Durim Berisha*).

7 Näher *Lübbe-Wolff* (Fn. 2).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Im Einzelnen muss man bei solchen Vergleichen allerdings vorsichtig sein und die Ausgangsgrößen richtig wählen.[8]

Häufiger, wenn auch umstritten, ist in angelsächsisch geprägten Jurisdiktionen, soweit ich sehe, auch das Phänomen des *persistent dissent* – also die richterliche Beibehaltung und wiederholte Äußerung des Rechtsstandpunktes, mit dem ein Richter einmal in der Minderheit geblieben ist, in nachfolgenden Fällen.[9] Dass eine befriedende, konfliktauflösende Wirkung der gerichtlichen Spruchtätigkeit selbst *inner*gerichtlich gerade im *common-law*-Rechtskreis häufiger scheitert, ist auf den ersten Blick erstaunlich, da man ja gerade in einer durch Präzedenzfallbindung gekennzeichneten Rechtskultur erwarten sollte, dass ein unterlegener Richter den Rechtsspruch seiner Kollegen wenigstens in künftigen Fällen als das für gültig befundene Recht behandelt. Aber es herrscht hier eben nicht nur das Prinzip des *stare decisis*, sondern auch ein besonders ausgeprägter richterlicher Individualismus.

Verwunderlich ist es angesichts der im *common-law*-Rechtskreis geltenden – wenn auch eingeschränkten – Präzedenzfallbindung, die im *civil-law*-Rechtskreis keine Entsprechung im Rechtsrang hat, zumindest auf den ersten Blick auch, dass etwa der *Supreme Court* der Vereinigten Staaten häufiger von früheren eigenen Entscheidungen abweicht als das Bundesverfassungsgericht.[10] Die Erklärung für dieses bemerkenswerte Phänomen liegt in verschiedenen Gründen, die seine Rechtsprechung schwankungs-

---

8 Einstimmigkeits- und Abweichungsraten sind naturgemäß nicht nur von der jeweiligen Jurisdiktionskultur, sondern auch von etlichen anderen Faktoren abhängig, unter anderem von der Art und Zahl der zu entscheidenden Fälle. Verfassungsrechtsfälle zum Beispiel sind ihrer meist ausgeprägteren politischen Relevanz wegen statistisch betrachtet in der Regel erheblich häufiger kontrovers als reine Zivilrechtsfälle, und je größer die Zahl der schon vorab mit einem Filterverfahren ausgesonderten weniger wichtigen Fälle, desto wahrscheinlicher wird unter sonst gleichen Umständen Kontroversialität beim zur Entscheidung verbleibenden Rest.

9 Zum Vorkommen und zur Diskussion vgl. *A. Lynch*, Dissent: The Rewards and Risks of Judicial Disagreement in the High Court of Australia, Melbourne University Law Review 27, 2003, S. 724 ff., Abschn. III. und IV, hier zitiert nach den Abschnittsangaben der im Internet auffindbaren Version, <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/2003/29.html#Heading348>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019.

10 Für eine Auflistung von 141 einschlägigen Entscheidungen des *US Supreme Court* allein im Bereich des Verfassungsrechts s. *B. J. Murrill*, The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent, Congressional Research Service 7-5700, R45319, 24. September 2018, S. 27 ff., <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45319.pdf>, zuletzt aufgerufen am 27.3.2019. Auch umgerechnet auf seine wesentlich kürzere

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

anfälliger machen als die kontinuierlich-mittigere des sehr viel konsensorientierteren Bundesverfassungsgerichts, und zu diesen Gründen gehört nicht zuletzt die im Selbstverständnis wie in den Entscheidungsfindungsregeln individualistischere, weniger kollegiale Prägung.[11]

II. Begründungen

1. Begründete und nicht begründete Entscheidungen

Eine Gerichtsentscheidung stellt man sich heutzutage als etwas vor, das mit einer Begründung daherkommt. Dass das so ist, liegt aber nicht in der Natur einer Gerichtsentscheidung. Es war nicht immer so, und es ist auch heute nicht immer und überall so – auch bei uns nicht.

Die Sitte, dass gerichtliche Entscheidungen nach außen, insbesondere den Streitparteien gegenüber, begründet werden, ist gerade in weiten Teilen Kontinentaleuropas eine recht späte (Wieder)Errungenschaft. Im alten Reich galt es bis weit ins 18. Jahrhundert hinein verbreitet als grober Unfug, Gerichtsentscheidungen zu begründen. Damit handele man sich nur Nörgelei und weitere Klagen ein.[12] Außerdem hielt man die Begründung von Gerichtsentscheidungen auch deshalb für riskant, weil nach damaliger Doktrin offensichtliche Fehler zur Ungültigkeit einer Gerichtsentscheidung führten – also nicht nur dazu, dass der Betroffene sich innerhalb gewisser Fristen um Aufhebung durch ein höheres Gericht bemühen konnte.[13] Da eröffnete man doch besser erst gar nicht die Möglichkeit, etwaige Fehler zu entdecken. Erst mit der Aufklärung gewann das zuvor nur ganz

---

Funktionszeit hat das Bundesverfassungsgericht seine eigene Senatsrechtsprechung deutlich seltener revidiert – und das, obwohl die Einteilung in zwei Senate, die bei Divergenz in tragenden Gründen eine Plenarentscheidung herbeiführen müssen, sowie fällige Anpassungen der eigenen Rechtsprechung an die des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Quellen des Korrekturbedarfs sind, die beim *US Supreme Court* keine Parallele haben.

11 Zu weiteren Gründen, die daneben eine Rolle spielen, s. *Lübbe-Wolff*, Why (Fn. 2).

12 Vgl. *S. Hocks*, Gerichtsgeheimnis und Begründungszwang. Zur Publizität der Entscheidungsgründe im Ancien Régime und im frühen 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 2002, S. 18 f. Zu Gegenstimmen, die Entscheidungsbegründungen befürworteten, in der historischen Diskussion *W. Sellert*, Prozessgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat, Aalen 1973, S. 364 ff.

13 Vgl. *Hocks,* Gerichtsgeheimnis (Fn. 12), S. 31 ff.; zu Voraussetzungen der Nichtigkeit eines Urteils wegen falscher Begründung nach römisch-kanonischem Prozess-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

vereinzelt normativ verankerte Postulat, dass Gerichtsentscheidungen einer Begründung bedürfen, an Boden. Reichskammergericht und Reichshofrat haben Zeit ihrer Existenz, also bis zum Untergang des Römisch-Deutschen Reichs im Jahr 1806, zwar intern begründete Voten der Richter archiviert, ihre Entscheidungen aber in aller Regel nicht nach außen begründet.[14] Es dauerte noch bis weit in die zweite Hälfte des Jahrhunderts, bis in Deutschland die Begründungspflicht als Grundsatz allgemein durchgesetzt war.

Seit einigen Jahrzehnten ist nun ein rückläufiger Trend zu beobachten: Gerade die Höchstgerichte werden von der Pflicht zur Begründung zunehmend für bestimmte Fälle wieder freigestellt. Das ist ein internationaler Trend. Deutschland gehört zu den Staaten, in denen keine verfassungsrechtliche Begründungspflicht für jegliche letztinstanzliche Gerichtsentscheidung existiert und die auf einfachgesetzlicher Ebene vorgesehene Begründungspflicht bei den letztinstanzlichen Entscheidungen bereichsweise zurückgefahren worden ist.[15] Für das Bundesverfassungsgericht wurde 1992/93 die Möglichkeit eingeführt, dass bei Nichtannahmeentscheidungen der Dreierkammern von einer Begründung abgesehen wird.[16] Auch andere Bundesgerichte müssen abschlägige Entscheidungen über die zu ihnen eingelegten Rechtsmittel nicht durchweg begründen, wenn schon die Zulässigkeit der Klage verneint wird.

Diese auf den ersten Blick befremdliche Entwicklung, die den Klägern und ihren Anwälten gewiss nicht immer Freude bereitet, ist eine Reaktion auf den Ausbau des Rechtsstaates und die teils durch niedrige Zugangshürden, teils durch die Institution der Rechtsschutzversicherung geförderte extensive Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes. Beim Bundes-

---

recht auch *K. W. Nörr*, Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz *in civilibus*, Heidelberg 2012, S. 201.

14 Näher *W. Sellert*, Zur Geschichte der rationalen Urteilsbegründung gegenüber den Partien insbesondere am Beispiel des Reichshofrats und des Reichskammergerichts, in: G. Dilcher/B. Diestelkamp, Recht, Gericht, Genossenschaft und Policey, Berlin 1986, S. 97–113. Zur Entwicklungsgeschichte der Urteilsbegründung in Frankreich *T. Sauvel*, Histoire du jugement motivé, Revue du droit public et de la science politique en France et à l´étranger 61, 1955, S. 5 ff. Zur Nichtbegründung von Entscheidungen im Kameralprozess und zu abweichenden Traditionen in Italien und Spanien *P. Oestmann*, Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren, Wien/Köln/Weimar 2015, S. 175.

15 Mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz ist das in der Regel vereinbar, s. BVerfGE 118, 212 (238), m.w.N. (ständige Rechtsprechung).

16 Die Vorschrift ist umstritten; s. *J. Hilpert*, Begründungspflicht des Bundesverfassungsgerichts?, Tübingen 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

verfassungsgericht war die Einführung der Möglichkeit nicht begründeter Nichtannahmen eine Reaktion darauf, dass die Zahl der Verfassungsbeschwerden Anfang der Neunzigerjahre auf fast 4000 pro Jahr gestiegen war. Die eingehenden Verfahren zeitgerecht zu bewältigen, war deshalb immer schwieriger geworden. Man muss sich klar machen, dass in den Dreierkammern aus guten Gründen nur einstimmig entschieden werden kann. Unter dieser Bedingung verursacht aber die Abfassung einer außengerichteten Begründung, bei der man sich über jedes Wort abstimmen muss, erheblichen Aufwand. Es ist nicht damit getan, dass man einfach den internen Vermerk des Berichterstatters, mit dem er seinen Kollegen gegenüber begründet, warum die Beschwerde nicht zur Entscheidung anzunehmen ist, zur Entscheidungsbegründung macht. Außerdem kann man sich in einem internen Vermerk, der sich an mit der Rechtslage bestens vertraute Kollegen richtet, Abkürzungen erlauben, die nur mit einigem Aufwand in eine allgemeinverständliche Begründung zu übersetzen wären.

Die AfD hat im vergangenen Jahr den Entwurf für ein Gesetz in den Bundestag eingebracht, mit dem das Bundesverfassungsgericht gezwungen werden sollte, wieder alle seine Entscheidungen zu begründen.[17] Das ist nichts anderes als ein Anschlag auf die Arbeitsfähigkeit des Gerichts. Die Zahl der Eingänge pro Jahr liegt heute noch um 50 Prozentpunkte über der des Jahres 1992, die den Gesetzgeber bewogen hat, von der Begründungspflicht für Nichtannahmen abzusehen.

Es führt kein Weg daran vorbei: Wenn das Verfassungsgericht für jedermann leicht zugänglich und zugleich funktionsfähig bleiben soll, braucht man ein Filterverfahren, das es erlaubt, Beschwerden, die ihrer Bedeutung nach keinen großen Arbeitsaufwand verdienen, mit begrenztem Aufwand auszusortieren. Die Möglichkeit der an bestimmte rechtliche Kriterien gebundenen, aber nach außen nicht begründeten Nichtannahme ist da noch das vergleichsweise schonendste Verfahren, weil es immerhin voraussetzt, dass die Sache im Gericht von drei Richtern mit übereinstimmendem Ergebnis geprüft worden ist.

Es ist nach alledem kein Zufall, dass gerade bei Verfassungsgerichten, die die Möglichkeit der Individualverfassungsbeschwerde kennen, oft zur Möglichkeit der Nichtbegründung als Entlastungsinstrument gegriffen wird.

17 BT-Drs. 19/5492.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

2. Begründungsstile

Von den westlichen Rechtskulturen hat vor allem die französische die Gestaltung der Gerichtsurteile zu einer regelrechten Textkunstform entwickelt – einer Kunstform der vormodernen Art, streng reglementiert und formalisiert. Diese Form ist die der *phrase unique*: Das französische Gerichtsurteil, wie es bei der *Cour de Cassation* und beim *Conseil d´État* zumindest im Ansatz bis heute gepflegt wird, besteht – abgesehen von vorangestellten Bezeichnungen des entscheidenden Gerichts und Spruchkörpers sowie der Streitparteien und weiteren identifizierenden Angaben wie Aktenzeichen und Entscheidungsdatum – aus einem einzigen Satz, mit dem das Gericht sich, in vollkommen unpersönlicher Diktion, von der Feststellung des Sachverhalts und der Nennung der einschlägigen Rechtsnormen über die Erwägungen, die deren Bedeutung für den konkreten Fall spezifizieren, bis zum *dispositif*, zum Tenor der Entscheidung, vorarbeitet. Ein Beispiel für dieses klassische Muster: „(La Cour)…, Vu …; Vu …; Considerant que …, que; Considerant que … usw.; ORDONNE …".[18] Heute findet man zwar häufig Auflockerungen dieser Struktur, unter anderem in der Weise, dass etwa auf ein „Considérant ce qui suit:..." („In Erwägung des Folgenden / Das Folgende berücksichtigend:...") eine Passage folgt, die aus mehreren eigenständigen Sätzen besteht, so dass die *phrase unique*, der eine, einzige Satz, nur den Rahmen bildet, in den mehrsätzige Passagen eingeschoben sind. Das französische Verfassungsgericht, der Conseil con-

18 Die Abfolge von „Vu" und „Considerant que" ist charakteristisch für die Entscheidungen des Conseil d´État. Bei der Cour de Cassation ist die Verbalisation insofern etwas anders, als die zum abschließenden Entscheidungsausspruch führenden Satzelemente mit „Vu …" und „Attendu que ….", in wechselnder Folge, eingeleitet werden.Variabel sind auch die Einleitungen zum Tenor (*dispositif*); statt „ORDONNE" kann es beispielsweise auch „DECIDE" [sic, ohne accent] heißen und unmittelbar davor der Satzverlauf durch ein abgesetztes „Par ces motifs" zäsuriert sein. Merkwürdigerweise wird bei den Entscheidungen beider Gerichte heute, soweit anhand der über die gerichtseigenen Webseiten zugänglichen Entscheidungen feststellbar, regelmäßig das Satzsubjekt („La Cour" oder „Le Conseil") weggelassen. Zur klassischen Form des *phrase-unique*-Urteils s. *P. Mimin*, Le Style des Jugements (Vocabulaire – Construction – Dialectique – Formes juridiques), 4. Aufl. Paris: Librairies Techniques 1978, S. 185 ff.; *R. K. Weber*, Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht. Eine vergleichende Analyse der Spruchpraxis, Tübingen 2019, S. 1 u. passim; speziell zum tradierten Aufbau der Entscheidungen der Cour de Cassation *A. Perdriau*, La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation: principes et méthode de rédaction, Paris: Litec 1993, S. 369 ff.; zur einsätzigen Struktur S. 370; zur syllogistischen Argumentation S. 405.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

stitutionnel, hat sich darüber hinaus auch von der Rahmung durch die *phrase unique* verabschiedet.[19] Aber diese der Komplexität der Rechtssachen und den gewachsenen Ansprüchen an die Verständlichkeit geschuldeten Veränderungen haben doch das Wesentliche des klassischen Duktus weitgehend unberührt gelassen. Der klassische Aufbau ist streng deduktiv und verbietet jede Weitschweifigkeit; er soll zur Konzision zwingen. Die Anforderung präziser Knappheit wird in Anleitungsbüchern regelmäßig besonders hervorgehoben. Weitschweifigkeit, so wird der französische Jurist belehrt, sei eine Sache des Feuilletons, wo man pro Zeile bezahlt werde. Die gerichtliche Entscheidung müsse dagegen durch kraftvolle Kürze beeindrucken.[20]

Für unsere Begriffe fallen französische Urteile oft extrem kurz aus.[21] Dieses Element der französischen Rechtskultur ist auch beim Conseil constitutionnel unverändert präsent. Mit der verfassungsrechtlichen Prüfung des Vertrages von Lissabon, deren Ergebnis das Bundesverfassungsgericht in einem Urteil von 170 Druckseiten niedergelegt hat, ist der *Conseil constitutionnnel* auf knapp 10 Seiten fertiggeworden.[22] Die Verfassungsgerichte

---

19 S. auch *Weber*, Begründungsstil (Fn. 18), S. 1, 120 ff. Zu innerfranzösischen Kritik des traditionellen Stils und entsprechenden Veränderungstendenzen auch *U. Kischel*, Rechtsvergleichung, München 2015, S. 466 f.; *F. Ranieri*, Stilus Curiae. Zum historischen Hintergrund der Relationstechnik, Rechtshistorisches Journal 4, 1985, S. 75 (86 f.). Speziell zu Anpassungen im Sinne einer „angereichterten Begründung" (*motivation enrichie*), die u.a. den in der Rechtsprechung des EGMR aufgestellten Begründungsanforderungen geschuldet sind, bei der Cour de Cassation s. *Jacquin,* La Cour de cassation se modernise pour garder son rang, Le Monde 1.3.2017, und ausführlich *Weber*, Begründungsstil (Fn. 18), S. 1, 169 ff.

20 *Mimin,* Le Style (Fn. 18), S. 208: „La prolixité s'explique dans un feuilleton payé par la ligne, mais une sentence judiciaire doit imposer par sa brièveté vigoureuse"; zur geforderten Konzision s. z.B. auch *Perdriau*, La pratique (Fn. 18), S. 421; *P. Estoup*, Les jugements civils. Principes et méthodes de rédaction, Paris: Litec 1998, S. 13.

21 S. etwa *J.-P. Ancel*, La rédaction de la décision de justice en France, Revue internationale de droit comparé 50, 1998, S. 841 (848: Verweis auf eine nur acht Zeilen umfassende Entscheidungsbegründung der Cour de Cassation); Angaben zur durchschnittlichen Anzahl der Seiten in unterschiedlichen Verfahren bei *Weber*, Begründungsstil (Fn. 18), S. 35 ff.

22 S. einerseits BVerfGE 123, 267, andererseits Conseil constitutionnel, Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2007560dc/2007560dc.pdf>, zuletzt aufgerufen am 18.12.2019. Entscheidungen, die in solcher Kürze zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen führen, sind keine Seltenheit, s. z.B. Décision n° 2018-744 QPC du 16 novembre 2018 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

anderer frankophoner Länder orientieren sich in diesem Punkt, wie in vielen anderen, häufig an den französischen Usancen.[23]

Nach vorherrschender Meinung zeichnet sich der Stil der kontinentaleuropäischen verglichen mit dem der angelsächsischen Gerichtsurteile überhaupt durch größere Kürze aus.[24] Das trifft wohl zu, wenn man dem angelsächsischen Sprachgebrauch folgt und jeweils auch alle abweichenden Meinungen mit zur jeweiligen „Entscheidung" rechnet. Folgt man dagegen dem hiesigen Sprachgebrauch, der als Entscheidung des Gerichts nur die – rechtlich allein maßgebende – Entscheidung der jeweiligen Richtermehrheit betrachtet, fällt der Vergleich der Umfänge partiell anders aus. Deutsche Gerichtsurteile zum Beispiel, vor allem die des Bundesverfassungsgerichts, schlagen nicht nur die des französischen *Conseil constitutionnel* um Längen. Sie sind in der Regel, wenn man die abweichenden Meinungen außer Betracht lässt, auch länger als die der *Supreme Courts* der Vereinigten Staaten und des Vereinigten Königreichs. Das unter Einschluss aller richterlichen *opinions* längste Urteil, das ich näher betrachtet

---

/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018744qpc/2018744qpc.pdf>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019; Décision n° 2018-744 QPC du 16 novembre 2018 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018744qpc/2018744qpc.pdf>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019. Zur zunehmenden Länge der Entscheidungen beim Conseil constitutionnel, die allerdings nichts daran ändert, dass die Entscheidungen nach wie vor wesentlich kürzer sind als die des Bundesverfassungsgerichts, auch *Weber*, Begründungsstil (Fn. 18), S. 35; Zahlen zur Länge der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ebd. S. 56.

23 Nur ein Beispiel: Das Verfassungsgericht Gabuns gibt die durchschnittliche Länge seiner Entscheidungen mit 10 Seiten an, s. Cour constitutionnelle du Gabon [2019], Réponses au Questionnaire, in: Association des Cours Constitutionnelles Francophones (ACCF), Bulletin no 13, Avril 2019, Actes de la conférence organisée pour le 20e anniversaire de l`ACCPUF, novembre 2017, S. 299–312 (304), <https://cdn.accf-francophonie.org/2019/06/bulletin-13-reponses-gabon.pdf >, zuletzt aufgerufen am 18.12.2019.

24 *G. Cuniberti*, Grands systèmes de droit contemporain. Introduction au droit comparé, 3. Aufl. Paris: LGDJ, 2015, S. 58, Rn. 95; *M. Cohen*, Ex Ante Versus Ex Post Deliberations: Two Models of Judicial Deliberations in Courts of Last Resort, American Journal of Comparative Law 62, 2014, S. 401 (453); *M. Pavčnik*, Begründung der gerichtlichen Entscheidungen – Bewertung und Empfehlung, in: L. Tichý/P. Holländer/A. Bruns (Hrsg.), Oduvodnění soudního rozhodnutí – The judicial opinion – Begründung von Gerichtsentscheidung [sic], Prag: Centrum právní komparatistiky, Pravnická fakulta Univerzity Karlvovy v Praze 2011, S. 363, m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

habe, stammt allerdings tatsächlich aus einem stark vom *common-law* geprägten Land, aus Pakistan; es umfasst gut 900 Seiten.[25]

Die französische Üblichkeit des Sichkurzfassens wirkt auch in die Beratungen hinein. Ein Richter des *Conseil d´État* hat mir berichtet, in den Beratungssitzungen sei jede Redundanz strengstens verpönt. Die resultierenden Entscheidungen vermitteln der Form nach den – der Sache nach allerdings in der Regel nicht ansatzweise eingelösten – Eindruck des logisch Zwingenden.[26] Inhaltlich diskursiv wirken sie nicht. In den Worten des Berichts einer beim *Conseil d´État* gebildeten Arbeitsgruppe zur Redaktion verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen: Vermittelt wird das Bild des Richters, der mehr behauptet als zu rechtfertigen.[27] Großer Wert wird nicht nur auf Kürze, sondern auch auf Eindeutigkeit gelegt: „*Le motif doit être clair et affirmatif, il ne doit pas laisser la place à l´interprétation*."[28] Zum Eindruck des Autoritativen trägt zusätzlich das Verbot der Veröffentlichung abweichender Meinungen bei.

In diesem Verbot manifestiert sich dasselbe wie im knappen, präzisen, ableitenden Duktus der Entscheidungsbegründung, nämlich, wie es der schon erwähnte französische Richter mir gegenüber ausdrückte, „*la position catholique*". Das Urteil ergeht als autoritative Offenbarung eines schon feststehenden Gültigen. Die Präsentation der richterlichen Entscheidung entspricht damit – wiederum: der Form nach – zugleich dem montesquieu'schen Postulat, dass der Richter nur „*la bouche de la loi*", der Mund des Gesetzes, sein, also nur aussprechen soll, was schon das Gesetz selbst besagt. Die Kultur äußerster Knappheit und Präzision der Urteilsgründe korrespondiert der Ablehnung eines „*gouvernement des juges*", einer

25 Supreme Court of Pakistan, District Bar Association, Rawalpindi and others v. Federation of Pakistan, vom 5.8.2015, PLD 2015 SC 401. Die Entscheidung war am 20.9.2018 auf der Gerichtswebseite unter <http://www.supremecourt.gov.pk/web/user_files/File/Const.P.12of2010.pdf> abrufbar. Dieser link ist inzwischen deaktiviert; s. stattdessen <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/caseLaw.xsp?documentId=6E4DCBAB2B307CE1C12581AD004FD725&action=openDocument&xp_countrySelected=PK&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=topic&SessionID=DXXUSTFWD8>, zuletzt aufgerufen am 18.12.2019.

26 Detaillierte Analyse bei *Weber*, Begründungsstil (Fn. 18), S. 111 ff.

27 Conseil d'Etat (Hrsg.), Groupe de Travail sur la Rédaction des Décisions de la Juridiction Administrative, Rapport (April 2012), <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/groupe-de-travail-sur-la-redaction-des-decisions-de-la-juridiction-administrative-rapport-final>, zuletzt aufgerufen am 18.12.2019, S. 38: „Elle traduit aussi … une conception du juge qui affirme plus qu'il ne justifie.".

28 So, allgemein zu den Anforderungen an die Begründung französischer Gerichtsurteile, *Ancel*, La rédaction (Fn. 21), S. 850.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Richterherrschaft, auch insofern, als sie gleichbedeutend ist mit strikter Unterdrückung von *obiter dicta*.[29] Darin liegt tatsächlich, nicht bloß der Form nach, ein wesentliches Element richterlicher Zurückhaltung.

Der französische Begründungsstil ist in anderen Jurisdiktionen kopiert worden, manchmal auch nur teilweise und ohne mit bestimmten Elementen der Form auch den Sinn zu übernehmen.[30]

Völlig anders stellt sich der traditionelle Begründungsstil im *common-law*-Rechtskreis dar. Hier erscheinen die Urteile ganz und gar als Menschenwerk. Die Richter äußern sich weitgehend individuell, ursprünglich eben sogar jeder einzeln, *seriatim*. Sie schreiben in der Ich-Form. Es gibt keinen bestimmten Usus für den Aufbau der richterlichen *opinion*.[31] In den bis heute oft als *speech(es)* bezeichneten Urteilen hat sich das oratorische Element des ursprünglich rein mündlichen Vortrags der richterlichen

---

29 Das bedeutet zwar nicht, dass nicht entgegen dem äußeren Anschein auch französische Richter rechtschöpferisch tätig würden (s. auch, zum internen Vorkommen teleologischer Argumente und zur Bedeutung publizierter informationsreicherer Begleitdokumente zur eigentlichen gerichtlichen Entscheidung, am Beispiel der Cour de Cassation *M. Lasser*, Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy, Oxford: Oxford University Press 2004, S. 27 ff., 166 ff.). Die französische Tradition nötigt sie aber dazu, das zu kaschieren (vgl. *H. Jung*, Richterbilder: Ein interkultureller Vergleich, Baden-Baden 2006, S. 152), und das hat restriktive Rückwirkungen auf die Neigung und die Möglichkeiten zur Kreativität und zum Ausgriff in die Domäne des Gesetzgebers.

30 So hat das indonesische Verfassungsgericht die Abfolge von „considerant-que"-Elementen, aber nicht ansatzweise zugleich den streng ableitenden Duktus übernommen, s. die Beschreibung bei *S. Butt*, The Constitutional Court and Democracy in Indonesia, Leiden/Boston: Brill 2015, S. 61 ff.

31 S. statt vieler *A. F. Rodger* [of Earlsferry; The Rt Hon Lord Rodger], The Form and Language of Judicial Opinions, Law Quarterly Review 118, 2002, S. 226 (227). Im Vereinigten Königreich entspricht dem das Fehlen einer Tradition der spezifischen, das Abfassen richterlicher Urteile betreffenden Ausbildung, ebd. S. 226 f. Das wiederum erklärt sich daraus, dass es in der Tradition des *common law* überhaupt keine spezielle akademische oder bürokratische Ausbildung für den Richterberuf gibt; Richter wird man nicht nach Abschluss einer Ausbildung, die die Befähigung zum Richteramt vermittelt und einen Teil der Absolventen direkt in solche Ämter – in Frankreich sogar teilweise unmittelbar in Spitzenämter der Justiz – führt, sondern traditionell durch Selektion in einer späteren Phase des, meist anwaltlichen, Berufslebens; s. für die Unterscheidung zwischen einem bürokratischen und einem professionellen Modell der Richterrekrutierung *J. Bell*, Judiciaries within Europe: A Comparative Review, Cambridge: Cambridge University Press 2006, S. 15, m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Einzelmeinungen[32] erhalten. Die Sprache ist oft farbig, der Stil manchmal so personenspezifisch, dass man den jeweiligen Verfasser auch unabhängig von der einleitenden namentlichen Nennung individualisieren könnte.[33] Die traditionelle richterliche *opinion* des *common law* kann, zumindest in ihren besten Hervorbringungen, ebenfalls als eine Kunstform betrachtet werden. Man spricht von einem „literarischen Schreibstil".[34] Tatsächlich verdanken berühmte Richter des *common-law*-Rechtskreises ihren Kultstatus häufig der Brillianz, der Schärfe, dem Witz ihrer Formulierungen, dem Schlagenden ihrer Beispiele und anderen Elementen ihrer Präsentationskunst.[35] Verglichen mit dem französischen *phrase-unique*-Urteil handelt es sich hier um eine entschieden nicht-akademische Kunst (im kunsthistorischen Sinn des Wortes „akademisch"), um eine deutlich modernere, subjektivere.

Mit dieser Charakterisierung verbinde ich kein Werturteil. Gerade für juristische Zwecke muss das Subjektivere nicht unbedingt das Geeignetere

---

32 Dazu und zu Veränderungen, die der allmähliche Übergang zu schriftlich abgefassten *opinions* zwangsläufig zur Folge hat, *Rodger*, The Form (Fn. 31), S. 229 ff.; Zur Tradition der Mündlichkeit im *common law* s. auch *M. D. Kirby*, Judicial Dissent – Common Law and Civil Law Traditions, Law Quarterly Review 123, 2007, S. 379 (384 ff.).

33 Näher *M. Andenas/D. Fairgrieve*, Simply a Matter of Style? Comparing Judicial Decisions, European Business Law Review 25, 2014, S. 361 (363 ff.).

34 *J. E. Kushal Murkens*, Verfassungsgerichtsbarkeit im Vereinigten Königreich, in: A. v. Bogdandy/C. Grabenwarter/P. Huber (Hrsg.), Ius Publicum Europaeum, Bd. VI, Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen, Heidelberg 2016, S. 795 (824), Rn 70. Die Individualität des Ausdrucks schließt vor allem unter den politisch polarisierten Verhältnissen, die in den USA herrschen, oft auch eine ausgeprägte Schärfe insbesondere bei den abweichenden Meinungen ein, s. dazu *P.M. Wald*, The Rhethoric of Results and the Results of Rhethoric: Judicial Writings, University of Chicago Law Review 62, 1995, S. 1371 (1382 ff., m.w.N.).

35 Daneben spielt traditionell u.a. die Kunst der Fragen in mündlichen Verhandlungen eine wichtige Rolle; zu Gründen der Wertschätzung individueller Richter s. *Rodger*, The Form (Fn. 31), S. 238 ff. Natürlich gibt es auch Fälle einer besonderen Prominenz und Verehrung, die an bestimmte Werthaltungen gebunden ist; sie wird einzelnen Richtern im angelsächsisch geprägten Rechtskreis vor allem dann zuteil, wenn entweder eine ausgeprägte rhetorische Kunstfertigkeit hinzukommt, wie im Fall von Antonin Scalia, oder wenn die jeweilige Werthaltung zusätzlich biographisch illustriert und beglaubigt ist, der Richter also in besonderem Maß als ganze Persönlichkeit für das steht, wofür er sich als Richter einsetzt oder eingesetzt hat – man denke etwa an Ruth Bader Ginsburg und ihren Einsatz für Frauenrechte in den USA oder an Albie Sachs, der schon vor der Berufung zum Richter seinen Einsatz gegen die Apartheid mit schweren Verletzungen durch ein Attentat bezahlt hatte, in Südafrika.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sein. Und selbst wenn die Charakterisierung von etwas als „modern" ohne Weiteres als Gütesiegel zu begreifen wäre: Gerade der individualistische Grundzug des Judizierens im *common-law* hat, so vergleichsweise modern er in der rein ästhetischen Betrachtung anmuten mag, seine Wurzeln nicht in der Moderne, sondern im archaischen rein mündlichen *seriatim*-Gerichtsbetrieb einer Zeit, die noch keine alphabetisierten Richter kannte. Den Vorzug dieser Tradition hat man stets in der Offenheit des durch derartige Entscheidungen konstituierten Rechts gesehen: Gerade dass übereinstimmende Ergebnisse von unterschiedlichen Richtern unterschiedlich begründet werden können – in früherer Zeit, als die Richter ihre Entscheidungen nur mündlich verkündeten und eine Verschriftlichung nur durch die *reports* externer Beobachter erfolgte, kam noch hinzu, dass unterschiedliche *reporter* über dieselben richterlichen *opinions* in unterschiedlichen Worten berichteten –, mildere die Rigidität eines eindeutigen Wortlauts, lenke die Aufmerksamkeit von bloßen Worten auf zugrundeliegenden Sinn und Zweck und verschaffe so die Flexibilität, die nötig ist, wo jede Entscheidung im Prinzip verbindliche Präzedenzwirkung hat.[36] Diese Flexibilität ist freilich nur die Kehrseite der besonderen Schwierigkeit der Bestimmung der tragenden Entscheidungsgründe, die die Multiplizität richterlicher Einzelmeinungen aufwirft. Sie ist gleichbedeutend mit häufiger Unbestimmtheit und infolgedessen oft mangelnder Orientierungsleistung gerade der höchstrichterlichen Entscheidungen, die doch Klärungsleistungen für das gesamte Rechtssystem erbringen sollten. Hier liegt der Grund für die seit langem wiederkehrenden Forderungen kollegialerer, einheitlicherer Entscheidungen und für die immer neuen Anläufe und den im *common-law*-Rechtskreis insgesamt sich abzeichnenden Trend in diese Richtung.[37]

Wie im französischen Fall die Affinität zur katholischen Tradition auffällt, so liegt auch im angelsächsischen ein Zusammenhang mit allgemeineren kulturellen Prägungen auf der Hand, in diesem Fall mit dem individualistischen, wettbewerblichen, auf Konfrontation der Gegensätze setzenden Grundzug der angelsächsischen institutionellen Kultur.

Zugleich ist die *common-law*-Kultur der Entscheidungsbegründung, zumindest in bestimmten Hinsichten, die deutlich weniger autoritäre: Ers-

---

36 *P. M. Tiersma*, The Textualization of Precedent, Loyola Law School, Legal Studies Paper No. 2007-28, April 2007, S. 1197, 1202, 1207 f., 1219, 1236 u. passim, m.w.N.

37 S. für das Vereinigte Königreich *Andenas/Fairgrieve*, Simply (Fn. 33), S. 363 ff.; zur allgemeineren Wegbewegung von der Reinform der seriatim-Entscheidung s.o. Text mit Fn. 3 f.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

tens macht sie keine Anstalten, im Interesse eines Anscheins der Alternativlosigkeit der gefundenen Lösung die Möglichkeit unterschiedlicher Auslegungen des geltenden Rechts zu verbergen. Zweitens zielt sie auf Allgemeinverständlichkeit und damit im Gegensatz zur französischen nicht nur auf Rechtfertigung gegenüber Rechtsexperten, sondern auf Rechtfertigung gegenüber jedermann.[38]

Auch im *common-law*-Rechtskreis gilt Knappheit der Begründung als Tugend. Der tatsächliche Trend geht allerdings hier wie überall zu längeren Entscheidungen.[39]

Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts als Kunstwerke aufzufassen, würde wohl niemandem einfallen. Von der eleganten extremen Konzision der französischen Urteile sind sie weit entfernt. Dass und warum sie auch die spezifischen stilistischen Qualitäten der brilliantesten höchstrichterlichen opinions des *common-law*-Rechtskreises nie erreichen, hat kürzlich ein junger amerikanischer Kollege ganz richtig auf den Punkt gebracht: Ihm sei gesagt worden, „*that the reason nothing fun ever gets into German judgments is that any time one justice enlivens a draft judgment with a striking formulation or a novel turn of phrase, another justice removes the offending article when the draft gets read in conference. Such, alas, are the perils of writing by committee*“. [40]

---

38 Zu diesem Unterschied auch *Bell*, Judiciaries (Fn. 31), S. 9 f., m.w.N. (zum französischen Begründungsstil ausführlicher dort S. 73 ff.); s. auch, auf weitere Verbesserung der Verständlichkeit für jedermann zielend, *M. Arden* [The Rt Hon Lady Justice Arden], Judgment Writing: Are shorter judgments achievable? Law Quarterly Review 128, 2012, S. 515 (517 f. u. passim).

39 S. für die Gerichte im Vereinigten Königreich *Arden*, Judgement Writing (Fn. 38), S. 515; für den australischen *High Court M. Groves/R. Smyth*, A Century of Judicial Style: Changing Patterns in Judgment Writing on the High Court 1903-2001, Federal Law Review 32, 2004, S. 255 ff., hier zitiert nach <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2004/11.html>, zuletzt aufgerufen am 3.2.2019 (ohne Seitenzählung, Zitierung nach Abschnittsüberschriften), Abschnitte „Length of High Court Judgments“ und „Conclusion“. Bei den Verfassungsgerichten der kontinentaleuropäischen Tradition sieht es nicht anders aus. Der erste Band der Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) enthielt auf 440 Seiten (ohne Richterliste und Register) 49 Entscheidungen. Im Band 106 aus dem Jahr 2003 waren es auf 378 Seiten 17 Entscheidungen. Der 2018 erschienene Band 146 enthält auf 375 Seiten nur noch sieben. Für Klagen über zu lange Entscheidungen s. auch *M. Aragón Reyes*, La deliberación en los tribunales constitucionales, Revista Española de Derecho Costitucional 112, 2018, S. 377–385 (382).

40 *J. Collings*, An American Perspective on the German Constitutional Court, in: A.B. Kaiser/N. Petersen/J. Saurer (Hrsg.), The U.S. Supreme Court and Contem-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

So ist es beim Bundesverfassungsgericht tatsächlich. In den gemeinsamen Leseberatungen, in denen die Richter anhand des Entwurfs des Berichterstatters die abschließende Textfassung der Senatsentscheidungen erarbeiten, wird prononciert Individuelles ausgeschieden. Ein exzeptionelles Entgegenkommen genoss im Zweiten Senat ein bayerischer Kollege, dem man, vielleicht als kleinen Tribut an seine verschmitzte bayerische Eigenwilligkeit, regelmäßig die außerhalb Bayerns ungewöhnliche Formulierung durchgehen ließ, etwas liege „nicht inmitten" (liege nicht vor, spiele keine Rolle). In aller Regel achten die Senate darauf, dass, ganz besonders bei den rechtlichen Obersätzen, soweit wie möglich die hergebrachten Formulierungen verwendet werden, damit nicht Abweichungen in der Formulierung Spekulationen über damit beabsichtigte inhaltliche Änderungen der Rechtsprechung aufwerfen.

III. Gliederungselemente, Zitierweisen und sonstiges

Viele weitere Unterschiede in Form und Stil verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ließen sich nennen. Das betrifft die offizielle Benennung und andere kennzeichnende Elemente der Entscheidung, Invokationen der in Anspruch genommenen höchsten Legitimationsquelle oder andere pathetische Formeln und den Aufbau – Gliederungselemente und deren Kennzeichnung –, Üblichkeiten und Unüblichkeiten der Bezugnahme auf Rechtsprechung und Literatur, Unterschriften, erkennbare Autorschaften[41] und mehr. Das alles darzustellen und zu interpretieren, fehlt hier der Raum. Es soll deshalb nur an einigen Beispielen illustriert werden, dass es sich auch hier meist nicht um bloße Formalien ohne tiefere Bedeutung handelt.

Für Eingangsformeln wie das „Im Namen des Volkes", mit dem die Urteile des Bundesverfassungsgerichts überschrieben wird, liegt das auf der Hand. Es ist eben nicht dasselbe, ob man Recht im Namen des Volkes oder, beispielsweise, „in the name of HM King Abdullah II Bin Al-Hussein"[42] spricht, und es wäre sehr verwunderlich, wenn der Unterschied sich in der Formulierung dieser Zeile erschöpfte.

---

porary Constitutional Law: The Obama Era and Its Legacy, Baden-Baden 2018, S. 273 (284).

41 Zur Frage der erkennbaren Autorschaft s. bereits oben Text mit Fn. 5.

42 The Constitutional Court of Jordan, Ruling No. 4 for 2013, v. 28.8.2013, <http://www.cco.gov.jo/Portals/0/RulingNo.4For2013.pdf?ver=2015-10-14-102800-000>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019. Die Berufung auf den Monarchen als Legitima-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Ob etwa ein einzelner, namentlich benannter Richter als Autor der Entscheidung auftritt, wie im *common-law*-Rechtskreis nach wie vor weitgehend – wenn auch mit rückläufiger Tendenz – üblich, hängt eng mit dem weiter oben schon besprochenen Grundverständnis der Entscheidung als im Extremfall aus *seriatim* aufgelisteten Einzelmeinungen zusammengesetztes oder als kollegiales, kooperativ zu erarbeitendes Produkt zusammen. Ebenso die Unterschriftssitten: Verfassungsgerichtsurteile in der *per-curiam*-Tradition tragen typischerweise die Unterschriften aller Richter, gleich ob sie der Entscheidung zugestimmt haben oder nicht, oder die des das Gericht nach außen auch sonst vertretenden Präsidenten (selbst wenn dieser gegen die Entscheidung gestimmt hat), manchmal zusätzlich auch die des Generalsekretärs oder des Berichterstatters. Die Unterschrift dokumentiert hier die Beteiligung an der Entscheidungsfindung in dem Kollegium, das die nunmehr gültige und zu respektierende Entscheidung getroffen hat, und kann auch als Bezeugung der von der jeweils individuellen Meinung gerade nicht abhängigen Gültigkeit verstanden werden. Im *common-law*-Rechtskreis bedeutet eine etwaige richterliche Unterschrift dagegen Autorschaft oder Einverständnis mit der Entscheidung. Die Unterschriftssitten der kollegialen Entscheidungstradition wirken, von diesem Verständnis ausgehend, wie eine Falschbeurkundung.

Selbstverständnisse und Aufgabenverständnisse drücken sich auch darin aus, ob Entscheidungsbegründungen auf frühere eigene Rechtsprechung, auf Rechtsprechung anderer Gerichte, und auf rechtswissenschaftliche Literatur rekurrieren oder gerade nicht. Wo zum Beispiel selbst das Zitieren früherer eigener Rechtsprechung verpönt ist oder war, handelt es sich um die symbolische Behauptung, dass allein das Gesetz entscheide.[43] In vorhandener oder verweigerter sichtbarer Auseinandersetzung mit Rechtspre-

---

tionsquelle findet sich hier nicht als Eingangsformel, sondern am Schluss vor den Unterschriften der Richter. Interessant ist hier auch, dass die Richter in dieser Unterfertigung als „President (Name)", „Member (Name)" oder „Dissenting Member (Name)" geführt werden. Ähnlich erscheinen z.B. auch bei der argentinischen *Corte Suprema de la Nación* die Unterschriften der Richter, die die Mehrheitsmeinung des Gerichts nicht mittragen, mit dem Zusatz „(en disidencia)"; Beispiele unter <https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=iniciar>, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019.

43 Bei den französischen Höchstgerichten zum Beispiel ist selbst das Zitieren früherer eigener Rechtsprechung verpönt; s. auch *Weber*, Begründungsstil (Fn. 18), S. 88 f. Bei einem der Verfassungsgerichte der Frankophonie, das diese Sitte imitiert, führt man zur Begründung aus, die Fälle müssten anhand der gesetzlichen Bestimmungen und nicht anhand systematischer Bezugnahme auf eigene Rechtsprechung entschieden werden, s. Cour constitutionnelle du Gabon 2019 (Fn.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

chung und wissenschaftlicher, vor allem rechtswissenschaftlicher Literatur[44] und der darin „herrschenden Meinung" bekunden sich darüber hinaus auch Hierarchie- und Dominanzverhältnisse und -ansprüche, Selbstherrlichkeiten oder umgekehrt Rationalitätsansprüche und das Bestreben, Selbstherrlichkeit oder den Anschein davon durch Rückbindungen möglichst zu vermeiden. Auf- oder Abwertungsinteressen spielen besonders deutlich in dem Streit darüber eine Rolle, ob Gerichtsentscheidungen auch auf die Judikatur ausländischer Gerichte Bezug nehmen sollten.[45]

---

23), S. 304. Auch beim finnischen Obersten Verwaltungsgericht hat man früher gerade auf das Zitieren eigener Entscheidungen verzichtet, um nicht den Eindruck zu erwecken, als halte man die eigenen Entscheidungen für eine Rechtsquelle (Auskunft eines Richters des finnischen *Supreme Administrative Court*). Zur französischen Sitte s. *Cuniberti*, Grands systèmes (Fn. 24), S. 58, Rn. 95.

44 Die italienische *Corte Costituzionale* z.B. pflegt nicht bestimmte Autoren und Werke zu zitieren, sondern nur vereinzelt allgemein auf „die Lehre" (*la dottrina*) Bezug zu nehmen, s. *R. Bifulco/D. Paris*, Der italienische Verfassungsgerichtshof, in: Bogdandy/Grabenwarter/Huber (Hrsg.) (Fn. 34), § 100, S. 271 (321), Rn. 114. Das spanische *Tribunal Constitucional* gehört, wie der belgische Verfassungsgerichtshof, zu den Verfassungsgerichten, die Literaturmeinungen grundsätzlich nie zitieren. Richter des *Tribunal Constitucional* begründen das damit, dass das Gericht genug Autorität habe, um eigene *doctrina* zu entwickeln, statt sich auf die in der Literatur entwickelte zu stützen, s. *A.R. do Vale*, La deliberación en los tribunales constitucionales, Madrid 2017, S. 100. In Kanada hat in der Vergangenheit ein *Chief Justice* des *Supreme Court* sogar den vor dem Gericht auftretenden Anwälten das Zitieren von Literaturmeinungen verboten, *E. McWhinney*, Judicial Concurrences and Dissents: A Comparative View of Opinion-writing in Final Appellate Tribunals, The Canadian Bar Review 31, 1953, S. 595 (620); inzwischen gelten diese aber als sekundäre Rechtsquelle und dementsprechend zitierbar, s. *Cour* suprême *du Canada*, Réponses au questionnaire, in: Association des Cours Constitutionnelles Francophones (ACCF), Bulletin nº 13, Avril 2019, Actes de la conférence organisée pour le 20e anniversaire de l`ACCPUF, novembre 2017, S. 249–263 (258), < https://cdn.accf-francophonie.org/2019/06/bulletin-13-reponses-canada.pdf >, zuletzt aufgerufen am 22.12.2019. Beim britischen *Supreme Court* sind Zitate aus der Literatur recht selten. Beim *US Supreme Court* ist in den zurückliegenden Jahrzehnten die Heranziehung juristischer Literatur erheblich zurückgegangen; dafür werden sowohl mittelbare Auswirkungen politischer Polarisierung verantwortlich gemacht als auch der Umstand, dass die akademische Jurisprudenz sich immer weniger mit dem klassisch-rechtsdogmatischen Auslegungsgeschäft und immer mehr mit Dekonstruktivem und mit abstrakten Theoriebildungen befasse, s. *H. Schweber/J. I. Brookhart*, The Supreme Court of the United States, in: A. v. Jakab/A. Dyevre/G. Itzcovich (Hrsg.), Comparative constitutional reasoning, Cambridge: Cambridge University Press 2017, S. 723 (723; vgl. auch S. 744).

45 Zu diesem besonders heftig in den USA geführten Streit – es gab sogar einen Gesetzentwurf, mit dem das Zitieren fremder Urteile verboten werden sollte – statt

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Was den Aufbau angeht, unterstreicht etwa das französische Modell des Voranschreitens von dargelegten Rechtsprämissen zum Ergebnis, das erst ganz am Ende präsentiert wird, symbolisch den behaupteten rein deduktiven Charakter der Entscheidungsfindung,[46] während Urteile, die, wie beim Bundesverfassungsgericht, mit dem Tenor beginnen, sich eher an praktischen Informationsbedarfsprioriäten orientieren. Technische Details wie das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Gliederungen, Zwischenüberschriften und Randziffern sagen, *ceteris paribus*, zumindest etwas darüber aus, wie nutzergerecht und damit gemeinwohlorientiert das jeweilige Gericht in der jeweiligen Hinsicht operiert, und nicht selten mag das ein Hinweis auf allgemeinere Orientierungen sein.[47]

Den bundesverfassungsgerichtlichen Usus, jeweils in einem gesonderten Entscheidungsabschnitt anhand der bisherigen Rechtsprechung die abstrakten „Maßstäbe" darzulegen, die der Entscheidung des konkreten Falles zugrundezulegen sind, hat man als Ausdruck der Verselbständigung

---

vieler *U. Sacksofsky*, „Große Richter"? Vergleichende Beobachtungen zum Tod von Antonin Scalia, in: JöR 65, 2017, S. 743 (752 f.), m.w.N. Nach einer im Jahr 2019 veröffentlichten Auskunft von Jean Spreutels, bis 2018 Präsident des belgischen Verfassungsgerichts, hat dieses Gericht Rechtsprechung aus anderen Staaten sogar bislang noch in keinem einzigen Fall zitiert, *J. Spreutels*, La motivation des arrêts de la Cour constitutionnelle de Belgique, in: Bulletin nº 13, Avril 2019, Actes de la conférence organisée pour le 20e anniversaire de l`ACCPUF, novembre 2017, <https://cdn.accf-francophonie.org/2019/06/bulletin-13-tab-2-belgique.pdf>, S. 63 (68; sehr wohl wird dagegen die Rechtsprechung der transnationalen Gerichte zitiert, ebd. S. 67, 68), zuletzt aufgerufen am 22.12.2019. In Deutschland sind rechtsvergleichende Betrachtungen wenig umstritten; zur Praxis des Bundesverfassungsgerichts s. *S. Graf Kielmansegg*, Foreign Precedents in Constitutional Litigation, in: M. Schmidt-Kessel (Hrsg.), German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law, Tübingen 2014, S. 643 ff.; *S. Martini*, Lifting the Constitutional Curtain? The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court, in: T. Groppi/M.-C. Ponthoreau (Hrsg.), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, Portland: Hart Publishing 2013, S. 229 (in diesem Band auch Berichte zu zahlreichen weiteren Verfassungsgerichten).

46 Zum rein symbolischen Charakter dieses Duktus, während die vorgebliche Ableitung tatsächlich äußerst lückenhaft bleibt, s. die treffenden Urteilsanalysen bei *Weber*, Begründungsstil (Fn. 18), S. 104 ff.

47 *R. A. Posner*, Judges' Writing Styles (And Do they Matter)? University of Chicago Law Review 62, 1995, S. 1421 (1427), sieht in der Abwesenheit von Gliederungsüberschriften – wie in der Abwesenheit von Fußnoten – einen Verzicht auf hohen Ton, denn es handele sich um Annäherungen an das mündliche Sprechen; bei Posner auch Überlegungen dazu, was den Ton einer Entscheidung hebt oder – in einem nicht pejorativ gemeinten Sinn – senkt.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

der Verfassungsgerichtsbarkeit zu einer „maßstabsetzenden Gewalt" interpretiert, die sich vom für die richterliche Funktion und deren Legitimität konstitutiven Bezug auf den konkreten Streitfall tendenziell emanzipiere.[48] Mir scheint dagegen, dass die Darlegung der Maßstäbe, d.h. die Ausformulierung der Regeln, nach denen entschieden wird, gerade eine wesentliche, rechtsstaatsgemäße Eigenheit der Rechtsprechung zur Geltung bringt, nämlich dass sie *nach Regeln* erfolgt. Die müssen, soweit nicht schon in der Verfassung und den Gesetzen hinreichend determinationskräftig ausgesprochen, zunächst mit den üblichen Methoden der Auslegung entwickelt werden. Darin, dass das geschieht, das Rechtsproblem also *verregelt* und nicht einfach der konkrete Fall *ad hoc* irgendwie entschieden wird, und in der Maßstäblichkeit der entwickelten Regeln auch für künftige Fälle liegt gerade ein wesentliches Element des vor Willkür schützenden Charakters rechtsstaatlicher Justiz.[49] Ob die Maßstabsbildung immer mit einem ausreichenden Maß an richterlicher Zurückhaltung erfolgt, steht auf einem anderen Blatt und hängt nicht notwendigerweise davon ab, ob sie in einem gesonderten Abschnitt erfolgt.

IV. Form, Stil und Substanz

Unterschiede in Form und Stil von Gerichtsurteilen gehen mit Unterschieden von typischerweise substanzieller Bedeutung einher. Individuell oder gemeinsam, autoritativ-dekretierend oder diskursiv-begründend, im Duktus des logisch Abgeleiteten oder die Schwierigkeiten der Rechtskonkretisierung verdeutlichend, mehr systematisierend und verallgemeinernd oder mehr topisch-einzelfallbezogen, nutzerorientiert oder in souveräner Missachtung von Nutzerinteressen formuliert und gegliedert, vom Präsidenten, vom Berichterstatter, auch von einem Mitarbeiter, oder von allen Richtern unterfertigt – alle diese und andere Alternativen im Stil gerichtlicher Ent-

48 *O. Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Frankfurt a. M. 2011, S. 159 (168 ff.); kritisch auch *Weber*, Begründungsstil (Fn. 18), S. 130 ff.

49 Zum Gesichtspunkt des „*interpretive committment*" durch judizielle Rechtsauslegung s. auch *E. Schürmann*, Vorstellen und Darstellen. Szenen einer medienanthropologischen Theorie des Geistes, München 2018, S. 182 f., m.w.N. Zu Konstellationen, in denen ausnahmsweise gerade Nichtverregelung das Mittel der Wahl sein kann, *G. Lübbe-Wolff*, Das Dilemma des Rechts. Über Strenge, Milde und Fortschritt im Recht, Basel: Schwabe Verlag 2017, S. 33, 43 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

scheidungen sind den Entscheidungen in der Regel nicht bloß äußerlich, sondern symbolisieren etwas Substantielles. Sie sagen etwas aus über das Zustandekommen der Entscheidung, über den Geist, im dem gearbeitet wird, und damit über Faktoren, die auch für die inhaltlichen Ergebnisse der Spruchtätigkeit und deren Funktionalität nicht gleichgültig sind. Das bedeutet allerdings nicht, dass schon Änderungen im Stil genügten, um zu Änderungen auch in der Substanz zu gelangen. Der in den Kulturwissenschaften verbreitete Voodoo-Glaube, dass schon mit Operationen an Symbolen, Zeichen, Namen eine Änderung in der Substanz des Symbolisierten, Bezeichneten, Benannten zu bewirken sei, ist in Bezug auf die Rechtsprechung so verfehlt wie sonst.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Über die Form des Rechts

Dietmar von der Pfordten

Kurzzusammenfassung

Das Recht tritt, so die zentrale, im vorliegenden Aufsatz entfaltete These, nicht nur wirklich, sondern sogar notwendig in allen seinen einzelnen Rechtsakten in einer zusätzlichen Form auf. Während Brauch, Moral, Politik und andere Sozialgebilde auch in Form des einfachen Denkens und Sprechens vorkommen können, ist das beim Recht in keinem seiner einzelnen Akte möglich. Allerdings ist mit dieser These der Notwendigkeit der zusätzlichen Form des Rechts nicht gemeint, dass das Recht eine eigentümliche, also spezifische Form hat, die ausschließlich dem Recht zukommt. Das Recht kann alle möglichen Formen als notwendige zusätzliche Form annehmen, welche prinzipiell auch alle anderen Sozialgebilde haben können, z.B. Schriftlichkeit, Veröffentlichung, Zustellung usw. Die Differenz zu nichtrechtlichen Sozialgebilden liegt also nicht in einer einzigen eigentümlichen Form, welche als solche exklusiv dem Recht zukommt. Die Differenz liegt vielmehr in der Notwendigkeit eines formalen Plus, einer additiven Form gegenüber der immer schon erforderlichen Grundform allen Denkens und Sprechens.

Das Recht begegnet uns in vielfältigen Formen: Gerichtsurteile werden verkündet, Gesetze veröffentlicht, Verwaltungsakte bekanntgegeben, Verfassungen proklamiert, Testamente handschriftlich abgefasst, Verkäufe von Grundstücken notariell beurkundet, Vollstreckungsanordnungen zugestellt, Verträge durch übereinstimmende Willenserklärungen geschlossen usw. Beim Recht treten diese vielfältigen Formen *zu* der schon immer erforderlichen Form allen Denkens und Sprechens *hinzu*. Dabei ist das Ausmaß dieser *zusätzlichen Form des Rechts* variabel. Die zusätzliche Form des Rechts war in früheren Zeiten und Kulturen ab einem gewissen Zeitpunkt der Rechtsentwicklung – so kann man vermuten – sogar noch ausgeprä-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ter als heute.[1] Im römischen Recht mussten etwa Klagen mit genau festgelegten Formeln vorgebracht werden.[2]

Allerdings können auch andere Arten von Sozialgebilden, etwa der Brauch, die Moral oder die Politik eine solche *zusätzliche Form* aufweisen. Diese ist jedoch vielfach – so kann man vielleicht vermuten – nur eine *wirkliche*, *keine notwendige* zusätzliche Form. Sie unterscheidet sich dann in fundamentaler, nämlich *modaler* Art und Weise von der zusätzlichen Form des Rechts. Das Recht tritt dagegen – so die zentrale, hier entfaltete These – *nicht nur wirklich, sondern sogar notwendig in allen seinen einzelnen Rechtsakten in einer solchen zusätzlichen Form auf*. Während andere Sozialgebilde auch in Form des einfachen Denkens und Sprechens vorkommen können, ist das beim Recht in keinem seiner einzelnen selbständig regelnden Akte möglich.[3] Das Recht *muss* eine zusätzliche Form haben.

Zu betonen ist allerdings, dass mit dieser These der Notwendigkeit der zusätzlichen Form des Rechts nicht gemeint ist, dass das Recht *eine eigentümliche, also spezifische Form haben muss*, die *ausschließlich* dem Recht zu-

---

1 Jedenfalls zeigen sich in frühen Rechtskulturen Verbindungen zwischen rechtlichen Formvorschriften und ritualisierten religiösen Handlungen: beispielhaft für das antike griechische Recht: *H. Barta*, „Graeca non leguntur"? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland, Bd. 1, Wiesbaden 2010, S. 239–242, 293, 298 f.; für das römische Recht: *F. Schwind*, Römisches Recht I. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts, Berlin 1950, S. 40 f.; *W. Waldstein/J. M. Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl., München 2014, S. 147; zum frühmittelalterlichen Recht: *G. Dilcher*, Frühmittelalterliche Studien 2007, S. 297–316, (311 f.); *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Tübingen 1985, S. 816 hat konstatiert: „Wie alle primitiven Prozesse war auch der altgermanische ein streng formales Verfahren." Vgl. zu einer differenzierteren Analyse verschiedener Grade der Formalität im römischen Recht: *O. Behrends*, Formality and Substance in Classical Roman Law, in: W. Krawietz/N. MacCormick/G. H. v. Wright (Hrsg.), Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers, Berlin 1994, S. 207–223. Ich danke Georgios Karageorgoudis und Maximilian Schulz für ihre Unterstützung bei der Verfertigung dieses Aufsatzes.

2 *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte (Fn. 1), S. 142; *Schwind*, Römisches Recht (Fn. 1), S. 40.

3 Bei der Religion könnte man etwa erwägen, ob sie nicht Rituale und damit wie das Recht eine zusätzliche Form immer zur notwendigen Voraussetzung hat. Und das erklärt vielleicht auch den historisch wie sachlich engen Zusammenhang von Recht und Religion. Aber etwa der Zen-Buddhismus wendet sich ausdrücklich gegen die Festlegung von Ritualen. Es kann also vielleicht sehr innerlichkeitsorientierte Arten der Religion ohne notwendige Rituale und damit ohne notwendige zusätzliche Form geben. Da diese Frage die Kompetenz des Autors übersteigt, muss sie offen bleiben.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

kommt. Das Recht kann vielmehr alle möglichen Formen als *notwendige zusätzliche Form* annehmen, welche prinzipiell auch alle anderen Sozialgebilde annehmen können, z.B. Schriftlichkeit, Handschriftlichkeit, Unterschrift, notarielle Beurkundung, Veröffentlichung, Bekanntgabe, Zustellung, Übergabe, Verkündung, Proklamation, Besiegelung, Abschluss vor einem Beamten, Verknüpfung mit einer religiösen Handlung, spezifische Verfahren usw. Die Differenz zu nichtrechtlichen Sozialgebilden liegt also *nicht in einer einzigen eigentümlichen Form*, welche als solche exklusiv dem Recht zukommt, wie vielleicht eine bestimmte religiöse Formel ausschließlich für eine religiöse Handlung, etwa ein Gebet zu Gott, eingesetzt werden kann. Die Differenz liegt vielmehr in der *Notwendigkeit eines formalen Plus*, einer *additiven Form* gegenüber der immer schon erforderlichen Grundform allen Denkens und Sprechens. Identifizieren wir eine einzelne soziale Handlung als Rechtsakt, so können und müssen wir diese soziale Handlung notwendig (auch) im Hinblick auf ihr formales Plus, ihre additive Form als Rechtsakt identifizieren. Welche spezifische Gestalt diese additive Form des Rechts hat, ist jedoch nicht generell, das heißt für jeden Einzelakt festgelegt. Alle möglichen Formen kommen in Betracht.

Wie lässt sich die notwendige zusätzliche Form des Rechts genauer verstehen? Dies soll in einem einleitenden Abschnitt erklärt werden (I.). Dann werden drei Arten der Rechtfertigung der These von der Notwendigkeit der zusätzlichen Form des Rechts in drei Abschnitten in der Reihenfolge zunehmender Stärke entfaltet: Eine relativ schwache Plausibilisierung ergibt sich durch die *Vertretung der These seitens der Wissenschaft ohne erkennbare Gegenstimmen*. Diese wird zunächst kurz erwähnt (II.). Aber Wissenschaftler können natürlich irren. Dieser Abschnitt dient auch dazu, den Stand der Forschung zumindest partiell zu erwähnen. Eine weitere, schon etwas stärkere Begründung liegt in einer *historischen Stützung der These* durch den Verweis auf die *tatsächliche Wirklichkeit* der zusätzlichen Form des Rechts (III.). Allerdings kann hier natürlich nur ein kleiner Ausschnitt dieser Wirklichkeit berücksichtigt und erwähnt werden. Und selbst wenn die Erwähnung vollständig möglich wäre, würde gelten: Durch die Darstellung der Wirklichkeit kann die Notwendigkeit der zusätzlichen Form des Rechts nicht erwiesen werden. Aus der Wirklichkeit ist kein logisch gültiger Schluss auf die Notwendigkeit möglich. Eine ausnahmslose Wirklichkeit eines Phänomens kann nur ein Indiz für seine Notwendigkeit sein. Nach der Beobachtung vieler weißer Schwäne kann bei nächster Gelegenheit ein schwarzer Schwan auftauchen. Die stärkste Begründung der Notwendigkeit einer zusätzlichen Form des Rechts kann erst in einem letzten Schritt versucht werden (IV.). In diesem letzten Schritt soll gezeigt werden, dass die Trennung des Rechts von anderen Sozialgebilden, insbe-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sondere von der Politik, schon *begrifflich* nur durch die notwendige zusätzliche Form im Verbund mit weiteren notwendigen Eigenschaften erfolgen kann, da der *Begriff des Rechts* auf Sozialgebilde mit einer derart notwendigen zusätzlichen Form sowie weiteren notwendigen Eigenschaften beschränkt ist. Weil die historische Trennung des Rechts von diesen anderen Sozialgebilden und die begriffliche Differenzierung unter anderem über das Kriterium der Notwendigkeit der zusätzlichen Form stattgefunden haben, so ist die zusätzliche Form des Rechts ein Merkmal des Rechtsbegriffs. Damit stellt sie eine *begriffliche Notwendigkeit* jedes Verständnisses des Rechtsbegriffs dar.

Bevor der Versuch unternommen wird, die These der Notwendigkeit der zusätzlichen Form des Rechts in allen einzelnen Rechtsakten zu begründen, muss betont werden, dass diese These keinerlei Parteinahme im Streit um die Theorie des sogenannten *Formalismus* oder *Antiformalismus* impliziert.[4] Die These der Notwendigkeit der zusätzlichen Form bedeutet weder, dass Gerichtsurteile immer von abstrakten Regelungen abhängen, noch das Gegenteil. Sie darf auch nicht so verstanden werden, dass Gerichtsurteile nur über die Bezugnahme auf ihre Form ohne Rücksicht auf ihren Inhalt identifizierbar sind, noch, dass sie es nicht sind, noch irgendeine andere mögliche Interpretation des Formalismus.[5] Die These der Notwendigkeit der zusätzlichen Form ist auch eindeutig von der Beschreibung des Faktums der *Formalität* im Sinne einer *gesteigerten Förmlichkeit* mancher Arten des Rechts zu unterscheiden. Welche gesteigerte Förmlichkeit das Recht in wie starkem Maße in unterschiedlichen Zeiten und Kulturen annahm und annimmt, ist zufällig und nicht notwendig. Schließlich ist die These der Notwendigkeit der zusätzlichen Form auch von der Differenzierung zwischen *formalen* und *materialen Gründen* bzw. *formalem* und *materialem Denken* zu unterscheiden, wie sie in verschiedenen Rechtsord-

4 Vgl. zu diesem: *H. L. A. Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. Oxford: Clarendon 1994, S. 124–154.

5 Vgl. zu verschiedenen möglichen Interpretationen des Formalismus: *M. Stone*, Formalism, in: J. Coleman/S. Shapiro (Hrsg.), The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, Oxford: Oxford University Press 2002, S. 166–205 (v. a. S. 170 ff.); zu einer sozialliberalen Interpretation des Formalismus im Sinne der Rückführung auf demokratisch legitimierte Regeln siehe: *D. Kennedy*, Legal Formality, Journal of Legal Studies 2, 1973, S. 351–398. Zum Formalismus Jherings: *A. Somek*, Legal Formality and Freedom of Choice. A Moral Perspective on Jhering's Constructivism, Ratio Juris 15, 2002, S. 52–62.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

nungen unterschiedlich auftreten mögen, etwa im englischen Recht mehr formale Gründe, im amerikanischen Recht mehr materiale Gründe.[6]

I. Was ist die zusätzliche Form des Rechts?

Um die zusätzliche Form des Rechts besser verstehen zu können, muss man sich fragen, was die Form eines Gegenstandes überhaupt ist. Zunächst ist einsichtig, dass die Form in einer dualen *Beziehung* von *Form* und *Stoff* (*Materie*, *Inhalt*) steht. Diese duale Beziehung ist seit der Antike als Verhältnis von *morphe* und *hyle* bekannt.[7] Ein einzelner Stein besteht etwa aus Molekülen als Stoff und hat eine bestimmte Form. Mehrere, herumliegende Steine als Stoff haben die Form eines Haufens. Die herumliegenden Steine können durch die Errichtung z.B. eines Hauses eine neue Form als Bau, genauer als Hausbau, erhalten. Diese Form ist eine *Einheit zusätzlicher Eigenschaften*, welche mit dem Stoff als bloßer Einheit der Dinge verbunden ist, bzw. in unserem Beispiel verbunden wird, etwa beim Bau eines Hauses die spezifische, räumliche Zusammensetzung der Steine in Form eines geschlossenen, innen hohlen geometrischen Körpers, um in dem Haus wohnen zu können. Fasst man dies allgemeiner und nicht nur räumlich, so kann man die Form folgendermaßen definieren: *Die Form ist die Einheit zusätzlicher Eigenschaften, welche mit der Materie bzw. dem Inhalt als Einheit des Dings bzw. der Dinge verbunden ist*. Im Falle des Rechts handelt es sich bei der Form um die *Einheit zusätzlicher Eigenschaften* seines *geistigen* und *sprachlichen Inhalts*, nämlich seiner Begriffe und Gedanken sowie seiner Verpflichtungen, Wertungen, Beschreibungen, wobei diese zusätzliche Form über die immer schon notwendige Form einfachen Denkens und Sprechens hinausgeht. Einzelne Begriffe, Gedanken, Verpflichtungen, Wertungen, Beschreibungen, Definitionen usw. werden beim Recht bewusst zu einer zweckhaften Einheit verbunden, welche die Einheit jedes Denkens und jeder Äußerung übersteigt. Die zusätzliche Form des Rechts stellt eine *zusätzliche Art der Äußerung dar*, *die zumindest zeitweise auch sinnlich wahrnehmbar ist*, etwa die zusätzliche Äußerung der Urteilsverkündung, die Veröffentlichung eines Gesetzes, die schriftlichen Bekanntgabe eines Verwaltungsakts, die Förmlichkeit des Vertragsschlusses,

---

6 Vgl. zum stärker formalen englischen und stärker materialen amerikanischen Recht: *P. S. Atiyah*/*R. S. Summers*, Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions, Oxford: Oxford University Press 1987, S. 11 ff.

7 *Aristoteles*, Metaphysik, 1015a5, 1023a32.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

die Feststellung des Gewohnheitsrechts, die Proklamation der Verfassung usw. Wie oben erwähnt, ist diese zusätzliche Form des Rechts in ihrer Konkretisierung keine dem Recht eigentümliche Form. Sie ist aber auch nicht völlig beliebig, sondern eine Art der Äußerung, welche wenigstens zeitweise auch sinnlich wahrnehmbar ist.

Eine Art der zusätzlichen Form des Rechts sind auch spezifische, nicht bloß gedankliche, sondern auch mit Äußerungen verbundene *Verfahren* bzw. *Prozeduren*, etwa der Strafprozess, der Zivilprozess, das Verwaltungsverfahren zum Erlass eines Verwaltungsakts, das Gesetzgebungs- und Veröffentlichungsverfahren zur Erzeugung eines Gesetzes usw.[8] Diese zusätzlichen Prozeduren bilden schon unabhängig von allen Durchführungsregeln allein dann eine zusätzliche Einheit der Form, wenn sie einen festgelegten Beginn und ein festgelegtes Ende haben, etwa im deutschen Strafverfahren nach § 203 StPO den Eröffnungsbeschluss und nach § 260 StPO die Verkündung des Urteils. Einzelne zusätzliche Formen des Rechts können so zu mehrstufigen Formgebilden verbunden werden, etwa einzelne Verfahrensakte, wie der Eröffnungsbeschluss, der Beweisbeschluss, die Verkündung des Urteils usw. zur gesamten zusätzlichen Form eines Strafverfahrens.

Das Recht kann auf verschiedenen Abstraktionsebenen betrachtet werden. Die Notwendigkeit der zusätzlichen Form des Rechts gilt nicht nur für das Recht als Ganzes sowie für einzelne größere Arten des Rechts auf der Makroebene – wie die einzelnen Rechtsordnungen (wenn vielleicht auch nur summativ). Sie gilt auch auf einer *konkreten Ebene der einzelnen rechtlich bedeutungsvollen Rechtsakte*, also für einzelne Gesetze, Verwaltungsnormen, Feststellungen des Gewohnheitsrechts, Verfassungsregelungen sowie für Verträge. Rechtsverbindliche Verträge hatten in früheren Rechtsordnungen häufig eine gewisse Form zu wahren, etwa mit einem Handschlag abgeschlossen zu werden.[9] Zur Erleichterung des Rechtsverkehrs erlauben moderne, liberale Gesetze wie das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch heute in vielen Fällen einen scheinbar „formlosen" Vertragsschluss. Dann ist zwar keine schriftliche Abfassung bzw. keine zeremonielle Beglaubigung der Vertragseinigung mehr notwendig, aber es muss immerhin *übereinstimmende Willenserklärungen* geben, also das Formerfordernis der äußeren, konsensualen „Erklärung" im Zusammenhang mit einem

8 Vgl. für den Strafprozess etwa *T. F. Schweiger*, Prozedurales Strafrecht. Zur Bedeutung von Verfahren und Form im Strafrecht, Baden-Baden 2018.

9 *J. Herrmann*, Die persönlichen Sicherungen im griechischen Recht, in: G. Schiemann (Hrsg.), Johannes Herrmann. Kleine Schriften zur Rechtsgeschichte, München 1990, S. 94–124 (100).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

übereinstimmenden Willen und einer ihrerseits formalen gesetzlichen Regelung. Die Willenserklärung ist dabei jeweils eine „Geltungserklärung", ein „bestimmender Akt". Bereits jede einzelne Willenserklärung hat also schon eine zusätzliche Form.[10] Diese zusätzliche Form liegt in der Verbindung von – in Spezialfällen nur fingiertem – Rechtswillen und rechtlicher Geltungserklärung, welche in der einfachen Kommunikation nicht bestehen, etwa bei einem einfachen Versprechen.

Die Anforderung der Form gilt auch für das Gewohnheitsrecht, welches eine Feststellung und damit Fixierung in gerichtlichen, administrativen, parlamentarischen, gutachterlichen und sonstigen Äußerungen von Rechtsmeinungen voraussetzt. Die bloße Meinung (*opinio*) muss in der weitergehenden Rechtsmeinung (*opinio iuris*) als Voraussetzung des Gewohnheitsrechts ihre bestimmte Äußerungsform finden.[11]

Die zusätzliche Formhaftigkeit des Rechts wird auch dadurch beglaubigt, dass an Verstöße gegenüber Formerfordernissen regelmäßig eine bestimmte Folge geknüpft wird, welche das Recht in der Art einer Metanorm gegenüber den eigenen Normen selbst ausspricht. § 125 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches statuiert etwa: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge."[12]

II. Vertretung in der Wissenschaft

Die These von der Notwendigkeit der zusätzlichen Form ist für das Recht verschiedentlich behauptet worden, wenn auch meistens relativ vage und unpräzise, etwa von Rudolf v. Jhering: „Die Form … ist im innersten Wesen des Rechts begründet."[13] Ein zentraler Vertreter dieser These ist Robert S. Summers. Er definiert Form folgendermaßen: „My general definition of the overall form of a functional legal unit is that this form is the purposive

10 *M. Wolf/J. Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, S. 338 f.

11 Vgl. *F. Puchta*, Das Gewohnheitsrecht, Darmstadt 1965.

12 Vgl. zu § 125 BGB: *A. Haßfurter*, Form und Treue. Die Verhältnismäßigkeit von Formnichtigkeit und Formzweck, München 2016.

13 *R. v. Jhering*, Geist des Römischen Rechts. Auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. 2/2, Leipzig 1858, S. 479.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

systematic arrangement of the unit as a whole."[14] (Diese Definition wird unter V. noch näher diskutiert). Zu nennen ist etwa auch Stanley Fish, der mehrfach auf die besondere Form des Rechts hingewiesen hat.[15]

Jede Art des Rechts muss den Betroffenen, also vor allem den Verpflichteten, in irgendeiner Art und Weise bekannt sein oder bekannt werden, sonst können diese die jeweilige Regelung nicht in ihrem Handeln und Entscheiden berücksichtigen. So definiert bereits Thomas v. Aquin das Gesetz im weiteren Sinn, einschließlich des Welt- und Naturgesetzes, als eine „Anordnung der Vernunft für das Gemeinwohl, erlassen und bekanntgegeben von dem, der die Sorge für die Gemeinschaft innehat" („…quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata.")[16] Für positiv-rechtliche Gesetze als abstrakt-generelle Regelungen, welche sich an einen offenen, unbestimmten Adressatenkreis wenden, ist nicht nur die Bekanntgabe, sondern sogar die *Veröffentlichung*, also die personal unbeschränkte Bekanntgabe, unabdingbar. Auch Lon Fuller sieht die Veröffentlichung der Gesetze als notwendig an.[17]

III. *Skizze einer historischen Stützung und Präzisierung, wie die Form des Rechts zu verstehen ist*

Das jüdische Gesetz wurde nach der Bibel auf dem Berg Sinai von Gott Mose in mehreren Schritten verkündet, bis hin zur zweimaligen Beschriftung der beiden steinernen Tafeln der Bundesurkunde, einmal durch Gott selbst, das andere Mal durch Mose.[18] Unabhängig von der Tatsächlichkeit

---

14 *R. S. Summers*, Form and Function in a Legal System. A General Study, Cambridge: Cambridge University Press 2006, S. 9, 18, 39, 41, 51, 53 f. und passim. Aber diese Definition der Form gilt für jedes Wort, jeden Satz, jeden Begriff und kann deshalb nicht zur Spezifikation beitragen.

15 *S. Fish*, Das Recht möchte formal sein, Frankfurt a. M. 2011; *ders.*, The Law Wishes to Have a Formal Existence, in: ders. (Hrsg.), There's No Such Thing as Free Speech and it's a Good Thing, Too, Oxford: Oxford University Press 1994, S. 141–179.

16 *Thomas von Aquin*, Summa Theologiae, II-I, qu. 90, 4, 3, resp: Gesetz (Lex), Die Deutsche Thomas-Ausgabe Bd. 13, herausgegeben von der Philosophisch-Theologischen Hochschule Walberg bei Köln, Heidelberg 1977, S. 14 f.

17 *L. Fuller*, The Morality of Law, 2. Aufl., New Haven: Yale University Press 1969, S. 49–51.

18 Bibel, Exodus 20, 3–17: erste mündliche Verkündung der zehn Gebote auf dem Berg Sinai an Mose durch Gott; 21, 2–23, 19: weitere mündliche Vorschriften; 24,

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

dieser Darstellung erzeugt bereits die Berufung auf sie für das Recht eine spezifische Form.

Das griechische Recht wandelte sich etwa ab der Mitte des 7. Jahrhunderts v. Chr. vom bloßen Gewohnheitsrecht zum teilweise schriftlichen, gesetzten Recht.[19] Zu nennen sind etwa die Verschriftlichungen des Rechts bzw. Gesetzesformulierungen in einzelnen Poleis, z.B. die von Drakon und Solon in Athen, von Kreta und Sparta.[20] In der kretischen Stadt Gortyn wurde das Recht sogar auf die Stadtmauer geschrieben.[21]

In der Frühphase des römischen Rechts stechen wenigstens zwei Ereignisse seiner zusätzlichen Formalisierung heraus. Das erste ist die Niederschrift des Rechts im Zwölftafelgesetz[22] und das zweite die Tatsache, dass das archaische Sakralrecht durch den Pontifex Maximus und die anderen Pontifices mittels Geheimformeln verwaltet wurde.[23] Livius berichtet, dass diese Sakralformeln 304 v. Chr. durch den ehemaligen Schreiber und späteren kurulischen Ädil Gnaeus Flavius verraten wurden.[24] Dies führte zu folgender Praxis vor dem Prätor: Es gab prozessuale Klageformeln, die *ac-*

3–4: Verkündung an das Volk und Niederschrift durch Mose; 24, 12; 25, 16, 21; 21, 18: Ankündigung und Übergabe der ersten beiden von Gott selbst beschriebenen Steintafeln; 32, 19: Zerschmetterung der Tafeln durch Mose aus Zorn über die Anbetung des goldenen Kalbes durch das Volk; 34, 1, 2, 4: Verfertigung zweier neuer Steintafeln durch Mose und Ankündigung, diese zu beschriften; 34, 27–29: Beschriftung der beiden neuen Tafeln durch Mose. Vgl. allgemein *H. J. Boecker*, Recht und Gesetz im Alten Testament und im Alten Orient, 2. Aufl., Neukirchen 1984.

19 *Barta*, „Graeca non leguntur"? (Fn. 1), S. 76 und passim.

20 *R. Thomas*, 2: Writing, Law, and Written Law, in: *M. Gagarin/D. Cohen* (Hrsg.), The Cambridge Companion to Ancient Greek Law, Cambridge: Cambridge University Press 2005, S. 41–60; *D. Phillips*, The Law of Ancient Athens, Ann Arbor: University of Michigan Press 2013; *H. Barta*, „Graeca non leguntur"? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland, Bd. 2, Teil 1 und 2, Archaische Grundlagen, Wiesbaden 2011; *M. Gagarin/P. Perlman*, The Laws of Ancient Crete c.650–400 BCE, Oxford: Oxford University Press 2016.

21 *J. Kohler/E. Ziebarth*, Das Stadtrecht von Gortyn und seine Beziehungen zum gemeingriechischen Rechte, Göttingen 1912; *Barta*, „Graeca non leguntur"? (Fn. 20), Bd. 2/2, S. 278–295.

22 *F. Schwind*, Römisches Recht (Fn. 1), S. 25 f.

23 *F. Schwind*, Römisches Recht (Fn. 1), S. 40 f.

24 In den Digesten: „postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones (sc. quae antea apud collegium pontificum erant), Gnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis." (Pomp. D.1.2.2.7). Vgl. Livius: „Cn. Flavius … civile ius repositum in penetralibus pontificum evulgavit." (Liv. 9, 46); Cicero: „nec pauci sunt auctores, Cn.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

tiones, deren sich der Inhaber des Rechts zu seiner Durchsetzung bedienen musste.[25] Diese *actiones* waren im *edictum perpetuum* gelistet und wurden dem Kläger vom Prätor einzelfallweise zugestanden.[26] Ein Vertrag kam nur als Formalvertrag durch Stipulation zu Stande. Der Vertrag wurde durch eine formal festgelegte Frage des Versprechensempfängers (*stipulator*) und die Antwort des Versprechenden (*promissor*) geschlossen. Dabei musste das Verb des Fragesatzes in der Antwort wiederholt werden. Weil die Antwort unmittelbar nach der Frage zu erfolgen hatte („Unitas actus"),[27] war die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien am selben Ort notwendig,[28] z.B.: „…mihi dari spondesne?"... „Spondeo!".

Auch für die Tätigkeit des Richters gab es im Laufe der Jahrhunderte unterschiedliche Formvorschriften: Der Richter saß seit dem Mittelalter regelmäßig erhöht. Er hatte einen Richterstab in der Hand. Und er musste in der germanischen, mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Straf-, v. a. Blutgerichtsbarkeit, den Stab über einen Angeklagten brechen, wollte er ihn wegen eines Kapitalverbrechens verurteilen.[29] Von diesen spezifischen Formen der Rechtsprechung durch den Richter ist heute nur noch wenig übrig geblieben. Die Richter des Völkergerichtshofs in Den Haag tragen noch eine Perücke. Die deutschen Richter haben eine Robe an und zwar – in der Regel, d. h. an den ordentlichen Gerichten – eine schwarze. Die Richter des Bundesverfassungsgerichts und anderer Obergerichte tragen rote Roben. Wenn das Gericht den Raum betritt und die Verhandlung beginnt, muss man aufstehen; ebenso bei der Vereidigung von Zeugen und Sachverständigen sowie der Urteilsverkündung.[30]

Flavium scribam fastos protuiisse actionesque composuisse" (Cic. ad Att. 6. 1, 8). Vgl.: *D. Liebs*, § 111.3. Cn. Flavius in: W. Suerbaum (Hrsg.), Die archaische Literatur. Von den Anfängen bis Sullas Tod (= Handbuch Altertumswissenschaft VIII.1), München 2002, S. 77–78; *J. Rüpke*, Kalender und Öffentlichkeit. Die Geschichte der Repräsentation und religiösen Qualifikation von Zeit in Rom, Berlin 1995.

25 *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte (Fn. 1), S. 136 f.

26 *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte (Fn. 1), S. 137.

27 Digesten 45.1.137 pr.

28 Digesten 45.1.1 pr.

29 *L. Carlen*, Stab, in: A. Erler/E. Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. IV, Berlin 1990, Sp. 1842–1843 und *E. Kaufmann*, Stabbrechen, in: A. Erler/E. Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. IV, Berlin 1990, Sp. 1844–1846; Dies war allerdings nicht der einzige Anlass für das richterliche Stabbrechen, vgl. besonders ausführlich: *E. v. Moeller*, Die Rechtssitte des Stabbrechens, ZRG Germ. Abt. 2, 1900, S. 27–115.

30 Vgl. für den Strafprozess: Nr. 124 Abs. 2 Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Der Punkt, an dem sich das Recht von anderen Sozialgebilden absondert, ist nicht genau zu bestimmen. Historisch erfolgte aber etwa im antiken Griechenland der Differenzierungsschritt zwischen dem informalen *ethos* und dem formalen *nomos* wohl in der archaischen und klassischen griechischen Polis. Wenn Platon im vierten vorchristlichen Jahrhundert zwei unterschiedliche Werke zur praktischen Philosophie schreibt, deren eines sich mit der Verfassung des Stadtstaats beschäftigt und *Politeia* heißt und in dem das Recht praktisch nicht vorkommt, und ein anderes, das mit *Nomoi* betitelt ist und bei dem es fast ausschließlich um rechtliche Regelungen geht, so ist die sachliche und begriffliche Trennung von Politik und Recht offenbar bereits vollzogen. Ein wesentlicher Schritt zur Durchsetzung des formalen Gesetzes im politischen Raum und damit zu seiner Differenzierung von der bloßen Politik war etwa die Wiedererrichtung der Demokratie nach der oligarchischen Herrschaft der Dreißig in Athen im Jahre 403 v. Chr. durch schriftliches Gesetz bzw. Vereinbarung.[31]

IV. Begriffliche Rechtfertigung der notwendigen zusätzlichen Form des Rechts[32]

Das Recht ist kein bloß empirisch wahrnehmbares, materiales Ding in Raum und Zeit. Recht ist auch kein bloß natürliches, sondern vor allem ein *soziales Gebilde*. Aber es gibt eine Vielzahl sozialer Gebilde, z.B. die Bevölkerungsentwicklung. Wie lässt sich das Recht von anderen sozialen Gebilden unterscheiden? Recht ist ein *sinnhaft-intentionales Gebilde*. Seine Sinnhaftigkeit schließt es aus, das Recht ohne Rekurs auf die mit ihm verfolgten Intentionen zu verstehen. Wichtig für das Verständnis menschlichen Rechts ist, einzusehen, dass dieses notwendig eine Art *sozialen menschlichen Handelns im weitesten Sinn einschließlich seiner intendierten oder wenigstens voraussehbar herbeigeführten Folgen* ist. Recht ist menschliches Handeln in allen seinen einzelnen Manifestationen. Entscheidet ein Richter, so handelt er. Erlässt ein Beamter einen Verwaltungsakt, so ist dies eine menschliche Handlung. Verabschiedet ein Parlament ein Gesetz, so führt es eine kollektive menschliche Handlung aus. Wird ein Vertrag geschlossen, so handeln die Vertragsparteien. Ist das Recht begrifflich notwendig menschliches Handeln, so erfordert sein Verständnis die notwen-

---

31 *M. Ostwald*, From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law, Berkeley: University of California Press 1986, S. 497–524.

32 Zur folgenden allgemeinen Charakterisierung des Rechts ausführlicher: Verf., Was ist Recht? Ziele und Mittel, JZ 13, 2008, S. 641–652 und ders., Rechtsphilosophie. Eine Einführung, München 2013, S. 17–81.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

digen Eigenschaften menschlichen Handelns zu berücksichtigen. Was sind die notwendigen Eigenschaften menschlichen Handelns? Menschliches Handeln umfasst zumindest zwei notwendige Eigenschaften:[33] ein *Ziel* bzw. eine *Intention* und *Mittel* in einem sehr weiten Sinn, um dieses Ziel als Zweck zu erreichen. Dies gilt für alle Handlungen, auch wenn die Mittelwahl stark verkürzt sein mag.

Für manche menschliche Handlungen einschließlich ihrer Resultate ist ein spezifisches Ziel nicht nur notwendig, sondern sogar hinreichend, um sie von anderen Handlungen abzugrenzen. Die Herstellung eines Stuhles ist beispielsweise bereits durch das Ziel, mittels eines Artefakts einer und nur einer Person das Sitzen zu ermöglichen, definiert. Form und Material des Stuhls sind für die Begriffsbestimmung nicht spezifisch. Der Stuhl kann drei, vier oder fünf Beine haben. Er kann aus Holz, Eisen, Stein oder Plastik sein. Und das notwendige Mittel der Herstellung gilt für alle Artefakte.

Hat das Recht als eine Art menschlichen Handelns auch ein solches notwendiges und hinreichendes Ziel jedes einzelnen Handelns? Die an anderer Stelle näher vertretene These lautet, dass das spezifische Ziel des Rechts für seine Phänomenabgrenzung und Begriffsbestimmung *zwar notwendig, nicht aber hinreichend ist*.[34] Das bloße Ziel des rechtlichen Handelns genügt also nicht, um das Recht von anderen sozialen Tatsachen mit vergleichbarem Ziel wie der Moral oder Politik abzugrenzen. Deshalb ist es erforderlich, auch die notwendigen und spezifischen Mittel des Rechts heranzuziehen, um es von anderen Sozialgebilden zu unterscheiden. Der Begriff des Rechts hat sich folglich nicht nur über ein spezifisches Ziel, sondern auch über eine spezifische Kombination von Mitteln von den Begriffen für andere Sozialgebilde differenziert.

Das Recht hat – so die an anderer Stelle ausführlicher begründete These – als notwendiges Ziel und daher als notwendiges Merkmal seines Begriffs *das Ziel der Vermittlung zwischen möglicherweise gegenläufigen, konfligierenden Belangen*. Die Verfassung vermittelt etwa zwischen grundlegenden Lebensvorstellungen der Menschen, die Gesetze zwischen unterschiedlichen all-

---

33 Vgl. zur Notwendigkeit eines Ziels in jeder Handlung schon *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 1094a1; *J. Searle*, Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind, Cambridge: Cambridge University Press 1983, S. 107 ff. Nicht alle Handlungen haben ein einheitliches Ziel, aber besondere Arten von Handlungen wie das Recht können in all ihren einzelnen Instanziierungen durch ein einheitliches, aber aus naheliegenden Gründen ziemlich abstraktes Ziel näher bestimmt werden.

34 Vgl. Fn. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

gemeinen Belangen, die Urteile der Richter zwischen den Interessen in einzelnen Konflikten, die Verwaltungsakte der Verwaltungsbeamten zwischen dem konkreten Wollen einzelner Bürger und/oder den Interessen der Allgemeinheit. Mit Hilfe des Ziels der Vermittlung möglicher gegenläufiger, konfligierender Belange lässt sich das Recht von vielen anderen sozialen Handlungen bzw. Tatsachen abgrenzen. Aber manche sozialen Tatsachen sind auch Handlungen im weitesten Sinn und haben dasselbe oder zumindest ein ähnliches begrifflich notwendiges Ziel der Vermittlung zwischen gegenläufigen konfligierenden Belangen. Dies gilt insbesondere für Moral, Politik, Religion und nichtmoralische Konventionen. Von diesen sozialen Handlungen mit einem gleichen oder wenigstens ähnlichen Ziel kann das Recht nur mit Rekurs auf seine notwendigen Mittel unterschieden werden. Allerdings sind nicht alle notwendigen Mittel dazu tauglich. Das Recht verwendet Mittel, die auch alle anderen sozialen Handlungen, die dem Ziel der Vermittlung möglicher gegenläufiger, konfligierender Belange dienen, verwenden – schlicht auf Grund der Tatsache, dass die angestrebte Vermittlung ihre Verwendung faktisch voraussetzt. Die beiden wesentlichen derartigen Mittel sind *Denken* und *Sprache*. Aber diese sind nicht spezifisch für das Recht. Man muss also nach weiteren, notwendigen Mitteln suchen, die besonders für das Recht sind. Die entscheidenden Kennzeichen im Vergleich zu anderen sozialen Handlungen sind die folgenden sieben. Sie werden hier alle kurz erwähnt, um die Bedeutung der zusätzlichen Form des Rechts als eines dieser Mittel (Kennzeichen 4) besser zu verstehen:

1. Verpflichtung: Abgrenzung gegenüber Empfehlungen/Ratschlägen

Das Recht enthält nicht nur – wie etwa Empfehlungen und Ratschläge – Wertungen, sondern auch *Verpflichtungen* bzw. gleichbedeutend: *bewusste Pflichten, Vorschriften* oder *Regelungen* im Sinne von *Denk-* und *Sprechakten*, welche eine *Notwendigkeit* erzeugen, implizieren oder zumindest konkretisieren. Das bedeutet nicht, dass das Recht vollständig aus Verpflichtungen besteht. Es verwendet vielmehr alle möglichen gedanklichen und sprachlichen Formen: Beschreibungen, Wertungen, Definitionen, Ermächtigungen, Erlaubnisse, Rechte usw. Gemeint ist, dass das Recht im Gegensatz zu bloßen Empfehlungen und Ratschlägen *notwendig auch* Verpflichtungen bzw. Pflichten umfasst, und zwar *an entscheidender Stelle*, also als Konklusionen, in welchen Adressaten zum Handeln aufgefordert werden. Das Recht hat somit einen verpflichtenden Charakter.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

2. *Allgemeinheit/Universalität: Abgrenzung gegenüber Schlichtungen/ Mediationen*

Das Recht enthält nicht nur einzelfallbezogene Urteile, Beschreibungen und Verpflichtungen wie Schiedssprüche, Schlichtungen oder das Ergebnis von Mediationen usw., sondern notwendig auch den Verweis auf *allgemeine Urteile*, *Beschreibungen* oder *Verpflichtungen*, also etwa auf Gewohnheiten und allgemeine Regelungen.[35] Das gilt nicht für jeden einzelnen Akt des Rechts, denn es gibt bloße Einzelentscheidungen, etwa Urteile, Verwaltungsakte oder Erlasse. Aber diese einzelnen Akte müssen, um Recht zu sein, in Verbindung mit allgemeinen Urteilen, Beschreibungen oder Verpflichtungen stehen.

3. *Nichtsuspendierbarkeit/Kategorizität: Abgrenzung gegenüber Bräuchen/ Konventionen*

Bräuche, *Konventionen*, *Gewohnheiten*, *Riten*, *Rituale* und *Zeremonien* sind zwar keine bloßen Empfehlungen, sondern enthalten durchaus, wenn nicht explizit, so zumindest implizit, Verpflichtungen in Form eines real verpflichtenden Sprechakts. Aber diese Verpflichtung *kann durch den Verpflichteten in einem weiteren, negatorischen Sprechakt aufgehoben werden*. Die Verpflichtung ist also nicht vollkommen unabhängig vom *Willen* bzw. der *Akzeptanz* des *Verpflichteten*. Man kann sich Bräuchen, Gewohnheiten und Konventionen vollständig entziehen, entweder durch Nichtteilnahme an der gesellschaftlichen Praxis oder durch Teilnahme und explizite Nichtanerkennung der Praxis. Das Recht kann nun zwar auch einige durch den Verpflichteten derogierbare und damit nicht vom Willen des Verpflichteten unabhängige *Verpflichtungen* enthalten. Aber anders als Bräuche und Konventionen muss es notwendig auch unabdingbare, also *willensunabhängige* bzw. *kategorische Verpflichtungen* aufweisen. Das Recht ist somit nicht vollständig *abdingbar*, sondern zumindest in einzelnen Regelungen auch *strikt* gebietend, nicht nur *ius dispositivum*, sondern notwendig auch *ius strictum*.[36]

35 Vgl. *Fuller*, Morality (Fn. 17), S. 46–49; *Hart*, Concept (Fn. 4), S. 21 f.
36 Vgl. *L. Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, Tübingen 2012.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

4. Zusätzliche Form: Abgrenzung gegenüber der Politik

Die zusätzliche Form des Rechts grenzt dieses vor allem gegenüber der *Politik*, also *politischen Akten* und *Regelungen* ab. Jeder einzelne Rechtsakt zeichnet sich durch eine gewisse, notwendige zusätzliche *Form* aus, die einfachen politischen Handlungen fehlt, zum Beispiel politischen Verhandlungen oder außenpolitischen Regeln wie der Monroe- oder der Breschnew-Doktrin. Die Monroe- und die Breschnew-Doktrin, welche ganze Halbkontinente, nämlich Süd- und Mittelamerika sowie Osteuropa, der politischen Einflusssphäre einer Großmacht zuordneten, hatten keine notwendige zusätzliche Form.[37] Die Politik als Ganzes und ihre einzelnen Akte kennen keine notwendigen zusätzlichen Formerfordernisse, sofern sie nicht in der Form des Rechts stattfinden. Durch seine zusätzliche Form unterscheidet sich das Recht aber nicht nur von der Politik, sondern auch von anderen vergleichbaren sozialen Handlungen wie der Moral, dem Brauch usw.

5. Äußerlichkeit/Externalität: Abgrenzung gegenüber der Moral

Das Recht hat in allen seinen Ausprägungen ausschließlich *externe Quellen* und *Mittel* (Richten, Erlassen, Beschließen, Feststellen, Vereinbaren, Anordnen) für seine Vermittlung, aber keine rein *internen*, wie das menschliche *Gewissen*, das eine, wenn auch nicht die einzige, Quelle der Moral ist.[38] Das Recht kann nur die äußere Befolgung und den dazu ggf. erforderlichen Willensakt verlangen, nicht aber die innere, gewissensmäßige Bejahung und damit eine echte innere Überzeugung von der Richtigkeit der geforderten Handlung. Anders als bei der Moral wird der Mensch beim Recht also niemals durch eine rein psychische, innere Instanz des Regelungsadressaten verpflichtet. Von der Moral differenziert sich das Recht somit durch die *Externalität* aller seiner einzelnen Ausprägungen im Hinblick auf den Menschen.

---

37 *E. R. May*, The making of the Monroe doctrine, Cambridge: Cambridge University Press 1992; *M. J. Ouimet*, The Rise and Fall of the Brezhnev Doctrine in Soviet Foreign Policy, Chapel Hill: The University of North Carolina Press 2003.

38 Vgl. *I. Kant*, Metaphysik der Sitten, in: Gesammelte Werke, Bd. VI, Berlin 1914, S. 219 f., 225.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

6. *Unabhängigkeit der Verpflichteten: Abgrenzung gegenüber bloß internen Regelungen/Richtlinien/Verwaltungsvorschriften*

Das Recht setzt die Unabhängigkeit der Verpflichteten in dem Sinne voraus, dass es sich nicht ausschließlich an weisungsabhängige Mitarbeiter in hierarchischen Organisationen, sondern entweder an unabhängige Verpflichtete oder wie bei Satzungen von Vereinen oder Geschäftsordnungen von Parlamenten an gleichgestellte und nicht weisungsabhängige, also die Gemeinschaft konstituierende und damit weisungsunabhängige Mitglieder richtet. Das gilt für jede einzelne Verwirklichung des Rechts. Bloß interne Weisungen in hierarchischen Organisationen wie Richtlinien oder Verwaltungsvorschriften haben also keinen Rechtscharakter, denn sie strukturieren quasi nur die Organisation und können damit nicht dem Zweck der Vermittlung zwischen potentiell konfligierenden Belangen dienen.

7. *Möglichkeit vollständiger Innerweltlichkeit/Immanenz: Abgrenzung gegenüber der Religion*

Von der Religion, also *religiösen Akten* und *Regelungen*, unterscheidet sich das Recht durch die *Möglichkeit vollständiger Innerweltlichkeit* bzw. *Immanenz*. Die Religion ist *notwendig auch transzendent*, also auf eine *transzendente Sphäre Gottes* oder *göttlicher Wesen und Prinzipien* jenseits der Sphäre bloß empirischer Wahrnehmung und bloß menschlicher Vernunft in Zeit und Raum bezogen. Dieser letzte Schritt der Differenzierung von Recht und Religion ist allerdings gegenwärtig zwar als begriffliche Möglichkeit, nicht aber faktisch allgemein und damit als begriffliche Notwendigkeit vollzogen. Deshalb gibt es neben nichtreligiösem Recht nach wie vor religiöses Recht, etwa jüdisches, christliches und islamisches Recht, bei dem die Trennung von Recht und Religion in der Wirklichkeit bisher nicht stattgefunden hat und bei dem unsicher ist, ob eine derartige Trennung jemals stattfinden wird.

Man kann zusammenfassen: Das Recht ist durch *sieben allgemeine Mittel*, das heißt durch sieben *notwendige Eigenschaften* von anderen sozialen Phänomenen, welche auch dem Ziel der Vermittlung gegenläufiger Belange dienen, unterschieden: 1. Verpflichtung, 2. Allgemeinheit/Universalität, 3. Willensunbedingtheit/Kategorizität, 4. Zusätzliche Form, 5. Äußerlichkeit/Externalität, 6. Unabhängigkeit der Verpflichteten, und – sofern eine Trennung von der Religion vollzogen wurde – 7. Möglichkeit vollständiger In-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

nerweltlichkeit/Immanenz. Die zusätzliche Form ist also nur eines dieser unterscheidenden Mittel.

V. Über die Form des Rechts

Man muss nun genauer fragen, warum das Recht die soeben erwähnte 4. Kategorie, die zusätzliche Form, in all seinen einzelnen Manifestationen notwendig aufweisen muss, also eine Form, die jeweils über das einfache Denken und Sprechen hinausgeht. Die Vermittlung, welche das notwendige Ziel des Rechts ist, kann nur wirksam werden, wenn sich alle, welche durch das Vermittlungsergebnis verpflichtet wurden, regelmäßig daran halten. Ein Vertrag kann etwa seine Vermittlungswirkung nur entfalten, sofern die Vertragspartner mit hoher Wahrscheinlichkeit ihre Zusagen erfüllen. Dies lässt sich nur sichern, wenn der Vertragsschluss klar von einem bloß unverbindlichen Gespräch abgegrenzt wird, bei dem sich die Gesprächsteilnehmer nicht an geäußerte Handlungsabsichten gebunden fühlen. Die zusätzliche Form des Rechts dient also vor allem der *Bindung* der Teilnehmer an einen Rechtsakt und damit vor allem der *Rechtssicherheit*. Anders als Konventionen betrifft das Recht häufig relativ wichtige Belange bzw. Interessen der Betroffenen. Wird die Konvention, beim Essen nicht die Ellenbogen auf den Tisch zu legen, verletzt, so ist das unangenehm, hat aber keine sehr gravierenden Auswirkungen. Die Nichtbefolgung der Konvention mag also verschmerzt werden. Anders ist die Situation regelmäßig bei Verpflichtungen durch das Recht. Hier kann es buchstäblich um Leben und Tod oder zumindest um sehr wichtige Güter und Pflichten gehen, so dass die Nichtbefolgung gravierende Folgen haben kann. Das Recht sichert die Befolgung unter anderem durch seine Form. Die Formnotwendigkeit des Rechts soll somit insbesondere die *Rechtssicherheit gewährleisten*, dient dagegen weniger anderen Zielen des Rechts, etwa der *Gerechtigkeit* oder der *Zweckmäßigkeit*, wenn dies auch nicht ausgeschlossen ist.[39]

Daneben gibt es für einzelne konkretere Formen des Rechts konkretere Gründe. Eine solche Form soll hier erwähnt werden: Die Form der Veröffentlichung hat dem sogenannten „Öffentlichen Recht" seinen Namen ge-

39 Damit soll Radbruchs These, dass sich Rechtssicherheit, Gerechtigkeit in einem engeren Sinn und Zweckmäßigkeit unter einer Gerechtigkeit im weiteren Sinn zusammenfassen lässt, nicht bestritten werden.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ben.[40] Die Demokratie verlangt nach öffentlicher Partizipation und der Zurückdrängung der *arcana imperii* des Staates.[41] Ein Gesichtspunkt, der hier nicht weiter untersucht werden kann, ist die *Schönheit* der Rechtsform.

Nun ist es möglich, auch zu der oben erwähnten, von Robert Summers vorgeschlagenen Definition der Form des Rechts Stellung zu nehmen, nämlich als „zweckhaftes, systematisches Arrangement" jeder einzelnen Rechtseinheit als ein Ganzes („purposive systematic arrangement of the unit as a whole"). Da das Recht, wie sich ergab, dem bestimmten Zweck der Vermittlung zwischen möglichen gegenläufigen, konfligierenden Belangen dient, gilt dieser Zweck im Prinzip auch für die zusätzliche Form des Rechts als eines seiner Mittel. Allerdings handelt es sich nicht um das einzige Mittel, so dass der Zweck nicht nur mit diesem Mittel erreicht werden muss. Überdies kann das Mittel der zusätzlichen Form auch weiteren Zwecken dienen, etwa – wie erwähnt – der Rechtssicherheit. Unter diesen Einschränkungen ist der erste Begriff („purposive", also das Merkmal der Zweckhaftigkeit) von Summers Definitionsvorschlag zutreffend.

Der zweite Teil von Summers Vorschlag ist allerdings nicht überzeugend. Die Frage nach der Form des Rechts darf nicht mit der Frage nach seinem Systemcharakter identifiziert werden. Bei einem System handelt es sich um eine *Einheit von Verhältnissen zwischen mehreren Dingen*, die klar von der oben bestimmten Form als *Einheit von Eigenschaften eines einzigen Dinges* unterschieden werden muss. Ein Ball hat etwa eine runde Form ohne ein System aus mehreren Einzeldingen zu sein. In einem gewissen, trivialen Sinn ist natürlich jedes komplexe Ding ein System im weitesten Sinn seiner Einzelteile. Aber bei einem solchen sehr weiten Verständnis des Systembegriffs würde die Kennzeichnung des Rechts als System ihre Differenzierungskraft verlieren. Inwiefern das Recht oder einzelne Rechtsakte ein System in einem nicht derart trivialisierten Sinn sind, ist somit eine weitere Frage, die von der Frage der notwendigen zusätzlichen Form einzelner Rechtsakte klar zu trennen ist.

Was schließlich „arrangement" heißen soll, ist zweifelhaft. Heißt es nur „zweckhaftes System" im Sinne einer intentionalen Anordnung von Objekten, dann geht die Bedeutung nicht über die Bedeutung von „Zweck" und „System" hinaus und es gilt das soeben Gesagte. Heißt es dagegen auch „Vereinbarung" oder „Abmachung", dann ist die These zweifelhaft,

---

40 *M. Stolleis*, Geschichte des Öffentlichen Rechts, 2. Aufl., München 2012.

41 Vgl. *M. Stolleis*, Arcana imperii und Ratio status. Bemerkungen zur politischen Theorie des frühen 17. Jahrhunderts, Göttingen 1980.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

weil nicht jeder Form des Rechts eine Vereinbarung zu Grunde liegen muss.

VI. Tendenzen der Entformalisierung des Rechts

Auch wenn das Recht notwendig eine Form haben muss, welche über die bloße Form des einfachen Denkens und Sprechens hinausgeht, kann sich das *Ausmaß* dieser Überschreitung verändern. Das Recht kann also im Laufe seiner historischen Entwicklung stärker oder weniger stark formal werden. Und das bleibt nicht bloße Möglichkeit, sondern zeigt sich auch als Wirklichkeit in der historischen Entwicklung des Rechts. Am Anfang dieser Untersuchung wurde bereits die Vermutung geäußert, dass das Recht in früheren Zeiten und Kulturen insgesamt formaler war. Nach einer gewissen Phase der Entformalisierung im Mittelalter und der frühen Neuzeit wurde das Recht im Kapitalismus der Neuzeit wieder stärker formal, um einen reibungslosen und rational vorhersehbaren Rechtsverkehr zu ermöglichen.[42]

Zum Abschluss soll nun die Frage gestellt werden: Wie ist die gegenwärtige Situation? Wie steht es gegenwärtig mit dem Ausmaß der Form des Rechts? Auch hier kann natürlich angesichts der Menge und Vielgestaltigkeit des heutigen Rechts nur eine Vermutung geäußert werden: In den modernen Gesellschaften gibt es zwar weiterhin eine Tendenz zur Bürokratisierung, zugleich aber auch zur Entformalisierung, etwa eine Tendenz zum Verschwinden von Formen, welche Status-, Alters-, Geschlechts- und Bildungsunterschiede markieren. Das von vielen angestrebte Ideal der egalitären Gesellschaft wird nicht zuletzt durch den Abbau von Formen zu erreichen versucht. Dies hat auch Auswirkungen auf das Recht. Auch im Recht lässt sich aktuell vermutlich eher eine Tendenz zur Entformalisierung erkennen. So wird zum Beispiel in verschiedenen Fällen nicht mehr die Schriftform verlangt, sondern nur die Textform, so dass auch elektronische Texte genügen.[43] Weiterhin wird versucht, einen formalen Prozess durch vorherige Bemühungen um eine Mediation bzw. gütliche Beilegung zu vermeiden, vor allem in Zivilsachen.[44] Schließlich gibt es in manchen Ländern Bestrebungen, die Scheidung einer Ehe mittels familiengerichtli-

---

42 *Weber*, Wirtschaft (Fn. 1), S. 503–513, 817.

43 Vgl. z.B. §§ 312h, 477 II, 126b BGB. Allerdings können dann weitere Erfordernisse hinzutreten, etwa solche der Datensicherheit.

44 § 278 I, II ZPO: Das Gericht ist zur gütlichen Beilegung verpflichtet und soll vor der mündlichen Erörterung eine Güteverhandlung anberaumen.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

chen Urteils und Anwaltszwang für mindestens eine Partei durch eine notarielle Vereinbarung zu ersetzen.[45]

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse und Bedeutung für die Rechtsästhetik

Eine zusätzliche Form, welche über das für das Denken und Sprechen immer schon Erforderliche hinausgeht, ist für das Recht in jedem einzelnen Rechtsakt *nicht nur kontingent*, sondern *begrifflich notwendig*. Wie und wie stark diese zusätzliche Form des Rechts ausgestaltet ist, unterliegt jedoch der historischen Veränderung. Das Ausmaß der zusätzlichen Form des Rechts ist also historisch und kulturell variabel. In der Gegenwart ist dieses Ausmaß insgesamt betrachtet offenbar eher abnehmend. Die zusätzliche Form des Rechts dient vor allem der Rechtssicherheit. Nicht erörtert werden konnte hier das weitere wichtige Ziel der *Schönheit* der Rechtsform.

Der Rechtsästhetik kommt die Aufgabe zu, die hier untersuchte zusätzliche Form des Rechts zu erkennen und zu verstehen. Dabei ist sie Teil der allgemeinen Ästhetik, aber auch Teil der Rechtsphilosophie. Die Rechtsästhetik hat neben der Frage nach der objektiven Form des Rechts die Frage nach der subjektiven Wahrnehmung dieser Form zum Gegenstand. Diese Wahrnehmung der Form des Rechts ist wie jede Formwahrnehmung nicht nur eine deskriptive, sondern auch eine evaluative und affektive, also eine umfassende, welche alle Wahrnehmungsgesichtspunkte und damit letztlich alle Teile der menschlichen Seele bzw. des menschlichen Geistes einbezieht. Auch die Sinneswahrnehmung des Rechts und die Gefühlsreaktion auf das Recht sind somit von der Rechtsästhetik zu untersuchen. Die Rechtsästhetik ermöglicht der Rechtsphilosophie so eine umfassendere Perspektive auf das Recht.

45 In Deutschland ist das noch nicht möglich, aber etwa in Lettland, wenn beide Ehegatten zustimmen und keine minderjährigen Kinder vorhanden sind.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Recht und Gefühl

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Warum Normen allein nicht reichen. Sinn für Angemessenheit und Rechtsgefühl in rechtsästhetischer Perspektive[1]

Hilge Landweer

Kurzzusammenfassung

Sowohl das verfasste Recht als auch die Rechtsprechung setzen eine Fähigkeit voraus, die hier als „Sinn für Angemessenheit" oder „Sinn für Verhältnismäßigkeit" bezeichnet wird. In seiner speziellen Ausprägung im Recht heißt er „Rechtsgefühl" und ist der Begründung und Beurteilung einzelner Normen übergeordnet, insofern es darum geht, deren Stimmigkeit untereinander und ihre Passung zur jeweiligen Situation zu überprüfen. Das Rechtsgefühl ist für die Wahrnehmung von rechtlich relevanten Situationen und für die Fähigkeit, normative Urteile fällen zu können, unverzichtbar, da neben Motiven, Handlungen, Sachverhalten und Urteilen auch die adäquate Wahrnehmung von Situationen unmittelbar für Recht und Moral von Belang ist. Das dafür erforderliche Vermögen kann in den Gefühlen identifiziert werden. Nur durch Gefühle ist es möglich, Wertungen vorzunehmen, nur durch sie kann überhaupt bemerkt werden, dass eine Situation Ansprüche normativer Art an uns stellt. Die These von der emotionalen Natur des Sinns für Angemessenheit lässt sich durch die Skizzierung einiger Stationen der Begriffsgeschichte des ‚sensus communis' untermauern. Ein Beispiel aus neuerer Zeit für Angemessenheit und Rechtsgefühl bietet der Fall einer Supermarkt-Kassiererin, die Leergutbons im Wert von 1,30 € eingelöst hatte und dafür entlassen wurde.

---

1 In diesem Text aktualisiere ich Überlegungen, mit denen ich mich seit geraumer Zeit befasse, und beziehe sie auf das Recht und insbes. das Rechtsgefühl. Vgl. *H. Landweer*, Der Sinn für Angemessenheit als Quelle von Normativität in Ethik und Ästhetik, in: K. Andermann/U. Eberlein (Hrsg.), Gefühle als Atmosphären, Berlin 2011, S. 57–78 sowie *H. Landweer*, The Sense of Appropriateness as an Emotional Capability, in: T. Staehler (Hrsg.), Existentialism, Vol. II: Basic Themes and Concepts, Routledge: London/New York 2013, S. 301–312. Einzelne Formulierungen habe ich aus diesen älteren Texten übernommen.
Für kritische Kommentierungen und Anregungen für die vorliegende rechtsphilosophische Fassung danke ich Helmut Aust und Julia Hänni.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Eine gängige Vorstellung vom Recht besagt, dass es wesentlich aus Normen besteht: aus verschrifteten Regeln. Ich möchte im Folgenden dafür argumentieren, dass sowohl das verfasste Recht als auch die Rechtsprechung eine Fähigkeit voraussetzen, die ich als „Sinn für Angemessenheit" bezeichne, ein Vermögen, das für diese Bereiche ebenso relevant ist wie die gesetzten Normen. Ich möchte zudem die weitergehende These vertreten, dass dieser Sinn für Angemessenheit oder Sinn für Verhältnismäßigkeit der Begründung und Beurteilung einzelner Normen übergeordnet ist, insofern es darum geht, a) deren Stimmigkeit untereinander und b) deren Passung zu unerwarteten Situationen und zur sozialen und rechtlichen Umgebung zu überprüfen. Dieses Vermögen steht in einem ästhetischen Zusammenhang im Sinne des weiten Begriffs von Ästhetik als Wahrnehmungslehre, da sich Angemessenheit stets auf die Wahrnehmung von Situationen bezieht. Dass Angemessenheit aber auch zu einem engeren und zugleich eher traditionellen Begriff von Ästhetik beitragen kann im Sinne einer Lehre von Schönheit, von Gesetzmäßigkeiten und Harmonie in Natur und Kunst, ein Verständnis, wie es bis zum Ende des 19. Jahrhunderts vorherrschend war, wird im letzten Abschnitt dieses Textes deutlich.

Vorstellungen über Angemessenheit spielen in vielen Bereichen eine Rolle, auch im Recht.[2] Hier gilt Angemessenheit als eines der Kriterien für Verhältnismäßigkeit. So wird eine staatliche Maßnahme dann als „verhältnismäßig" bezeichnet, wenn ihr Nutzen im Verhältnis zur herbeigeführten Beeinträchtigung steht und in diesem Sinne angemessen und für die Betroffenen zumutbar ist.[3] In den Begriffen „Angemessenheit" und „Verhältnismäßigkeit" stecken Ableitungen von „Maß" und „Messen", aber in beiden Fällen ist ziemlich unklar, woran Maß oder Messen orientiert sind, denn es liegt auf der Hand, dass es sich nicht um Messvorgänge in einem physikalisch-mathematischen Sinn handeln kann. Maßgenommen wird in diesen Fällen aber auch nicht an Normen, denn da, wo auf „Angemessen-

2 Vgl. *K. Günther*, Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt a. M. 1988.

3 „Schließlich darf eine staatliche Maßnahme nicht außer Verhältnis zum Zweck bzw. Ziel der Maßnahme stehen. Der Nutzen der Maßnahme darf zu den dadurch herbeigeführten Beeinträchtigungen nicht außer Verhältnis stehen; [...] die Maßnahme muß also *angemessen*, [...] anders gewendet: für die Betroffenen *zumutbar* sein. [...] Dieses Gebot wird als *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn* [...] oder auch als *Übermaßverbot* [...] bezeichnet. Das Gebot erfordert eine *Abwägung* zwischen dem Nutzen der Maßnahme und den durch die Maßnahmen herbeigeführten Beeinträchtigungen und setzt dem Ergebnis eine Grenze." *B. Grzeszick*, in: R. Herzog/M. Herdegen/R. Scholz/H. Klein (Hrsg.), Maunz/Dürig GG-Kommentar, 85. EL 2018, Art. 20 Rn. 117.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

heit“ oder auf „Verhältnismäßigkeit“ rekurriert wird, stehen gerade *keine* eindeutig anwendbaren Normen zur Verfügung, unter die das Handeln zu subsumieren wäre. Auch wenn Verhältnismäßigkeit ein Rechtsprinzip ist, so sind die richtigen Proportionen, die sie verlangt, doch immer Sache von Auslegung und Abwägung. Ich spreche im Folgenden von „Angemessenheit“, weil dieser Begriff weiter ist als der der Verhältnismäßigkeit und nicht nur in der Rechtswissenschaft in einer relevanten Tradition steht; er passt für außer-rechtliche Kontexte besser. Ich hoffe, dass mein Beitrag deutlich machen kann, dass es sich bei Angemessenheit um eine Orientierung handelt, die expliziten Normen vorgelagert ist und diese mindestens ergänzt, vielleicht auch fundiert. Ich verwende den Ausdruck „fundiert“ hier im Sinne der Phänomenologie. Das Fundierende ist das, was vorausgesetzt werden muss, als Bedingung für das, was fundiert wird. Mit „Fundierung“ ist ein logisches Verhältnis angesprochen und kein zeitliches Nacheinander.

Ich werde zunächst meine These erläutern und im zweiten Abschnitt kurz den von den Medien sogenannten „Fall Emmely“ skizzieren, bevor ich im dritten Abschnitt allgemeiner das Verhältnis von Situation, Normen und Gefühlen bestimme. Der vierte Abschnitt ist dem Rechtsgefühl als einem Spezialfall des Sinns für Angemessenheit gewidmet und führt zum „Fall Emmely“ zurück. Die Traditionslinien von Angemessenheit, *sensus communis* und *moral sense* werden im fünften Abschnitt angesprochen, zumal sie vielleicht nicht nur für den Sinn für Angemessenheit, sondern auch für die Rechtsästhetik insgesamt aufschlussreich sind.

1. Die These

Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist die Annahme, dass neben Motiven, Handlungen, Sachverhalten und Urteilen auch die Wahrnehmung von Situationen unmittelbar für Recht und Moral von Belang ist. Um normative Urteile überhaupt fällen und ihnen gemäß handeln zu können, muss zunächst einmal die entsprechende Situation als normativ relevant wahrgenommen werden.

Reicht dafür die sinnlich-kognitive Wahrnehmung aus? Oder ist für das Erfassen des Ganzen der Situation ein für Wertungen empfängliches Vermögen erforderlich? Es sind Gefühle, die anzeigen, was für uns wertvoll

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

und wichtig ist.[4] Für diese These hat bereits die ältere Philosophie der Gefühle vor etwa hundert Jahren argumentiert,[5] und die neuere interdisziplinäre Emotionsforschung hat sie eindrucksvoll empirisch belegt. Wir alle erschließen Situationen mit Gefühlen, und wir erfassen auch die normativen Gehalte von Situationen primär durch Gefühle. Gesteht man Gefühlen eine derart zentrale Rolle für die alltägliche Orientierung zu, so können sie nicht mehr in dichotomer Weise der Vernunft entgegengesetzt werden. Die Strukturiertheit von Emotionen – z.B. dass sie auf einen bestimmten Gegenstand bezogen sind – ist ein Grund neben anderen, ihnen Rationalität zuzuschreiben oder sie doch zumindest für rational zugänglich zu halten.[6]

Dass normative Gehalte überhaupt erfasst werden können, stellt eine wichtige Voraussetzung für das Urteilen und Handeln dar. Nur wenn wir durch unsere Gefühle in der Lage sind, Wertungen vorzunehmen, können wir überhaupt bemerken, dass eine Situation Ansprüche normativer Art an uns stellt. Erst dadurch sind wir motiviert, unsere Urteilskraft zur Prüfung unserer Wahrnehmung, unserer spontanen Wertungen und des Handelns einzusetzen. Manche Situationen nehmen wir offenbar neutral wahr, ohne uns in irgendeiner Weise normativ gefordert zu sehen, in anderen fühlen wir uns sogar zu einem Eingreifen genötigt.

Es ist ein auffälliger Befund, dass in manchen Situationen nicht erkannt wird, dass beispielsweise gegen moralische oder Gerechtigkeits-Prinzipien verstoßen wird – und zwar nicht etwa deshalb, weil diese Prinzipien nicht bekannt wären oder nicht für gut gehalten würden, sondern deshalb, weil das Gespür für die normative Dimension der Situation nicht ausgebildet ist, Normen nicht auf die relevanten Hinsichten bezogen werden oder das Gefühl für die Situation ganz ausgeblendet wird.

---

4 Vgl. *M. Nussbaum*, Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions, Cambridge: Cambridge University Press 2001.

5 So die frühe Phänomenologie, aber auch Heidegger in „Sein und Zeit", *M. Heidegger*, Sein und Zeit, Tübingen 15. Aufl. 1979.

6 Die vorwissenschaftliche Meinung, Gefühl und Verstand seien einander entgegengesetzt, auch explizit zurückzuweisen, ist unabdingbar, wenn es um den Zusammenhang von Normativität und Gefühlen geht. Gegen eine solche schlichte Entgegensetzung argumentiert bereits de Sousa, *R. de Sousa*, The Rationality of Emotion, Cambridge, Mass.: MIT Press 1987.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

2. *Der Fall „Emmely"*

Ich möchte das anhand des Falls der Kassiererin in einem Supermarkt verdeutlichen, die von den Medien „Emmely" genannt wurde und der vorgeworfen worden war, zwei ihr nicht gehörende Flaschenbons im Wert von 1,30 € eingelöst zu haben. Ihr war deswegen im Februar 2008 fristlos gekündigt worden. Sie war bis dahin 31 Jahre in diesem Supermarkt und seinem Rechtsvorgänger beschäftigt gewesen. Die Kündigungsschutzklage der Kassiererin wurde abgewiesen, und auch die von ihr dagegen eingelegte Berufung beim Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg hatte keinen Erfolg. Erst das Bundesarbeitsgericht (BAG) in Erfurt erklärte die Kündigung am 10.6.2010 für unwirksam.

Dass Laien die Kündigung in vielen Medien auf den ersten Blick als vollkommen unangemessen bezeichneten, erscheint insbesondere wegen des geringen Werts der Bons naheliegend. Viele Journalist_innen setzten allerdings nicht das Urteil in Bezug zu den in Geltung befindlichen rechtlichen Normen. Der Arbeitgeber hatte eine so genannte „Verdachtskündigung" ausgesprochen, für die u.a. folgende Voraussetzungen gelten:

> „Der Verdacht eines schweren Fehlverhaltens des Arbeitnehmers, der sich auf objektive Umstände stützt und überwiegend wahrscheinlich erscheint. Das mutmaßliche Fehlverhalten muss gewichtig genug für eine verhaltensbedingte Kündigung sein. Der Verdacht muss geeignet sein, das erforderliche Vertrauen zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu erschüttern."[7]

Im Falle von „Emmely" wurde im Urteil des LAG Berlin-Brandenburg zwar konstatiert, dass „der Betrag von 1,30 € [...] gering" sei und „für sich genommen nicht ins Gewicht"[8] falle. Bei der Rechtsprechung des BAG (so fügt das LAG Berlin-Brandenburg allgemein hinzu) komme es jedoch nicht „auf den Wert allein" an. Der „eingetretene Vertrauensverlust in die Redlichkeit der Arbeitnehmerin" wiege „ungleich schwerer".[9] Von einer Kassiererin werde absolute Zuverlässigkeit und Korrektheit im Umgang mit der Kasse, bei den Buchungen, mit dem Geld und Leergutbons erwartet; diese Verhaltensnormen seien „unabdingbare Voraussetzung für die Tätigkeit einer Kassiererin". Der Arbeitgeber müsse sich darauf verlassen

---

7 https://de.wikipedia.org/wiki/Verdachtskündigung (zuletzt aufgerufen am 15. Mai 2020).

8 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.2.2009 – 7 Sa 2017/08, Rn. 55.

9 Ebd. Rn. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

können, „dass sich die bei ihr [der Beklagten; HL] beschäftigten Kassierer/innen, denen sie Geld und Ware anvertraut, diesbezüglich stets korrekt verhalten“ und dass es auch nicht bei kleineren Beträgen zu Unregelmäßigkeiten komme.[10]

Soweit die Begründung der Ablehnung der Klage gegen die Entlassung.

3. *Die Begriffe „Situation“ und „Norm“*

Der Fall Emmely macht klar, dass wir über Normen und Regeln hinaus noch eine Art Radar für die Wahrnehmung der jeweiligen Situation als etwas, das Ansprüche an uns stellen kann, brauchen – eben einen Sinn für Angemessenheit. Dieser Sinn für die Gesamtsituation scheint den ersten beiden mit dem Fall befassten Gerichten abhanden gekommen zu sein.

Was macht eine Situation überhaupt aus? Eine Situation ist charakterisiert durch Ganzheit, das heißt durch Zusammenhalt ihrer Elemente und durch eine Abgehobenheit nach außen, und sie ist bestimmt durch eine integrierende Bedeutsamkeit 1. mindestens aus Sachverhalten, 2. zumeist auch von Programmen wie Erwartungen, Absichten oder Normen und 3. von Problemen.[11] Um auf die Situation antworten zu können – sei es mit Emotionen, sei es mit Urteilen und Verhalten –, muss die Situation zunächst erfasst werden, und zwar bevor einzelne Sachverhalte eindeutig aus ihr isoliert werden können oder gleichzeitig damit. Denn diese Sachverhalte sind ebenso wie einzelne Aussagen nur interpretierbar in ihrem Kontext.

Im Fall Emmely besteht die Situation aus einer Reihe von Sachverhalten (dass die Kassiererin selbst 31 Jahre in diesem Supermarkt tätig war, dass der Filialleiter ihr die Bons zur Verwahrung gegeben hatte, falls ein Kunde sie reklamieren sollte, dass sie später Bons im Wert von 1,30 € einlöste, usw.), aus rechtlichen (wie die Erfüllung der oben genannten Bedingungen von Verdachtskündigungen) und moralischen Normen. So stellt z.B. die Erwartung, dass jemand, der schon lange höchst zuverlässig an seinem Arbeitsplatz war, nicht aufgrund eines geringen Vergehens gekündigt werden sollte, nicht nur eine arbeitsrechtliche, sondern auch eine moralische

10 Ebd. Rn. 57.

11 So versteht Hermann Schmitz Situationen, vgl. *H. Schmitz*, Der unerschöpfliche Gegenstand. Grundzüge der Philosophie, Bonn 1990, S. 65–79. – Eine wichtige systematische Rolle spielen Situationen bereits in der Phänomenologie von M. Merleau-Ponty und in der Ausdrucksphilosophie von H. Plessner. Sie werden bei diesen beiden Autoren aber noch nicht begrifflich genauer bestimmt.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Norm dar. Aber auch die oben genannte Norm, dass gerade eine Kassiererin absolut zuverlässig auch bei kleinsten Beträgen sein sollte, ist eine moralische. Schließlich ist für die Situation das Problem wesentlich, ob die Kündigung rechtens war. Vor allem aber lässt sich dieser Fall – wie oft in Streitfällen – auf sehr verschiedene Kontexte beziehen: auf die Rechtsprechung wie auf die Lebenspraxis, auf die Vorgeschichte, hier z.B. die Tatsache, dass die Kassiererin aktive Gewerkschafterin war und deshalb der Verdacht aufkam, ihr werde aus vorgeschobenem Grund gekündigt, aber auch auf die Frage, ob ihr Fall möglicherweise politisch funktionalisiert werde (so ihre Gewerkschaft ver.di, die aus diesem Grund keine Öffentlichkeit bei dem Fall wollte). All diese verschiedenen Kontexte gehen in die Situation ein; sie sind Teil der Ganzheit der Situation.

Welche dieser Zusammenhänge dürfen bei der Rechtsprechung eine Rolle spielen, und was heißt es, nicht nur überhaupt angemessen auf diese spezifische Situation zu regieren, sondern eben auch ein angemessenes Urteil zu fällen? So wurde zwar der Verdacht geprüft, die Kündigung des Arbeitgebers stehe im Zusammenhang damit, dass die Gekündigte eine aktive Gewerkschafterin war, aber da nicht nachgewiesen werden konnte, dass der Arbeitgeber in vergleichbaren Fällen mit einer Kassiererin ohne Gewerkschaftszugehörigkeit anders reagiert hätte oder hat, konnte diese Vermutung für das Gericht keine Rolle spielen.[12] Damit musste ein wesentlicher Aspekt der Situation beiseite gelassen werden.

Ich habe oben behauptet, zu einer angemessenen Einschätzung und Reaktion auf eine komplexe, hier eine rechtliche Situation bedürfe es einer emotionalen Disposition. Wie muss sie beschaffen sein? Diese Fähigkeit setzt eine ganzheitliche Situationswahrnehmung voraus, die normative Gehalte im weitesten Sinne erfassen kann und damit den möglichen Antworten auf die Situation nicht nur einen Rahmen gibt, sondern sie auch in einem phänomenologischen Sinn „fundiert". Der Sinn für Angemessenheit integriert zweifellos kognitive Vermögen, aber er muss auch über rein Kognitives hinausgehen, da Kognitionen allein – unabhängig von Emotionen – nicht solche Feinabstimmungen bei gleichzeitigem Erfassen des Ganzen der Situation erlauben würden. Damit vertrete ich eine holistische These. Selbstverständlich lassen sich bei der Wahrnehmung von Situationen viele Aspekte analytisch unterscheiden, wie etwa sinnliche Wahrnehmung, Befindlichkeiten (das Gefühl, ungerecht behandelt zu werden, von „Emmely"; der Vertrauensverlust des Filialleiters; etc.), Sachverhalte, Wün-

12 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Fall_Emmely (zuletzt aufgerufen am 15. Mai 2020).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sche, Erwartungen, Gefühle, Urteile, die mit den Gefühlen verbunden sind („es trifft immer nur diejenigen, die sowieso am unteren Ende der gesellschaftlichen Leiter stehen"), Urteile, die weitgehend unabhängig davon zu sein scheinen, Handlungsimpulse („dagegen muss geklagt werden!") usw. Worauf es mir hier ankommt, ist aber, dass in der konkreten Wahrnehmung einer Situation all dies so eng miteinander verbunden ist, dass es nur in Ausnahmefällen und in künstlichen experimentellen Arrangements tatsächlich der Sache nach getrennt werden kann. Es geht beim Sinn für Angemessenheit nicht um eine distinkte Emotion, sondern um ein Wahrnehmungsvermögen, das wegen seiner emotionalen Fundierung in der Lage ist, Normativität zu erfassen. Diese Normativität erschöpft sich nicht in eindeutig ausbuchstabierbaren Normen.

Unter „Normen" verstehe ich jene normativen Orientierungen, die explizit als Anweisungen formulierbar sind, also etwa „Lüge nie", aber auch Befehlssätze, die Bedingungen formulieren wie „Wenn Du freundlich behandelt werden möchtest, sei selbst freundlich zu Deinen Mitmenschen" oder „Wenn Du gefragt wirst, musst Du antworten". Rechtliche Normen sind selbstverständlich eine Teilmenge dieses Normbegriffs, der Explizierbarkeit verlangt. Das Spektrum normativer Orientierungen ist aber erheblich weiter als das der expliziten und explizierbaren Normen. Beschreibt man dieses Spektrum unter dem Gesichtspunkt, wie stark die Bindung an die betreffende Norm ist, so stellen moralische Normen das eine Extrem einer besonders tiefen Bindung an Normen dar, während auf der anderen Seite Konventionen und Üblichkeiten stehen. Rechtliche Normen überschneiden sich teilweise mit den moralischen Normen (denen sie allerdings auch widersprechen können), teilweise handelt es sich um Verfahrensregeln, die einen eigenen Bereich rechtlicher Geltung ausmachen und mit Moral nichts zu tun haben (etwa ob man in einem bestimmten Land auf der rechten oder der linken Straßenseite fährt). Alle Normen können im Zweifel imperativisch formuliert werden; sie gelten situationsübergreifend.

Den Begriff „Normativität" dagegen verwende ich in einem deutlich weiteren Sinne, nämlich als Oberbegriff nicht nur für klar artikulierbare Normen, sondern auch für alle Formen von Wertungen, die nur unvollständig expliziert werden können wie beispielsweise das, was der Sinn für Angemessenheit von uns verlangt. „Normativität" zeigt sich aber immer in wechselseitigen Verhaltenserwartungen, die auch im Falle ihrer Enttäuschung beibehalten werden. Es handelt sich also um Orientierungen, von denen derjenige, der sich nach ihnen richtet, zumindest implizit unterstellt, dass auch andere sich entsprechend verhalten sollten, weil sie in der Sicht dessen, der sie anerkennt, in irgendeinem Sinne „gut", z.B. rechtens,

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sind. Dies kann als „allgemeine Adressierung" von allen Arten von Normativität bezeichnet werden.

Welche Normen man nur verbal für gut befindet, und an welchen man sich wirklich orientiert, das wird oft erst bemerkt vermittelt über die Emotionen, die einen Verstoß gegen sie sanktionieren: Moralisch-rechtliche Normen werden durch Gefühle wie Scham, Schuldgefühl, Zorn und Empörung sanktioniert (darin sind sich Autoren wie Bernard Williams, Ernst Tugendhat oder Hermann Schmitz einig),[13] nicht-moralische Normen durch leise Gefühle von Irritation, durch Verlegenheit, Peinlichkeit, Ärger, Gereiztheit und Ungeduld, schlimmstenfalls durch Verachtung. Aber natürlich sagt ein einzelnes Gefühl noch nichts Eindeutiges darüber aus, um welche Art von Norm es sich handelt, und ob überhaupt eine Norm im Spiel ist.

Damit ist aber lediglich geklärt, dass Normen durch Gefühle sanktioniert werden, und noch nicht die Frage beantwortet, wie wir überhaupt darauf aufmerksam werden können, dass eine Situation normative Ansprüche an uns stellt, mit anderen Worten: wie sich das emotionale und dabei auch normative Erfassen der Situation verstehen lässt. Allein dadurch, dass wir Situationen als bedeutsame Ganzheiten wahrnehmen, sind wir leiblich in sie hineingezogen; wir treten auf dieser leiblichen Basis in eine auch emotionale Interaktion mit der Situation: Wir registrieren, ob eine Situation uns ‚angeht' oder nicht, ob sie uns vielleicht nicht persönlich angeht, aber doch irgendwie berührt, und wir stimmen unsere Emotionen und Handlungen entsprechend mit den Erfordernissen der Situation ab. Dieses Abstimmen bedarf, so meine These, eines Sinns für Angemessenheit, der zumeist weit unterhalb der Bewusstseinsschwelle operiert, aber auch gezielt ausgebildet und kultiviert werden kann.

Die These, wonach ein emotional getönter Sinn für Angemessenheit bereits unsere grundlegende Situationswahrnehmung begleitet, lässt sich mit Heideggers Annahme stützen, dass wir nicht umhin können, gestimmt zu sein, und dass unser Verstehen von Situationen in der Befindlichkeit fundiert ist.[14] Der Prozess der kognitiven Wahrnehmung von Situationen ist, wie oben skizziert, nur nachträglich und analytisch loszulösen von Emo-

---

13 Vgl. *E. Tugendhat*, Vorlesungen über Ethik, Frankfurt a. M. 1993, *B. Williams*, Shame and Necessity, Berkely, Los Angeles, London: University of California Press 1993, *H. Schmitz*, System der Philosophie Bd. III.3. Der Rechtsraum. Praktische Philosophie, Bonn 1973, § 172d, S. 44–47.

14 „Daß Stimmungen verdorben werden und umschlagen können, sagt nur, daß das Dasein je schon immer gestimmt ist. Die oft anhaltende, ebenmäßige und fahle Ungestimmtheit, die nicht mit Verstimmung verwechselt werden darf, ist so we-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

tionen und dem Wahrnehmen evaluativer Gehalte. Wenn Wertungen ein Ergebnis von emotionalen Prozessen sind[15] und Emotionen uns erschließen, was uns wichtig und für uns wertvoll ist, dann können wir auch mit ihrer Hilfe die Ansprüche anderer an uns oder an die Situation wahrnehmen, und auf dieser Grundlage entscheidet sich, welche dieser Erwartungen wir anerkennen und beantworten.

Ich gehe davon aus, dass es für die Wahrnehmung einzelner Sachverhalte erforderlich ist, zugleich mit ihnen die Ganzheit der Situation zu erfassen, und dafür ist insbesondere ein Gespür für die Atmosphäre und damit eine emotionale Kompetenz entscheidend. Ohne dieses emotional fundierte Gesamtverstehen ist es nicht möglich, mit distinkten Emotionen sinnvoll auf einzelne Sachverhalte und mit dem entsprechenden Handeln adäquat auf die Situation zu reagieren, weil die einzelnen Sachverhalte sonst nicht richtig eingeordnet und deshalb leicht missverstanden werden können. So kann man natürlich leicht sagen, dass die Tatsache, dass die Kassiererin seit 31 Jahren in diesem Supermarkt gearbeitet hatte, nichts damit zu tun hat, dass sie die Bons einlöste. Man kann aber auch sagen, dass jemand, der 31 Jahre zuverlässig und mit dem Vertrauen und zur Zufriedenheit seiner Vorgesetzten gearbeitet hat, dieses Vertrauen nicht durch eine solche Lappalie verlieren sollte. Diese normative Aussage ist in einem Gefühl für Ungerechtigkeit fundiert.

Die skizzierte Wahrnehmungskompetenz muss dann, wenn es um Rechtsanwendung geht, im Rahmen des Rechts erschlossen und in Rechtsnormen umgesetzt werden. Dazu bietet das Rechtsgefühl als eine besondere Ausbildung des Sinns für Angemessenheit erste Orientierungen.

---

nig nichts, daß gerade in ihr das Dasein ihm selbst überdrüssig wird." *M. Heidegger,* Sein und Zeit (Fn. 5), § 29, S. 134. – Auch Spinoza und David Hume vertreten ähnliche Thesen.

15 Für diese These argumentiere ich bereits in *H. Landweer*, Normativität, Moral und Gefühle, in: H. Landweer (Hrsg.), Gefühle – Struktur und Funktion, Berlin 2007, S. 237-254. Philosophiegeschichtlich ist diese Position vor allem in der Frühen Phänomenologie ausgearbeitet worden. Vgl. *T. Szanto/H. Landweer*, The Phenomenology of Emotions—Above and Beyond 'What it is Like to Feel', in: T. Szanto/H. Landweer (Hrsg.): Routledge Handbook of Phenomenology of Emotions, London/New York: Routledge 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

4. Spezialfälle des Sinns für Angemessenheit. Das Rechtsgefühl

Welche Art von Kompetenz mit dem Ausdruck „Sinn für Angemessenheit" gemeint ist, kann anhand einiger seiner Spezialfälle anschaulicher werden. Das Gerechtigkeitsgefühl, das moralische Gefühl, das Taktgefühl und nicht zuletzt das, was bei Kant „Geschmack" heißt[16] – all diese Dispositionen, genauer: diese menschlichen Fähigkeiten betrachte ich als Spezifikationen und als besondere Kultivierung des Sinns für Angemessenheit. Das Gerechtigkeitsgefühl etwa bezeichnet jene Fähigkeit, Ungerechtigkeit auch dort zu erkennen, wo nicht eindeutig gegen bestimmte Gerechtigkeitsprinzipien verstoßen worden ist und wo eher ein Gespür für die jeweilige Situation gefragt ist. Entsprechend kann das moralische Gefühl oder der *moral sense* aufgefasst werden, der eine Fähigkeit zur Wahrnehmung der moralischen Gehalte von Situationen meint, wobei Gefühle und Urteile verschmolzen sind. Ebenso wie der *moral sense* und das Gerechtigkeitsgefühl lässt sich auch das Taktgefühl nicht auf den Nenner allgemeiner Normen bringen – gerade das wäre das Gegenteil von Takt; eine strikte Orientierung an unflexiblen Prinzipien kann im sozialen Kontakt hölzern wirken. Dem Taktgefühl benachbart ist der Begriff der Höflichkeit. Sie wird oft als ein Bündel spezieller, eher äußerlicher Konventionen betrachtet, wäre aber bedeutungslos, wenn sie sich nicht auf eine besondere Art der Achtsamkeit auf andere bezöge, die gerade nicht in Normen ausbuchstabiert werden kann – ohne diese Achtsamkeit würde Höflichkeit komisch wirken, wie auswendig gelernt aus einem Benimm-Buch. So mag die Konvention des Sich-grüßens konventionell geregelt sein, aber wie dies geschieht, ob man euphorisch, erfreut, flüchtig, gleichgültig oder gar uninteressiert grüßt, ist keine Frage von Regeln, sondern genau in die jeweils aktuelle Situation eingepasst, die die beiden Grüßenden teilen.

Nicht zuletzt gehört natürlich auch das Rechtsgefühl zu diesen Spezialfällen des Sinns für Angemessenheit. Ich verstehe diesen in einer sehr deutschen Tradition stehenden Begriff als etwas anders akzentuiert als das Gerechtigkeitsgefühl: Er ist spezieller auf das gesetzte Recht bezogen und kann damit auch Rechtsfragen jenseits von Gerechtigkeitserwägungen betreffen, etwa wenn es darum geht, ob eine Regel zu einem bestimmten Regelwerk „passt" oder nicht. Der Ausdruck „Rechtsgefühl" wäre insofern in seinem Anwendungsbereich mal weiter (insofern er nicht auf Gerechtigkeitsfragen beschränkt, sondern auf das gesamte Recht bezogen ist), mal spezifischer (oder enger anwendbar) als das Gerechtigkeitsgefühl. Letzteres

16 S. unten 5. Abschnitt.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

könnte sich beispielsweise auch auf Gerechtigkeitserwägungen zwischen Freunden beziehen, die diesseits rechtlicher Regelung angesiedelt sind; hier ließe sich nicht sinnvoll von „Rechtsgefühl" sprechen.

Wie Gerechtigkeitsgefühl, so kann auch Rechtsgefühl prinzipiell sowohl von Laien als auch Expert_innen ausgebildet werden; der Wortgebrauch ist allerdings nicht in allen Kontexten gleich. Eindeutig auf Expert_innen bezogen ist der *sensus juridicus* oder auch das Judiz, das ein spezifisch juristische Urteilsvermögen bezeichnet, etwa das speziell ausgebildete Rechtsempfinden und die Urteilskraft der Richterin. Judiz lässt sich als Fähigkeit beschreiben, einen Rechtsfall intuitiv zu bewerten. Damit wird auch in der Rechtswissenschaft, deren Aufgabe im Wesentlichen im Differenzieren, Erläutern, Reflektieren und Anwenden von Rechtsprinzipien besteht, einem Vermögen Rechnung getragen, das gerade nicht in der starren Anwendung von Paragraphen und ihrer richtigen Deduktion besteht, sondern auf einem Gespür für die Gesamtsituation des Rechts bzw. für das rechtliche Umfeld eines Einzelfalles beruht, für die Besonderheit der möglichen Verstöße und Komplikationen, von Schuld und Strafen. Judiz wäre damit eine Form des Rechtsgefühls.

Die Rechtswissenschaft hat verständlicherweise ein ambivalentes Verhältnis zu Begriff und Phänomen des Rechtsgefühls,[17] eine Ambivalenz, die sich wahrscheinlich nicht zuletzt daraus ergibt, dass auch heute gelegentlich noch sehr holzschnittartig mit dem „Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" argumentiert wird, einer Rechtsfigur aus der NS-Zeit, die vor nicht allzu langer Zeit leicht abgewandelt vom Innenminister von NRW verwandt wurde.[18] Naheliegender und wichtiger scheint es deshalb, sich eher auf den Gerechtigkeitssinn zu berufen, etwa im Sinne von Gustav Radbruchs „Formel" für die Ermittlung von evident ungerechtem Recht, das dann auch nicht mehr richtig sein kann. Dies hat z.B. eine Rolle gespielt in den Mauerschützenprozessen nach der Wiedervereinigung.[19] Wie oben skizziert, haben die Begriffe „Gerechtigkeitsgefühl" und „Rechtsgefühl" aber nicht die gleiche Extension; manchmal geht es tatsächlich um ein Gespür für die Rechtspraxis im engeren Sinn, die in gewissen Fällen, z.B. bei bestimmten Verfahrensfragen, nur in konstruierter Weise auf Gerechtigkeit bezogen werden kann.

---

17 Vgl. auch *E. Lampe* (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. X, Opladen 1985.

18 Siehe hier: https://www.sueddeutsche.de/kolumne/fall-sami-a-ein-unfassbarer-vorgang-1.4117531 (zuletzt aufgerufen am 15. Mai 2020).

19 Vgl. dazu *G. Nolte/H. Aust*, in: M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, 7. Aufl., München 2018, Art. 103, Abs. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Die – in der Sicht mancher Jurist_innen – Anstößigkeit oder wenigstens Problematik des Begriffs „Rechtsgefühl" mag auch darin liegen, dass „Recht" und „Gefühl" für sie fast Gegensätze zu sein und insbesondere der Verpflichtung zur Überparteilichkeit entgegenzustehen scheinen, zumal Recht oft mit Vernunft identifiziert wird.[20] Wie erwähnt, lassen sich Vernunft und Gefühl aber auch anders, und zwar als nicht ausschließend und statt dessen z.B. sogar als aufeinander aufbauend konzeptualisieren.[21]

Zudem könnte es hilfreich sein sich klarzumachen, dass der in der Rechtswissenschaft so umstrittene Begriff des Rechtsgefühls einen engen Bezug zu Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit hat, ein Begriff, der in der Rechtsprechung anerkannt ist und dort eine kaum zu überschätzende Rolle spielt. Er ist im Europäischen Verfassungsrecht tief verankert und bestimmt da wie anderenorts regelmäßig Entscheidungen, etwa auch in der deutschen Rechtsprechung zu den Maßnahmen, welche die Verbreitung des Corona-Virus eindämmen sollen.

Die enge begriffliche Verwandtschaft von Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit einerseits mit Rechtsgefühl andererseits ist wenig überraschend, bezeichnet der Ausdruck „Rechtsgefühl" doch gerade jene Fähigkeit, die notwendig ist, um Vorstellungen von Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit ausbilden zu können: „Angemessen" und „verhältnismäßig" im Recht ist das, was der Gesamtheit der Sachverhalte, Programme und Probleme[22] einer bestimmten Rechtssituation Rechnung trägt und also eines auf das Ganze bezogenen Vermögens bedarf; dieses Ganze muss umfassender wahrgenommen werden als bloß als Summe einzelner Sachverhalte und Rechtsnormen. Das Rechtsgefühl ist die Fähigkeit, eine Gesamtsituation mit ihren normativen Gehalten wahrzunehmen; sie zeigt sich in der gekonnten Ausübung, nämlich darin, das Spezifische einer

---

20 Vgl. *H. Landweer/D. Koppelberg,* Der verkannte Zusammenhang von Recht und Emotion, in: H. Landweer/D. Koppelberg (Hrsg.): Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge, Freiburg 2016, S. 13–47. – Vgl. auch *J. Hänni,* Phänomenologie der juristischen Entscheidung im selben Band, S. 227–248 sowie *K. Hoffmann-Holland/J. Koranyi*, Coaching von Richterinnen und Richtern: Besorgnis der Befangenheit, in: H. Landweer/F. Bernhardt (Hrsg.), Recht und Emotion II. Sphären der Verletzlichkeit, Freiburg 2017. Es sei nicht unterschlagen, dass sich inzwischen einige Arbeiten mit dem Gefühl im Recht durchaus positiv auseinandersetzen, etwa im Zusammenhang mit Empathie.

21 S. auch *J. Hänni,* Juristisches Urteil – seine wahrnehmungstheoretischen Voraussetzungen, in diesem Band, Kap. 4.2, S. 95 f.

22 S. oben, 3. Abschnitt.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

rechtsrelevanten Situation zu erkennen, das erst in einem zweiten Schritt auf allgemeine Prinzipien bezogen werden kann.[23]

Das Rechtsgefühl dient also nicht nur der nachträglichen Korrektur von Rechtsanwendungen mit Hilfe von Gerechtigkeits- und Angemessenheitserwägungen, sondern ist ihnen vorgeordnet;[24] es kann aber durchaus auch a posteriori wirksam sein. Hänni nennt den Fall einer Mörderin ihres Ehemannes in der Schweiz, die Witwenrente bezieht.[25] Keine sozialversicherungsrechtliche Rechtsnorm schien dies zu verbieten; erst nachträglich lässt sich diese Lücke im Gesetz schließen. Der Auslöser dafür ist, dass sie dem Rechtsgefühl, in diesem Fall auch dem Gerechtigkeitsgefühl, entgegensteht. So wichtig dieses „Nachtarieren" eines vorher nicht bedachten Rechtsfalls auch sein mag, so ist das Rechtsgefühl doch, wie gesagt, keineswegs auf diese Rolle a posteriori beschränkt. Es bestimmt bereits wesentlich, was überhaupt auf die Waage der Justitia kommt, und wie sie von vornherein austariert wird. Im Fall „Emmely" versagte das Judiz der Rechtsprechenden offenbar in den ersten beiden damit befassten Instanzen, obwohl sie sich korrekt auf geltendes Recht bezogen hatten. Hier war es in erster Linie das Gerechtigkeitsgefühl von Laien, das gegen die Urteile revoltierte.

Das Rechtsgefühl ermöglicht eine Feinabstimmung mit der Situation und mit den einzelnen Umständen, die sie ausmachen; es berücksichtigt äußerst komplexe Bedingungen. Es sollte gegen illegitime und vergröbernde Berufungen auf es verteidigt werden wie in den oft allzu vereinfachenden und zumeist ideologisch motivierten Inanspruchnahmen des „Rechtsgefühls aller billig und gerecht Denkenden". Damit wird oft ein schlichtes Vergeltungsgefühl angesprochen, aber gerade nicht ein auf die Feinheiten der Situation und des Rechts abgestimmtes Vermögen.

Die Komplexität der Rechtslage im Fall Emmely wurde erst vom BAG in Erfurt vollständig berücksichtigt, das am 10.6.2010 die Kündigung schließlich für unwirksam erklärte. Am 28.7.2009 hatte der 2. Senat des BAG die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin positiv beschieden und

---

23 Vgl. *J. Hänni*, Juristische Entscheidung (Fn. 20).

24 Auch für Julia Hänni ist das Rechtsgefühl vorgängig zentral, insbesondere bei der Auslegung von Normen vor dem konkreten Sachverhalt. Sie bezeichnet das Rechtsgefühl in diesem Band daher als Bestandteil der juristischen Urteilskraft, d.h. als a priori relevant für die Erschließung von Normen. Vgl. *J. Hänni*, Juristisches Urteil, in diesem Band S. 88 ff., ebenso *J. Hänni*, Juristische Entscheidung (Fn. 20), S. 234 ff.

25 *J. Hänni*, Juristische Entscheidung (Fn. 20), S. 239.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

die Revision gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts zugelassen.[26] Dabei ist aufschlussreich, dass der Grund für die Zulassung nicht der geringe Wert der Leergut-Bons war, sondern dass das Verhalten der Kassiererin während des Prozesses, d.h. nach erfolgter Kündigung, eine Rolle im Urteil gespielt hatte. Das BAG nannte am 10.6.2010 in seinem Urteil das Einlösen der Bons eine „erhebliche Pflichtwidrigkeit", machte aber zugleich klar, dass sich damit allein keine fristlose Kündigung rechtfertigen lasse. Hier fand die 31-jährige Tätigkeit der Kassiererin Berücksichtigung, denn das Gericht sprach davon, dass das in dieser langen Mitarbeit erworbene Vertrauen durch eine einmalige und geringe Verfehlung „nicht aufgezehrt" werden könne.[27]

In den fachwissenschaftlichen und politischen Kontroversen schlugen während dieses Prozesses und nach ihm die Wogen in heftiger Emotionalisierung hoch. Ich zitiere hier nur eine Äußerung, die den Zusammenhang des Falls mit Abwägungen zu Angemessenheit drastisch verdeutlicht: „Da wird auf der einen Seite eine Kassiererin mit 30-jähriger Berufserfahrung wegen 1,30 Euro entlassen. Was macht man stattdessen mit den Managern und Bankern, die die gesamte Wirtschaft in die Krise gestürzt haben?"[28] Zumindest in diesem Blog wird der Zusammenhang von Emotionen mit Wertungen äußerst deutlich; viele Kommentatoren benennen ihre Wut über die Urteile der ersten beiden Instanzen.

Auch wenn unmittelbare Vergleiche wie der im Zitat keine gerichtlichen Urteile motivieren dürfen, so benennen sie doch wichtige Proportionen aus lebensweltlicher Sicht, und es befriedigt zudem das Rechtsgefühl, dass das BAG die Kündigung in seinem Urteil in der letzten Instanz für unverhältnismäßig und damit für unwirksam erklärte.[29]

5. Traditionslinien. An der Stelle von jedem anderen fühlen können?

Will man den Gedanken motivieren, dass das Recht durch einen Sinn für Angemessenheit zur Anwendung gebracht und austariert wird, und zwar unabhängig davon, ob die Rechtsauslegenden selbst das so verstehen oder nicht, und will man außerdem die These stützen, dass das besagte Vermö-

---

26 Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Fall_Emmely (zuletzt aufgerufen am 15. Mai 2020).

27 BAG, Urteil vom 10. Juni 2010, AZ: 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227.

28 B. Schöhl in „Bronski – das FR-Blog vom 25.2.2009", http://frblog.de/einsdreissig/ (zuletzt aufgerufen am 15. Mai 2020).

29 BAG, Urteil vom 10. Juni 2010, AZ: 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

gen (auch) emotionaler Natur ist, so erscheint ein Blick in die Begriffsgeschichte von „Angemessenheit" aufschlussreich.

Zwar sind die Namen für „Sinne" (im übertragenen Sinne) oder Fähigkeiten wie „Sinn für Angemessenheit", „Gerechtigkeitssinn" oder „moralischer Sinn" vergleichsweise neueren Datums; sie finden sich erst seit etwa 1800 in Texten. Dennoch entstehen sie nicht aus dem Nichts, sondern sind in weiter zurückliegende Traditionen eingebettet, die auch heute noch anschlussfähig sind. Die älteste Quelle für Diskurse über Angemessenheit ist zugleich die wirkmächtigste: die Tradition der Rhetorik von der Antike bis zur Gegenwart. Aristoteles entfaltet in seinem gleichnamigen Werk die bis ins 21. Jahrhundert reichende Vorstellung von der Angemessenheit als einem Stilprinzip der Rede (*prepon*),[30] zugleich aber auch seine wirkmächtige Emotionstheorie. Die rhetorische Tradition ist von vornherein mit Affektenlehren verbunden, die bis weit ins 18. Jahrhundert philosophisch lebendig sind.

Der wesentliche Bezugspunkt für Angemessenheit ist in der Rhetorik stets die Situation. Was als angemessen anzusehen ist, muss dabei ausdrücklich von Fall zu Fall verschieden beantwortet werden. Damit ist Angemessenheit, wie erwähnt, im Unterschied zu Normen gerade nicht als situationsübergreifend zu verstehen, auch wenn sich manche Vorstellungen von Angemessenheit zu einer weiter reichenden normativen Geltung verfestigen können. Im Kern gilt das Angemessene ausdrücklich nicht als reguliert: hier gibt es nach Quintilian kein festes Maß; stattdessen kommt es, wie man sagen könnte, auf „das Fingerspitzengefühl" an.[31]

Im rhetorischen Verständnis von Angemessenheit *(aptum* und *decorum)* verbinden sich optische und mechanische Elemente. Einerseits bezeichnen die entsprechenden Ausdrücke zunächst das, was an der äußeren Erscheinung ins Auge fällt und dem, der so auftritt, mehr oder weniger „ansteht".[32] Diese Bedeutungsnuance zielt auf eine optische Passung und gewinnt im Verlauf der Philosophiegeschichte immer mehr einen engeren ästhetischen Sinn; es ist das, was gut miteinander harmoniert oder zusammenstimmt.[33] Andererseits ist das Angemessene aber auch das, was sich als

30 Vgl. *B. Asmuth*, Artikel „Angemessenheit", in: G. Ueding (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Rhetorik Bd. I, Tübingen 1992, S. 579–604.

31 Ebd.

32 Vgl. *M. Pohlenz,* Τὸ πρέπον [Tò prépon], in: Nachrichten von der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Philologisch-historische Klasse, Göttingen 1933, 53.

33 Vgl. den eingangs genannten Begriff der Ästhetik, der bis zum Ende des 19. Jahrhunderts relativ unangefochten galt.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Teil nahtlos in ein gegebenes Ganzes ohne Reibung einfügt. Dies ist eher ein mechanisches Bild; man könnte sagen, es beschreibt eine Art „Einrasten": Ein bestimmtes Verhalten fügt sich genau dann als „angemessen" in eine Situation ein, wenn es sich nahtlos mit kritischen Elementen der Situation verbindet und sie so zu einer neuen, harmonischeren Ganzheit gestaltet. Während unangemessenes Verhalten im Extremfall die Situation sprengt oder die Beteiligten zumindest irritiert, wird passendes Gebaren als sozial evident erlebt, zumeist ohne thematisch zu werden. Das mechanische Bild bietet den Hintergrund für die soziale Sicht der Angemessenheit als das, was sich gehört oder das, was sich schickt; es ist das Sicheinfügen („Einrasten") in die soziale Ordnung. Auch wenn das optische Passen einen eindeutigen ästhetischen Sinn hat und die mechanische Passung eine soziale Bedeutung im engeren Sinn, so ist die ästhetische Dimension auch der sozialen Ordnungsvorstellung doch kaum zu übersehen. Zudem ist das Interessante an dieser rhetorischen Tradition von Angemessenheit, dass beide Dimensionen des Begriffs von Beginn an vielfältige Verknüpfungen eingehen.

Diese enge Beziehung von ästhetisch-sinnlicher Bedeutung und sozialem Sinn teilt die *aptum*-Tradition mit der in sich äußerst vielschichtigen und nuancenreichen Begriffsgeschichte des *sensus communis*.[34] Sie beginnt mit Aristoteles' *koinon aisthētērion* und hat zunächst eine ganz andere Bedeutung als der deutsche Ausdruck „Gemeinsinn": Bei Aristoteles ist ein gemeinsames Sensorium der Einzelsinne angesprochen, das die einzelsinnliche Wahrnehmung zu einem Ganzen bündelt;[35] es ermöglicht etwa die Identifizierung des Gesehenen mit dem Ertasteten. Diese Bedeutung kommt auch noch bei Descartes vor. In der Nachfolge von Aristoteles wird der *sensus communis* aber immer mehr im Sinne von gemeinschaftlichen Überzeugungen als Grundlage des Erkennens verstanden; er geht im 18. Jh. in *common sense* über[36] – ein Aspekt, der die *moral sense*-Philosophie beeinflusst und auch Kants Verständnis des *sensus communis* bestimmt.

Die eigenständige Entwicklung der *moral sense*-Philosophie wurde durch Anthony Ashley Cooper, den 3. Earl of Shaftesbury, vorbereitet, der

---

34 Vgl. dazu *S. Thoma*, Common Sense und Verrücktheit im sozialen Raum. Entwurf einer phänomenologischen Sozialpsychiatrie, Köln 2018, S. 64–83.

35 *Aristoteles*, Über die Seele, hrsg. von H. Seidl mit Einleitung, Übersetzung (nach W. Theiler) und Kommentar, Hamburg 1995, 425a14–30 spricht von einem gemeinsamen Wahrnehmungssinn (*koinē aisthēsis*); vgl. *H. Busche*, Die Seele als System. Aristoteles' Wissenschaft von der Psyche, Hamburg 2001.

36 Vgl. *H. Salaverria*, Spielräume des Selbst. Pragmatismus und kreatives Handeln, Berlin 2007.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

von einem *sensus communis* sprach und damit nicht den *common sense* im Sinne einer unreflektierten Mehrheitsmeinung meinte, sondern einen Sinn für das Gemeinwohl, für Gerechtigkeit und Solidarität, verbunden mit Taktgefühl und Rücksichtnahme.[37] Der schottische Empirismus des 18. Jahrhunderts modifizierte diese Vorstellung in Richtung auf gemeinsames Wahrnehmen oder Fühlen. Der *moral sense* lässt sich als eine Fähigkeit zur Wahrnehmung der normativen Gehalte von Situationen verstehen, wobei Gefühle und Urteile verschmolzen sind, aber bei den einzelnen Autoren, etwa bei Francis Hutcheson, David Hume und Adam Smith, in unterschiedliche Theorierahmen eingebettet und unterschiedlich akzentuiert werden.[38] Anders als in meiner Auffassung des „Sinns für Angemessenheit", die Vorstellungen ästhetischer Normativität einschließt, ist dies bei den typischen Vertretern von *moral sense*-Theorien nicht der Fall.

Besonders aufschlussreich für Überlegungen zu Angemessenheit ist Kants Konzeption des Geschmacks, in der die ästhetische Dimension der Angemessenheit mit der sozialen verknüpft ist. Geschmack ist „das Vermögen der Beurteilung des Schönen"[39], genauer geht es um die Fähigkeit, „durch eine mit der Vorstellung der Form eines Gegenstandes, ohne Beziehung auf einen Begriff, unmittelbar verbundene Lust allgemeingültig zu urteilen".[40] Diese schwierige Bestimmung des Geschmacks kann hier nicht in Kants einzelnen Begründungsschritten nachvollzogen werden; wichtig ist nur, dass Kant betont, beim Urteil über das Schöne gäbe es keine Beziehung zum Begriff. Auch bei Kants Begriff des Geschmacks findet sich also nichts, was mit begrifflich artikulierbaren Prinzipien oder Normen in Verbindung gebracht werden könnte. Dennoch nennt Kant das Urteil „allgemeingültig", weil es, so Kants Formulierung, allen „angesonnen" wird. Aber auch dabei geht es um das Spezifische der Gestalt des schönen Gegenstandes, die nach Kant potentiell alle gleichermaßen wahrnehmen. In dieser hypothetisch von allen geteilten Sicht liegt das Allgemeine beim

37 Vgl. *A. Baum/U. Renz*, Shaftesbury: Emotionen im Spiegel reflexiver Neigungen, in: H. Landweer/U. Renz (Hrsg.), Klassische Emotionstheorien von Platon bis Wittgenstein, Berlin 2008, S. 351–369.

38 Vgl. *A. Garrett*, Hutcheson: Leidenschaften und *moral sense*, in: H. Landweer/U. Renz (Hrsg.), Klassische Emotionstheorien von Platon bis Wittgenstein, Berlin 2008, S. 373–391, *C. Demmerling /H. Landweer*, Hume: Natur und soziale Gestalt der Affekte, in: H. Landweer/U. Renz (Hrsg.), Klassische Emotionstheorien von Platon bis Wittgenstein, Berlin 2008/2012, S. 393–412, *C. Strub,* Smith: Sympathie, moralisches Urteil und Interesselosigkeit, im selben Band, S. 413–434.

39 *I. Kant*, Kritik der Urteilskraft (zuerst 1790), hrsg. von H. Klemme, Hamburg 2001, § 1 Anm. (II 39).

40 *I. Kant*, Kritik der Urteilskraft (Fn. 39), Einl. VI (II 27).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Schönen. Auch hier handelt es sich also um eine allgemeine Adressierung, die ich als Kriterium für alle Arten von Normativität genannt habe, und zwar ohne Bezug auf artikulierbare Prinzipien. Auch das Urteil über das Schöne im Kantischen Sinn lässt sich also dem allgemeineren Sinn für Angemessenheit subsumieren.

Als letzten Bezugspunkt, der die beiden wichtigsten Traditionslinien dessen, was ich „Sinn für Angemessenheit" nenne, verbindet, nämlich die *moral sense*-Philosophie und die *sensus communis*-Tradition,[41] sei Bourdieus *sens pratique* genannt.[42] Bei Bourdieus „praktischem Sinn" handelt es sich um ein habitualisiertes, verkörpertes Wissen um die Art, wie man sich zu bewegen und zu verhalten hat; dieser Sinn ermöglicht Orientierung, ohne dass auf explizites Wissen zurückgegriffen werden müsste. Er gehört zum sozialen Habitus, womit das Spezifische eines Milieus angesprochen ist, und bezeichnet ein intuitives soziales Gespür für das, was in einer Situation angemessen ist. Hier wird die Verwandtschaft zum Rechtsgefühl deutlich: Dieses ist ein am Umgang mit dem Recht geschultes, aber zugleich intuitives Gespür für das, was eine rechtliche Situation verlangt. Ebenso, wie im Recht in solchen Fällen keine Normen zur Verfügung stehen, so ermöglicht auch Bourdieus *sens pratique* zu handeln *comme il faut*, ohne dass jemand eine Verhaltensregel formulieren müsste – und oft nicht einmal könnte.

Die hier nur in groben Zügen skizzierten Traditionslinien, die Angemessenheit in verschiedenen Bereichen und zum Teil unter wechselnden Bezeichnungen thematisieren, berücksichtigen nur in der *moral sense*-Variante explizit affektive Komponenten. Bei Kant kommt immerhin die Lust am Schönen vor, wenn auch keine (anderen) „Neigungen" oder Gefühle. Diese Abstinenz vom Emotionalen ist interessant, weil die Spezialfälle des Sinns für Angemessenheit, die hier skizziert wurden, zumeist durch Komposita bezeichnet werden, deren letztes Glied jeweils „Gefühl" ist. Nun bezeichnen aber die Begriffe „moralisches Gefühl", „Taktgefühl" und „Rechtsgefühl" klarerweise keine distinkten Emotionen. U.a. deshalb[43] ist in der Rechtswissenschaft diskutiert worden, ob man das, was in der Tradition des „Rechtsgefühls" gemeint war, nicht besser als „Rechtsbewusstsein" bezeichnen sollte.

---

41 Vgl. *Thoma*, Common Sense (Fn. 34), Teil Eins: bes. Kap. 3, S. 64–83.

42 Vgl. *P. Bourdieu,* Le sens prátique, Paris 1980.

43 Und natürlich wegen der generellen Skepsis der Rechtswissenschaft gegen Gefühle; s. oben.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

In diesen Debatten bestand das Argumentationsziel zumeist darin zu zeigen, dass das Rechtsgefühl eine kognitive Kompetenz und nichts Irrationales ist. Das soll hier nicht bestritten werden, aber mein Vorhaben zielt auf einen anderen Aspekt, nämlich darauf, mit dem Bezug auf das Rechtsgefühl die Relevanz des Emotionalen für Wertungen zu unterstreichen.[44] Es ist an der Zeit, dass sich auch die Rechtswissenschaft von einer allzu starren Entgegensetzung von Vernunft und Gefühl, von Subjektivität und Objektivität verabschiedet. Das braucht den Grundsatz der Unparteilichkeit nicht zu berühren, mehr noch, die Unabhängigkeit verlangt sogar die genuin eigenständige Anwendung des Rechts, die sich auf das Rechtsgefühl stützen muss. Aber das kann hier nur angedeutet werden.

Die genannten Dualismen hängen mit der Introjektion der Gefühle in einen privaten Innenraum[45] zusammen, einem Prozess, der in der abendländischen Philosophie bereits ca. 500 v. Chr. begonnen hat, und es scheint bis heute trotz der seit ca. 30 Jahren anhaltenden, intensiv geführten Debatte um die Theorie der Emotionen wenig klar, wie Gefühle ontologisch zu verstehen sind.[46]

Jedenfalls aber sind die Gefühle nicht per se der Vernunft entgegengesetzt; das zumindest ist in der Forschung kaum noch umstritten. Es scheint mir ziemlich eindeutig zu sein, dass das Gefühl für das Erfassen dessen, was eine Situation an normativen Ansprüchen stellt, eine gewissermaßen vorgelagerte Voraussetzung darstellt und damit auch für das Tätigwerden der Urteilskraft. Kant bestimmt die Urteilskraft als das Vermögen zu prüfen, ob ein Fall unter die Regel, im Bereich der Moral also unter das Sittengesetz, fällt oder nicht. Ihre Maxime lautet: „An der Stelle jedes anderen denken können".[47] Ich möchte diese Maxime folgendermaßen modifizieren: nicht nur an der Stelle jedes anderen denken, sondern auch an der Stelle jedes anderen *fühlen* können. Damit ist sie der Kantischen Moralphilosophie selbstverständlich diametral entgegengesetzt, da aus Kants Perspektive keinerlei sinnliche Antriebe – und dazu zählen die Gefühle[48] – für

44 Vgl. *Szanto/Landweer*, The Phenomenology of Emotions (Fn. 15).

45 Vgl. *H. Schmitz*, Der unerschöpfliche Gegenstand (Fn. 11), S. 17–19, aber auch S. 24.

46 Vgl. *Szanto/Landweer*, The Phenomenology of Emotions (Fn. 15).

47 *I. Kant*, Kritik der Urteilskraft (Fn. 39), § 40.

48 Das für Kant für die moralische Motivation so zentrale Gefühl der Achtung versteht er selbst nicht als sinnlich, sondern als „durch einen Vernunftbegriff *selbstgewirktes* Gefühl". *I. Kant,* Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Werkausgabe Band VII, hg. von W. Weischedel, Frankfurt a. M. 1968 (EA 1785/1786), BA 17, Anm. (Hervorhebung i.O.).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

moralisches Handeln eine Rolle spielen dürfen. Die von mir modifizierte Maxime der Urteilskraft kann als eine pointierte Formulierung desjenigen sozialen Wahrnehmens gelten, das ich als Sinn für Angemessenheit bezeichne: ein Gemeinsinn, der (neben der Ästhetik, aber das ist hier nicht Thema) Recht und Moral fundiert, oder *sensus communis*.

Mit der Formulierung „an der Stelle jedes anderen fühlen können" ist selbstverständlich nicht gemeint, wir könnten die Emotion des anderen als unsere fühlen, wohl aber können wir das Gefühl anderer wahrnehmen und mit Empathie oder Sympathie auch nachempfinden. Wir nehmen die emotionale Perspektive der anderen ein, aber mit einem eigenen Gefühl, dessen „intentionaler Gehalt", das heißt die Sache, worauf das Gefühl gerichtet ist, die Emotion *des anderen* ist. Das, was ich als „Sinn für Angemessenheit" bezeichne, vollzieht aber noch einen Schritt mehr als lediglich die Empathie in bestimmte Personen, es geht über die konkreten Gefühle der einzelnen an der Situation Beteiligten hinaus. Dieser Sinn ermöglicht eine Einstimmung in die Situation, eine zumeist lediglich implizit vollzogene Zusammenschau der emotionalen Lagen der Beteiligten, idealerweise aller Beteiligten, und der Erfordernisse der Situation. Damit geht er über Empathie weit hinaus. Er ist eine Art emotionales soziales Gleichgewichtsorgan, das unwillkürlich auf die vielen an der Situation beteiligten Perspektiven antwortet.

6. Zusammenfassung und Ausblick

Die hier vorgestellten Überlegungen lassen sich in folgenden drei Thesen zusammenfassen: 1. Angemessenheit ist auf die jeweilige Situation bezogen. Wegen der Abhängigkeit von der Besonderheit der jeweiligen Situation kann sie nicht als Norm expliziert werden, denn Normen gelten übersubjektiv und situationsunabhängig. 2. Dass wir den Begriff „angemessen" sinnvoll verwenden können, weist darauf hin, dass wir ein menschliches Vermögen zur erforderlichen feinkörnigen Wahrnehmung von Situationen unterstellen. Diese Fähigkeit bezeichne ich als „Sinn für Angemessenheit". 3. Der Sinn für Angemessenheit muss für die in einer Situation relevanten Wertungen empfänglich sein und Wertungen vornehmen können. Das verlangt mehr als bloß eine sinnliche und kognitive Wahrnehmung von Sachverhalten; dieses Vermögen muss affektiv fundiert sein.

Wie gezeigt, erscheint in ästhetischen ebenso wie in vielen sozialen, auch moralischen und rechtsrelevanten Situationen ein starres, schematisches Befolgen eiserner Prinzipien oft unangemessen. Zum Sinn für Angemessenheit gehört eine gewisse Elastizität, auf wechselnde Bedingungen

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

der Situation geschmeidig reagieren zu können. Insofern bezeichnet er ein kreatives Vermögen zur Situationsbewältigung, das durchaus auch neue Handlungsmöglichkeiten zu etablieren vermag.[49]

Diese Beschreibung des Sinns für Angemessenheit trifft auch auf das Rechtsgefühl als eine seiner Unterkategorien zu. Die mit diesem Band angestrebte Etablierung der Rechtsästhetik als einer neuen Teildisziplin der Rechtswissenschaft, genauer: der Rechtsphilosophie, könnte auch so verstanden werden, dass es in ihr um jene Dimension des Rechts geht, „auf wechselnde Bedingungen der Situation geschmeidig reagieren zu können", als ein Ort, der die Aufmerksamkeit auf die kreativen und elastischen Möglichkeiten des Rechts lenkt, auf neue Wahrnehmungsweisen, Infragestellungen überholter Selbstverständnisse und überraschende Wendungen – sofern die Mühlen der Institution dies zulassen.

49 Vgl. in diesem Sinn auch *J. Hänni*, Juristisches Urteil, in diesem Band, Kap. 4, S. 94 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Juristisches Urteil – seine wahrnehmungstheoretischen Voraussetzungen

Julia Hänni[1]

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 substanzielle 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.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

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.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

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.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

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. Auslegung[11]) 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 darstellen[12].

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.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

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.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

entwickeln sich Sprachspiele[18] – 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 Suisses" gemäß der Waadtländer Verfassung – sich auch auf Schweizerinnen bezieht. Aus dem in der Verfassung verwendeten Begriff «les Suisses» 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 sinnerschließenden 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 führe 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.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

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 prärationalen Verständnisses für eine Entscheidlage.[26]

Im Bereich des Öffentlichen Rechts ergeben sich typischerweise Wertungserfordernisse, wenn unterschiedliche Interessen gegeneinander abzuwägen 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).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

welchem Interesse der Vorzug gegeben werden soll, wenn beispielsweise die Medienfreiheit[27] die Privatsphäre öffentlicher Personen gefährdet[28] oder wenn das Grundrecht auf Eigentum[29] 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 Selbsttötung 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 BVGE 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. Babusiaux (Hrsg.), Zur kritischen Funktion von Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie. Symposium Marcel Senn, Zürich 2020, S. 135 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

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 sinnerschließende 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 gefühlsgeleitete 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. Bihler*, Rechtsgefühl, System und Wertung, München 1979, S. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

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 prärationalen 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 gefühlsgeleitete Wahrnehmung in vielerlei Hinsicht, wenn auch meist unausgesprochen, für die Rechtsfindung von entscheidender Bedeutung ist[44] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

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 Urteilskraft 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 Substanziierung 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.).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

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-rationalen Überlegungsgleichgewicht.[51]

4.3 Das Paradox der Rechtsbindung

Durch das Aufzeigen gefühlsgeleiteter 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.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

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.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

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 Klima[61] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

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 Einleitungsartikel des schweizerischen Gesetzbuches (Art. 1-10 ZGB), 2. Aufl., Bern: Stämpfli Verlag 2003, S. 107; *Wiprächtiger*, Rechtsfindung (Fn. 48), S. 150.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Urteilen in Recht und Ästhetik

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Ästhetisches und juridisches Urteilen: Rechtsästhetik als Methodenkritik

Andreas von Arnauld

Kurzzusammenfassung

Der Beitrag führt die noch immer weit verbreitete Verdrängung einer ästhetischen Dimension von Recht und Rechtswissenschaft auf eine allzu scharfe Gegenüberstellung von ästhetischem und juridischem Urteilen zurück, die ihrerseits auf Kants Unterscheidung von bestimmender und reflektierender Urteilskraft basiert. Tatsächlich aber wird die Idee eines „Vermögens, das Besondere als enthalten unter dem Allgemeinen zu denken" (Kant) in der Rechtstheorie seit längerem herausgefordert, die Vorstellung von der Rechtsnorm als fixem Bezugspunkt für die Rechtsanwendung kritisiert. Ein ästhetischer Zugang zum Recht erweist sich so als anschlussfähig an kritische Methodenlehren, in enger Nachbarschaft zu Schulen wie der Rechtsrhetorik und der Topik. Nach Betrachtung einiger juristischer Topoi mit besonderer Nähe zur Ästhetik (Verhältnismäßigkeit, Angemessenheit, Stimmigkeit, Ausnahmezustand) werden abschließend drei Ebenen analysiert, auf denen sich eine Syn-Aisthesis zwischen ästhetischem und juridischem Urteilen beobachten lässt: die Ebene der gedanklichen Operation, die Ebene der kommunikativen Tiefengrammatik sowie die Ebene der Maßstäbe des Urteilens.

I. Oberflächenphänomene

Beginnen wir mit Frankreich: Juristische Dissertationen in Frankreich folgen dem „plan en deux parties": zwei Hauptteile, die jeweils in zwei Abschnitte zu untergliedern sind. Jede rechtswissenschaftliche Fragestellung soll sich auf diese Weise präsentieren, analysieren und beantworten lassen. Es gibt zwar bisweilen Kritik, dass die Form den Gedanken zu ersticken droht;[1] dennoch dominiert die doppelt binäre Struktur bis heute an französischen Jurafakultäten.

1 Vgl. z.B. *B. Barraud*, L'usage du plan en deux parties dans les facultés de droit françaises, Revue trimestrielle de droit civil, 2015, S. 807–825.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

In Deutschland ist die rechtswissenschaftliche Regelpoetik weniger strikt, aber es gibt sie. Das wird deutlich, wo ein Abgehen vom tradierten Formenkanon Irritationen hervorruft, so z.B. die Liste von über 140 Topoi, die Katharina Sobota im letzten Teil ihrer Habilitationsschrift dem Rechtsstaatsprinzip zuordnete.[2] Sie stieß auch aus ästhetisch-formellen Gründen auf Verwunderung. Oder Rainer Maria Kiesows „Alphabet des Rechts", in der der Autor laut Klappentext einen „Streifzug durch die Geschichte des Rechts und seine Wissensordnungen von ‚Anbruch' bis ‚Zeitnot'" unternimmt.[3] In seiner Rezension in der F.A.Z. tat sich Gerd Roellecke seinerzeit schwer mit diesem Zugriff. Zwar stimmte er Kiesows Skepsis gegenüber dem Systemdenken im Recht – zu diesem später – im Grundsatz zu und empfand die Lektüre durchaus als „anregend". Das Alphabet aber sei (anders als z.B. eine chronologische Ordnung) ein „rechtsfremdes System", Kiesows „alphabetisches Arrangement" weniger ein Spiel „mit der Not der Gliederung", sondern eher eine „Spekulation auf intellektuelle Überraschungseier".[4]

Der typische Reflex des Juristen ist, ein solches Unbehagen aus der Sache zu begründen. Die Form folge in der Jurisprudenz allein dem Inhalt. Abweichendes wird so zur ästhetisierenden Spielerei. So folgt der „Gutachtenstil" bei der Lösung juristischer Fälle und Probleme der Denkbewegung des Syllogismus, der „Urteilsstil" dem Gang der Begründung richterlicher Entscheidungen. Das ist richtig – aber beide „Stile" (die ja interessanterweise auch als solche bezeichnet werden) sind *Darstellungs*weisen einer juristischen Argumentation. Dies wird deutlich, wenn von Studierenden verlangt wird, Unproblematisches im Urteilsstil abzuhandeln und für Problemerörterungen in den Gutachtenstil zu wechseln. Und ist das Dogma, dass in der Gliederung rechtswissenschaftlicher Arbeiten auf ein „1." unter allen Umständen ein „2." zu folgen hat – dass wer „a" sagt, auch „b" sagen muss –, wirklich nur inhaltlich bedingt? Wie steht es um Arbeiten, die eine „Einleitung", aber keinen „Schluss" besitzen? Woher rührt das Unbehagen an Monographien, deren Abschnitte vom Umfang her arg divergieren?

Nicht nur die Form rechtlicher und rechtswissenschaftlicher Handlungen (wie z.B. die Sprache von Gesetzen oder Urteilen) ist ästhetischer Betrachtung zugänglich, wie Heinrich Triepel in seinem noch immer lesens-

2 *K. Sobota* (*Gräfin von Schlieffen*), Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, Tübingen 1997, S. 27 ff., 253 ff.
3 *R. M. Kiesow*, Das Alphabet des Rechts, Frankfurt a. M. 2004.
4 *G. Roellecke*, Buchrezension, F.A.Z. vom 7.2.2005.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

werten Buch „Vom Stil des Rechts" schreibt, sondern auch der Inhalt von Rechtsakten und das Verhältnis von Inhalt und Form.[5] Gerade dieses Verhältnis, das deuten die Beispiele an, wird ästhetisch mitbestimmt. Dass allein der Inhalt die Form diktiert, darf man getrost als Fall disziplinärer Selbststilisierung betrachten.

II. Der lange Schatten Kants

Dass Recht und Ästhetik im Allgemeinen als getrennt, juridisches und ästhetisches Urteilen als voneinander verschieden betrachtet werden, ist zu einem großen Teil dem Erbe Kants zuzuschreiben – und dessen Unterscheidung von bestimmender und reflektierender Urteilskraft. Juristische Argumentation folgt danach dem Muster der bestimmenden Urteilskraft, dem „Vermögen, das Besondere als enthalten unter dem Allgemeinen zu denken."[6] Das ist idealtypisch die Grundlage für den Syllogismus und die Technik der Subsumtion: Die Lösung des Einzelfalls wird aus dem Gesetz entwickelt, weil das allgemeine Gesetz in seiner Abstraktion die konkreten Einzelfälle einschließt. Ästhetisches Urteilen hingegen ist für Kant der Paradefall für die reflektierende Urteilskraft.[7] Hier fehlt es an einem allgemeinen Gesetz als festem Bezugspunkt. Ausgangspunkt ist die Betrachtung des Besonderen oder Einzelnen, für dessen Erkenntnis und Mitteilbarkeit ein Allgemeines erst gefunden bzw. erzeugt werden muss.

Ich bezwecke hier keine Kritik der „Kritik der Urteilskraft". Der scharfe Gegensatz, der von Kant-Exegeten zwischen den beiden Formen der Urteilskraft konstruiert wurde, ist von Kant selbst vermutlich so nicht intendiert gewesen.[8] Wohl aber hat sich dieser Gegensatz über Generationen in den Köpfen von Juristinnen und Juristen festgesetzt und die „herrschende Ansicht" formiert. Ein ästhetischer Zugang zum Recht wird so zum Instrument einer Methodenkritik, ebenso wie eine juridische Perspektive auf das ästhetische Urteil Normativität im künstlerischen Feld offenlegen kann.

Schon aus Gründen disziplinärer (In)Kompetenz beschränke ich mich hier auf Ersteres. Für „allgemeine Gesetze" im künstlerischen Bereich mag

---

5 *H. Triepel*, Vom Stil des Rechts: Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts (1947), Neuausgabe mit einer Einleitung von A. von Arnauld und W. Durner, Berlin 2007, S. 43 ff., 52 ff.

6 *I. Kant*, Kritik der Urteilskraft, 2. Aufl., Berlin 1793, S. XXV (= Einleitung, IV.).

7 *Kant*, Urteilskraft (Fn. 6), S. XIII f. (= Einleitung, V.), 329 ff. (= § 74), passim.

8 Dazu näher *D. Dédeyan*, Justitias blinder Fleck – Über Kants Ästhetik, ARSP 91, 2005, S. 501–514.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

an dieser Stelle nur an die Regelpoetik, die aristotelische Einheit von Ort, Zeit und Handlung im Drama oder an die Dogmatik der verschiedenen „-ismen" erinnert sein.[9] Bisweilen geben Programmschriften das allgemein Gültige hier explizit vor; meist allerdings bleibt im Bereich der Kunst das „Gesetz" unausgesprochen, habituell. Das rührt sicherlich auch daher, dass im künstlerischen Feld die Autorität zur Setzung der Regeln weniger offen verteilt ist als im Feld des Rechts.

Wie sehr im Bereich der Jurisprudenz die ebenso traditionsreiche wie vielfältige Methodenkritik auch als eine Dekonstruktion des Gegensatzes zwischen ästhetischem und juridischem Urteilen interpretiert werden kann, lässt sich am Unterschied zwischen bestimmender und reflektierender Urteilskraft verdeutlichen. Bei letzterer liegt der Akzent „weniger auf dem Haben als auf dem Suchen" nach dem Allgemeinen als Bezugspunkt des Urteils.[10] „Haben" wir aber das Gesetz, aus dem wir das Urteil über den Einzelfall ableiten oder „suchen" wir es? Dass das Gesetz keinesfalls sicherer Bezugspunkt ist, sondern dass es im Prozess der Rechts-„Anwendung" erst (re)konstruiert wird, zieht sich als roter Faden durch die „anderen" juristischen Methodenlehren: von Riezlers Rechtsgefühl[11] über die soziologische Jurisprudenz und den Legal Realism[12], die linguistisch orien-

9 Vgl. beispielhaft für die französische Literatur des Fin-de-Siècle *P. Bourdieu*, Die Regeln der Kunst: Genese und Struktur des literarischen Feldes (Les règles de l'art: Genèse et structure du champ littéraire, 1992), übers. von A. Russer, Frankfurt a. M. 2001, S. 187 ff. (plastisch ebd., S. 103 ff.: „Baudelaire als Gesetzgeber").

10 *S. Meder*, Rhetorik als Element juristischer Entscheidungsfindung, in: G. Ueding/G. Kalivoda (Hrsg.), Wege moderner Rhetorikforschung: Klassische Fundamente und interdisziplinäre Entwicklung, Berlin 2014, S. 267–288 (270).

11 *E. Riezler*, Das Rechtsgefühl: Rechtspsychologische Betrachtungen, 2. Aufl., München 1946. Vgl. aus jüngerer Zeit *J. Hänni*, Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung, Berlin 2011; *H. Landweer* (Hrsg.), Recht und Emotion, 2 Bände, München 2016 (mit *D. Koppelberg*) und 2017 (mit *F. Bernhardt*).

12 *O. W. Holmes*, The Path of the Law, Harvard Law Review 10, 1897, S. 457–478; *R. Pound*, The Need for a Sociological Jurisprudence, The Green Bag 19, 1907, S. 607–615; *J. Frank*, Law and the Modern Mind (1930), Neudruck Garden City, New York: Anchor Books 1963, S. 108 ff., insbes. S. 113 ff., 127 ff. Einen guten Überblick zu beiden Strömungen und ihren Zusammenhängen bietet *N. Reich*, Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas, Heidelberg 1967, insbes. S. 44 ff., 82 ff. Eingehend und im Vergleich zum Rechtsrealismus der skandinavischen Schule *M. Martin*, Legal Realism: American and Scandinavian, New York u. a.: Peter Lang 1997. Dass die angloamerikanischen „Realisten" Teil eines auch auf dem europäischen Kontinent geführten Diskurses waren, belegen die Verweise auf *Richard Stammler*, *Eugen Ehrlich*, *Ludwig Gumplowicz*, *Michelangelo Vaccaro* und *Raoul de la Grasserie* bei *Pound*, a.a.O., S. 609. Näher zum

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

tierte Kritik an der Gesetzesbindung[13] und Friedrich Müllers „Strukturierende Rechtslehre"[14] bis hin zu den diversen Strömungen der Critical Legal Studies[15] und des normativen Pluralismus[16], die heute den (kritischen) Ton angeben.

Dass beim juridischen Urteilen die Suchbewegung vom Besonderen zum Allgemeinen geht, ist der Dreh- und Angelpunkt der rhetorischen Schulen in der zeitgenössischen Rechtstheorie,[17] die von Theodor Vieh-

---

Verhältnis dieser Strömungen *A. von Arnauld*, Rechtssicherheit: Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts, Tübingen 2006, S. 404 ff.

13 *D. Busse*, Was ist die Bedeutung eines Gesetzestextes? Sprachwissenschaftliche Argumente im Methodenstreit der juristischen Auslegungslehre – linguistisch gesehen, in: F. Müller (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik: Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik, Berlin 1989, S. 93–148; *R. Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, Berlin 1989, S. 18 ff., 66 ff., 86 ff.; *ders./H. Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 157 ff. Vgl. zuvor bereits *D. Horn*, Rechtssprache und Kommunikation: Grundlegung einer semantischen Kommunikationstheorie, Berlin 1966, S. 147 ff., und *H. Rodingen*, Pragmatik der juristischen Argumentation: Was Gesetze anrichten und was rechtens ist, Freiburg und München 1977, S. 147 ff.

14 *F. Müller*, Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl., Berlin 1994, insbes. S. 225 ff.

15 Vgl. nur *J. Boyle*, The Politics of Reason: Critical Legal Studies and Local Social Thought, University of Pennsylvania Law Review 133, 1985, S. 685–780 (691 ff., 746 ff.); *R. M. Unger*, The Critical Legal Studies Movement, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1986, S. 1 ff.; *D. Kennedy*, Legal Reasoning: Collected Essays, Aurora: The Davies Group 2008. Im (deutschen) Überblick *S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano* (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl., Stuttgart 2008.

16 Siehe etwa *B. de Sousa Santos*, Toward a New Common Sense: Law, Globalization and Emancipation, New York: Routledge 1995; *P. Schiff Berman*, Global Legal Pluralism, Southern California Law Review 80, 2007, S. 1155–1237; *ders.*, Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders, Cambridge: Cambridge University Press 2012; *P. Zumbansen*, Transnational Legal Pluralism, Transnational Legal Theory 1, 2010, S. 141–189; *J. Klabbers/T. Piiparinen* (Hrsg.), Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance, Cambridge: Cambridge University Press 2013. Zum „Pluralismus der Pluralismen" in der wissenschaftlichen Debatte vgl. Überblick bei *N. Krisch*, Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law, Oxford: Oxford University Press 2010, S. 71 ff.

17 Vgl. m.w.N. *C. Sorge*, Zwischen Kritik, Konsens und Reflexion: Hermeneutisch-rhetorische Traditionen der Rechtsfindung, in: G. Carlizzi/C.-E. Mecke/S. Meder/C. Sorge (Hrsg.), Juristische Hermeneutik zwischen Vergangenheit und Zukunft, Baden-Baden 2013, S. 137 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

weg[18] und Chaim Perelman[19] in Anknüpfung an die aristotelische Rhetorik begründet wurden. Viehwegs Topik geht vom Problem aus, nicht von einer als fixiert gedachten Norm. Nicht das allgemeine Gesetz gibt eine „Lösung" für den „Fall" vor, die „Lösung" ist vielmehr ein diskursiver Prozess des Überzeugens. Dessen Argumente werden aus einem Reservoir von Topoi gewonnen, die sich im juridischen wie im allgemeinen Diskurs herausgebildet haben: „concepts, subjects, or maxims that are widely shared."[20] Diesen Topoi ist zwar eine gewisse Allgemeinheit eigen, sie sind jedoch unscharf und so offen in ihrer Verwendung und Kombination, dass es nicht zu der Idee passt, sich „das Besondere als [bereits] *enthalten* unter dem Allgemeinen zu denken".

Lothar Bornscheuer fasst diesen ambivalenten Charakter von Topoi als „Konzentrationspunkt[en] eines Bedeutungshorizonts"[21] mit den Begriffen der Habitualität und der Potentialität.[22] Habituell sind Topoi, weil sie sich in den kommunikativen Praktiken einer Diskursgemeinschaft als Elemente für Begründungen etabliert haben; ihre Potentialität, ihre „polyvalente Interpretierbarkeit", die auch Innovation ermöglicht, bewahrt sie davor, zu Klischees zu werden. Als weitere Eigenarten von Topoi benennt Bornscheuer deren Intentionalität – dass sie im Prozess des Begründens performativ Sinn erhalten und stiften – und Symbolizität, ein evokativer Charakter, der das Argument mit einem Bedeutungs*horizont* verbindet. Dass Bornscheuers Topik Jurisprudenz, Politologie und Soziologie mit der Literaturwissenschaft und der Logik verklammert, deutet an, dass hier die (vermeintliche) Kluft zwischen juridischem und ästhetischem Urteilen über-

18 *T. Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl., München 1974.

19 *C. Perelman/L. Olbrechts-Tyteca*, The New Rhetoric: A Treatise on Argument, übers. von J. Wilkinson und P. Weaver, Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press 1969.

20 *J. M. Balkin*, A Night in the Topics: The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason, in: P. Brooks/P. Gewirtz (Hrsg.), From Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law, New Haven: Yale University Press 1996, S. 211–224 (212).

21 *L. Bornscheuer*, Topik: Zur Struktur der gesellschaftlichen Einbildungskraft, Frankfurt a. M. 1976, S. 105.

22 *Bornscheuer*, Topik (Fn. 21), S. 95 ff. mit Zuspitzung auf S. 107. Für einen Überblick *A. von Arnauld/J. Theilen*, Rhetoric of Rights: A Topical Perspective on the Functions of Claiming a 'Human Right to…', in: A. von Arnauld/K. von der Decken/M. Susi (Hrsg.), The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric. Cambridge: Cambridge University Press 2020, S. 34–55 (36 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

brückt wird. Beide Urteilsformen werden hier auf gemeinsame kommunikative Praktiken zurückgeführt.

Die Nähe zwischen juridischem und ästhetischem Urteilen wird vielleicht noch deutlicher, wenn wir uns dem zuwenden, was Juristinnen „Judiz" nennen. Das „Judiz" ist das unerlässliche *je-ne-sais-quoi* des juridischen Urteilens. Klaus Günther bezeichnet es als jenen „Sinn für Angemessenheit", der sich erst im Laufe der intensiven Beschäftigung mit dem Recht einstellt.[23] Während Studierende zunächst noch lernen, im Maschinenraum des Rechts die Hebel zu bedienen, hat das Judiz die „angemessene" Lösung schon im Blick und vermag sie über den Einsatz korrektiver Topoi wie „Treu und Glauben", „Billigkeit" oder „teleologischer Reduktion" dem Gesetz abzutrotzen. Das Judiz beschreibt eine intuitive Rechtserkenntnis, die auf praktischer Erfahrung und jenem habituell vermittelten „Sinn für Angemessenheit" beruht.[24] Klaus und Hans Christian Röhl bezeichnen es treffend als das „juristische Geschmacksurteil".[25]

III. Einige Berührungspunkte

Verlassen wir die Ebene des Urteilens an sich und wenden uns einigen Topoi zu, auf die im Prozess der Urteilsbildung zurückgegriffen wird und die ihrerseits Berührungspunkte zwischen ästhetischem und juridischem Urteilen reflektieren.

1. Verhältnismäßigkeit, Angemessenheit

Da ist zunächst der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.[26] Er gebietet, die Relation zwischen Mittel und Zweck „angemessen" zu bestimmen. Im

---

23 *K. Günther*, Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt a. M. 1988.

24 Durchaus im Sinne von Bourdieus „sens pratique", vgl. *P. Bourdieu*, Le sens pratique, Paris: Les Éditions de Minuit 1980. Vertiefend *H.-J. Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens: Prozesse richterlicher Kognition, Freiburg 2017, S. 71 ff.

25 *K. Röhl/H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 4. Aufl., München 2020 (i.V.) (https://ssrn.com/abstract=3191176, Stand: Januar 2020), S. 275.

26 Zu dessen ästhetischer Dimension *T. Tetzlaff*, Der Sound des Rechts: Rechtsästhetik und Rechtsakustik, in: G. Kreuzbauer/S. Augeneder (Hrsg.), Der juristische Streit: Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik, ARSP Beiheft 99, Stuttgart 2004, S. 86–110 (106). Aus rhetorischer Perspektive *A. von Arnauld*,

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Recht ist dies primär ein Gebot der „Gerechtigkeit“: Eine Sanktion hat dem Anlass gebenden Rechtsverstoß angemessen zu sein, die Bürgerin soll in ihren Rechten nicht weiter beschnitten werden, als es die Förderung des Gemeinwohls verlangt, usw. Was aber im Einzelfall angemessen ist, vermag allenfalls – erneut – das Judiz zu sagen. Der Maßstab ist unscharf[27] und seine Bezeichnung letztlich demselben Metaphernschatz der Geometrie entlehnt, dessen sich auch die Künste bedienen. In der alternativen Bezeichnung des Grundsatzes als „Proportionalität“ schwingt diese Verwandtschaft zu einem Topos der Ästhetik noch deutlicher mit.

Im Vergleich zum Feld der Kunst ist im Recht der Zweck meist schärfer konturiert („definiert“). Für die Kunst ist einer nach wie vor unterschwellig pulsierenden romantischen Auffassung zufolge die Zweckfreiheit dagegen geradezu Wesensmerkmal.[28] Wenn aber Stendhal in jenem berühmten Brief an Balzac schreibt, er habe während seiner Arbeit an der „Kartause von Parma“ jeden Tag im Code civil gelesen „pour en prendre le ton“,[29] dann blitzt auf, dass es ihn doch gibt, den „angemessenen“ Ton. Nur ist das Feld der Kunst spätestens seit dem 20. Jahrhundert stärker von einer Konkurrenz ästhetischer Normen geprägt als das Recht. Dass sich im Laufe der Zeit die Vorstellung davon, was „angemessen“ ist, wandeln kann, ist indes Kunst und Recht gemein. Man denke hier nur an die Abkehr von den „spiegelnden Strafen“ des Mittelalters, an deren Stelle das moderne „symbolisierende“ Strafrecht Eingriffe in Freiheit (Freiheitsstrafe) und Vermögen (Geldstrafe) gesetzt hat.

Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit, in: M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, Tübingen 2015, S. 276–292.

27 Den „Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe“ hat ihn *F. Ossenbühl* genannt: Diskussionsbeitrag, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 39, 1981, S. 189–190 (189).

28 Vgl. die berühmte Wendung bei *Kant*, Urteilskraft (Fn. 6), S. 179 (= § 44), wonach die „schöne Kunst“ „für sich selbst zweckmäßig“ sei. Zu dieser Autonomietheorie *W. Busch*, Die Autonomie der Kunst, in: ders. (Hrsg.), Eine Geschichte der Kunst im Wandel ihrer Funktionen (1987), Weinheim 1997 (Neudruck), S. 230 ff.; *W. Ullrich*, Kunst/Künste/System der Künste, in: K. Barck/M. Fontius/D. Schlenstedt/B. Steinwachs/F. Wolfzettel (Hrsg.), Ästhetische Grundbegriffe: Historisches Wörterbuch in sieben Bänden, Bd. 3: Harmonie bis Material, Stuttgart u. a. 2001, S. 556–616 (588 ff.) m.w.N. Zur Kritik *A. von Arnauld*, Freiheit der Kunst, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 167, Rn. 2.

29 *Stendhal*, Brief vom 16.-29.10. (30.10.) 1840 aus Civita-Vecchia an *Honoré de Balzac*, Nr. 3084, in: Correspondance générale, Bd. VI, Paris: Honoré Champion 1999, S. 410: „En composant la Chartreuse, pour en prendre le ton je lisais chaque matin 2 ou 3 pages du code civil.“

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

2. *Stimmigkeit*

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mag in anthropologischer Perspektive die Sehnsucht nach dem „großen Gleichgewicht" spiegeln, wie Jan Broekman vermutet, der hier den Bogen vom antiken Traum vom ursprünglichen Gleichgewicht über das bürgerliche Lebensgefühl des *juste milieu* bis in die Techniken des modernen Rechts schlägt.[30] Unzweifelhaft prägt aber die zu Grunde liegende ästhetische Idee von Stimmigkeit,[31] die der – eher der Musikästhetik entstammenden – Harmonie wie der – eher dem Bereich der visuellen Künste zuzuordnenden – Symmetrie innewohnt,[32] seit alters her auch das Recht. Noch heute zeigt sie sich in der Harmonie von Schuld und Sühne, der Negation eines Aktes durch den *actus contrarius* – und eben in den Figuren von Verhältnismäßigkeit und praktischer Konkordanz.

Diese Idee von Stimmigkeit ist bis heute prägend für die Jurisprudenz als eine dogmatische Rechtswissenschaft, indem sie das Recht als System denkt, in das sich die einzelnen Rechtssätze zu fügen haben.[33] Allen dekonstruktivistischen Ansätzen zum Trotz ist diese Vorstellung in Deutschland bis heute tonangebend. In zahllosen Monographien, Kommentierungen, Aufsätzen werden Rechtsvorschriften und Urteile systematisiert und harmonisiert, auf übergeordnete Prinzipien bezogen, Ausreißer wie Unkraut gejätet. Diese Aufgabe ist unter dem Einfluss eines wachsenden normativen Pluralismus (Stichworte: Europäisierung und Internationalisie-

30 *J. M. Broekman*, Recht und Anthropologie, Freiburg 1979, S. 14 ff.

31 Hierzu auch *von Arnauld*, Rechtssicherheit (Fn. 12), S. 252 ff., 261.

32 Näher *E. Cassirer*, Der Mythus des Staates: Philosophische Grundlagen politischen Verhaltens (1946), 2. Aufl., Zürich/München 1978, S. 129 ff.; *S. Andrini*, Le miroir du réel: Essais sur l'esthétique du droit, Paris: LGDJ 1997, S. 167 ff.

33 Unter Juristen berühmt ist das Apodiktum von *H. J. Wolff*, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale 1952, S. 195–205 (205): „Rechtswissenschaft ist systematisch oder sie ist nicht!" Vgl. auch *H.-J. Strauch*, Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz – eine Bindung durch Kohärenz, KritV 85, 2002, S. 311–333, auf allgemeinerer kognitionswissenschaftlicher Grundlage im Anschluss an *O. Neurath*, Soziologie im Physikalismus, Erkenntnis 2, 1931, S. 393–431 (403): „Richtig heißt eine Aussage dann, wenn man sie eingliedern kann. Was sich nicht eingliedern kann, wird als unrichtig abgelehnt." Eingehend zur Kohärenz im Rahmen juristischer Methodenlehre und gerichtlicher Erkenntnis *Strauch*, Methodenlehre (Fn. 24), S. 104 ff., 119 ff., 246 ff., 435 ff., passim.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

rung) schwieriger geworden. Das wird natürlich auch in der Rechtswissenschaft rezipiert.[34]

Modellhaft treten an die Stelle einer statisch(er) gedachten Systemarchitektur[35] daher zunehmend auf Verknüpfung und Anschluss hin[36] orientierte Konzeptionen, wie sie z.B. in der Kettenroman-Metapher bei Ronald Dworkin zum Ausdruck kommen:[37] Wie bei einem „Kettenroman" (*chain novel*) treiben die Interpreten des Rechts zwar das Romangeschehen voran, können also innovativ sein, bleiben dabei aber in den Bahnen, die in den früheren Kapiteln von anderen vorgezeichnet sind. Wenn Ino Augsberg solchen Modellen in poststrukturalistischer Betonung der Textualität von Recht und Rechtserkenntnis (in Anlehnung an Deleuze und Guattari[38]) das Rhizom entgegenstellt,[39] werden hier durchaus auch ästhetische Präferenzen sichtbar: nachgerade klassizistische Ausgewogenheit trifft auf die „Ästhetik der Paradoxie".[40]

In dieser Perspektive scheint auch im historischen Kodifikationsstreit[41] zwischen Thibaut und Savigny eine ästhetische Dimension auf:[42] Während Thibaut auf eine systematische Kodifikation des gesamten deutschen

---

34 Näher zum Folgenden *A. von Arnauld*, Die Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, VVDStRL 74, 2015, S. 39–87 (55 ff., 61 ff.).

35 Kritisch dazu etwa *C. Möllers*, Methoden, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, § 3, Rn. 37.

36 Vgl. z.B. *K.-H. Ladeur*, Methodendiskussion und gesellschaftlicher Wandel, RabelsZ 64, 2000, S. 60–103 (67): „‚transsubjektive[s]' Netzwerk von Anschlußzwängen und -möglichkeiten".

37 *R. Dworkin*, Law's Empire, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1986, S. 229 ff. Legendäre Erwiderung von *S. Fish*, Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism, Critical Inquiry 9, 1982, S. 201–216. Vermittelnde Deutung von *J. M. Schelly*, Interpretation in Law: The Dworkin-Fish Debate (or, Soccer amongst the Gahuku-Gama), California Law Review 73, 1984, S. 158–180.

38 *G. Deleuze/F. Guattari*, Rhizom (1976), in: dies., Tausend Plateaus: Kapitalismus und Schizophrenie, übersetzt von G. Ricke und R. Voullié, Berlin 1992, S. 11 ff.

39 *I. Augsberg*, Lesbarkeit des Rechts: Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist 2009, S. 168 ff.

40 Begriff nach *H. K. Kim*, Ästhetik der Paradoxie: Kafka im Kontext der Philosophie der Moderne, Würzburg 2004, S. 24 f.

41 Dazu u.a. *S. Meder*, Rechtsgeschichte: Eine Einführung, 6. Aufl., Köln u.a. 2017, S. 299 ff. Zur mythischen Dimension des Streits *I. Kroppenberg*, Mythos Kodifikation – ein rechtshistorischer Streifzug, JZ 19, 2008, S. 905–912 (905 ff.).

42 Zum Einfluss von Kants Ästhetik auf Savigny siehe *S. Meder*, Mißverstehen und Verstehen: Savignys Grundlagen der juristischen Hermeneutik, Tübingen 2004,

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Rechts drängte, lehnte Savigny es als lebensfremd ab, das Recht als ein stimmig zu fassendes System zu imaginieren. Der Volksgeist bilde das Recht in einem organischen Prozess fort: „Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigenthümlichkeit verliert."[43] Aufgabe der Rechtswissenschaft sei die historische Erforschung der Quellen, aus denen sich der Volksgeist speise und in denen er sich manifestiere. Der Einfluss Savignys und seiner historischen Rechtsschule auf Jakob Grimm sind bekannt, ebenso die Wurzeln der „Germanistik" in der Rechtswissenschaft. Dass getreu dem viel zitierten Satz Grimms Recht und Poesie „aus einem bette aufgestanden"[44] sind, schlägt erneut die Brücke zwischen Recht und Ästhetik, zwischen ästhetischem und juridischem Urteilen.

3. Ausnahmezustand

Gewissermaßen als symbolisch-ästhetischer Gegenentwurf zu solchen Modellen synchroner oder diachroner Harmonie und Stimmigkeit kann schließlich die Figur des Ausnahmezustands gelten.[45] In ihr spiegelt sich das vor allem von den Erfahrungen des 20. Jahrhunderts geprägte Interesse an den Grenzen des Sagbaren. Bei Carl Schmitt als dem Panegyriker des Ausnahmezustands ersetzt die Entscheidung das Regelsystem des Rechts und der Sprache. Überhaupt Carl Schmitt: Bei ihm lassen sich Rechtswissenschaft und Ästhetik kaum voneinander trennen. Bei wenigen Rechtswissenschaftlern tritt der Zusammenhang zwischen Sprache und Argument so deutlich hervor: Von „changierende[n] Farben, scharfe[n] Kan-

---

S. 57 f. Zum musikalisch-ästhetischen wie juristischen Reinheitsideal Thibauts *R. Polley*, Anton Friedrich Justus Thibaut (AD 1772-1840) in seinen Selbstzeugnissen und Briefen, Bd. 1: Abhandlung, Frankfurt a. M. u.a. 1982, S. 91 ff., 125 ff.

43 *F. C. von Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 11.

44 *J. Grimm*, Von der Poesie im Recht, Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. II (1816), Heft 1, S. 25–99 (8, 23 ff.).

45 Vgl. *O. Ruf* (Hrsg.), Ästhetik der Ausschließung: Ausnahmezustände in Geschichte, Theorie, Medien und literarischer Fiktion, Würzburg 2009; *D. Mirbeth*, Suspendierung des Rechts – Kontinuität der Herrschaft: Das Wesen des Ausnahmezustandes und der Doppelcharakter des Gesetzes, in: M. Lemke (Hrsg.), Ausnahmezustand: Theoriegeschichte – Anwendungen – Perspektiven, Wiesbaden 2017, S. 57–70.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ten“ spricht Jannis Lennartz.[46] Und Bernhard Schlink schreibt: „Schmitts Schlagworte und -sätze [...] kommen mit knallenden Stiefeln daher, dulden keinen Widerspruch, bieten keine Begründung.“[47]

Man mag in dieser Ästhetik des Grenzfalls (oder des grenzaufhebenden Falls[48]) eine Verbindung zu der Faszination ziehen, die auf Kant in seiner „Kritik der Urteilskraft“ das Erhabene ausübt, das Maßstablose, das „was über alle Vergleichung groß ist“. Interessanterweise entnimmt Kant seine Beispiele hier (wie andernorts in seiner Ästhetik) nicht dem Bereich der Kunst, sondern dem der Natur (das Meer) oder – des Rechts: „Vielleicht gibt es keine erhabenere Stelle im Gesetzbuch der Juden“, schreibt er, „als das Gebot: Du sollst dir kein Bildnis machen.“[49] Und, um ein weiteres Beispiel dem Alten Testament zu entlehnen: vielleicht ist es eben jenes Erhabene, das auch am Urteil des Salomon fasziniert: Das Entsetzliche der Zerteilung des Kindes trifft auf eine Gerechtigkeit, die das Gesetz übersteigt. Dass juridische Urteile auch inhaltlich ästhetischen Maßstäben zugänglich sind, das hat – nebenbei bemerkt – bereits Heinrich Triepel erkannt.[50]

IV. Syn-Aisthesis?

Auch wenn meine vorangegangenen Überlegungen ihrerseits eine systematische Gestalt vermissen lassen, so deuten sie doch zumindest darauf hin, dass Recht und Ästhetik, juridisches und ästhetisches Urteilen keineswegs so strikt voneinander geschieden sind, wie es etwa in einer systemtheoretischen Perspektive erscheinen mag.[51] Worin die Zusammenhänge wurzeln, was die Syn-Aisthesis trägt, dafür existieren verschiedene Erklärungsansätze, von denen ich drei herausgreifen möchte, die auf verschiedenen Ebenen operieren.

---

46 *J. Lennartz*, Juristische Granatsplitter: Sprache und Argument bei Carl Schmitt in Weimar, Tübingen 2018, S. 1.

47 *B. Schlink*, Why Carl Schmitt?, Rechtshistorisches Journal 10, 1991, S. 160–176 (167).

48 Zur Außerkraftsetzung des Verhältnisses von Regel und Ausnahme in Schmitts Verständnis vom Ausnahmezustand *O. Gross*, The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the “Norm-Exception” Dichotomy, Cardozo Law Review 2, 1999/2000, S. 1825–1867.

49 *Kant*, Urteilskraft (Fn. 6), S. 124 (= Allgemeine Anmerkung zu § 29).

50 *Triepel*, Stil (Fn. 5), S. 55 f.

51 Gegen den „rigiden Schematismus kybernetischer Systeme“ *D. Damler*, Synästhetische Normativität, Rg 25, 2017, S. 162–182 (166).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Da ist zunächst die *Ebene der gedanklichen Operation*, die Frage nach der „Natur" des Urteilens selbst. Wie sich abgezeichnet hat, überzeugt die Unterscheidung zwischen bestimmendem und reflektierendem Urteil bestenfalls im Sinne von Idealtypen. Sowohl im Recht als auch in der Ästhetik scheint das Urteilen zwischen diesen beiden Typen zu oszillieren. Daniel Damler[52] vermutet daher einen „einheitlichen Evaluationsmechanismus": „Wertungen werden über zeitlich vorauslaufende Affekte reguliert. Die Zuordnung zu einer bestimmten Normenkategorie ist eine analytische Leistung, die erst in einem zweiten Schritt erfolgt." Aufgrund dieser „partiellen Identität der involvierten Abläufe" hält Damler „‚analogische' Interferenzen" zwischen juridischen und ästhetischen Wertungen für unvermeidbar.

Zusammenhänge zwischen Urteilen im Bereich des Rechts und der Ästhetik bestehen aber auch auf der *Ebene der kommunikativen Tiefengrammatik* im Prozess des Gründegebens. Das habe ich am Beispiel der Topik darzulegen versucht. Insbesondere Bornscheuers Untersuchung über die Verwendung von Topoi in verschiedenen Disziplinen und Feldern (als Sondertopiken) und über deren Grenzen hinweg (als allgemeine Topoi) scheint mir ein fruchtbarer Versuch, diese Zusammenhänge aufzuzeigen. Zu nennen wären hier aber auch Arbeiten von Bernard S. Jackson, der vor gut 30 Jahren dieser Tiefengrammatik aus semiotischer Perspektive und in Anlehnung an Greimas' strukturelle Narratologie nachgespürt hat.[53] Danach ruht das Recht auf Mustern, „die zu einem großen Teil von den Regelförmigkeiten der allgemeinen Prozesse der Zeichensetzung vorgegeben werden, angefangen mit den Grundfiguren der Denk- und Sprechgrammatik bis hin zu den gleichförmigen Geschichten, die uns als Mythen, Märchen und Historien begleiten."[54]

Auf einer dritten Ebene schließlich bewegen sich Syn-Aisthesien im *Bereich der Maßstäbe des Urteilens*, schleichen sich ästhetische Maßstäbe ins juridische, rechtlich-moralische ins ästhetische Urteil. Wie Ernst Gombrich es 1952 fasste: „Wesentlich ist, dass in unserem Erleben immer Resonanzen aus anderen Wertsystemen mitschwingen. Es gab einst gute Gründe, gegen eine Verwirrung der Werte in der Kunstkritik zu protestieren, vor allem gegen eine oberflächliche Verwechslung von Kunst und Moral. Aber heute, wo diese Gefahr nicht mehr besteht, sollten wir ohne Zögern die

---

52 *Damler*, Normativität (Fn. 51), 166.

53 *B. S. Jackson*, Law, Fact, and Narrative Coherence, Roby, Merseyside: Deborah Charles Publications 1988, S. 28 f. Dazu auch *K. Sobota (Gräfin von Schlieffen)*, Stimmigkeit als Rechtsstruktur, ARSP 77, 1991, S. 243–256 (246 ff., insbes. 253 f.).

54 *Sobota*, Stimmigkeit (Fn. 53), 254.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Tatsache anerkennen, dass es wenige Menschen gibt, die Kunst niemals als sittlichen Wert erleben."[55] Man mag diese „kongruenten Wert-Erfahrungen" (Damler) mit Phasen sozial-moralischen Lernens erklären und damit gleichsam im Individuum verankern;[56] man kann aber auch bei Triepel nachschlagen, bei dem die Wertungen aus den unterschiedlichen sozialen Feldern auf einer Metaebene zusammenfließen: „Genau wie die verschiedenen ‚Inhalte' des objektiven Geistes – Recht, Sittlichkeit, Kunst, Wissenschaft usw. – Einzelrichtungen dieses Geistes als einer Ganzheit sind, so sind auch jene Werte Einzelrichtungen eines absoluten Gesamtwertes, stehen mithin zueinander in inniger Verbindung."[57] Die Befassung mit Zusammenhängen zwischen verschiedenen Kultur- und Gesellschaftszweigen und deren geistiger Verklammerung durch eine übergeordnete Idee war in der Geisteswissenschaft der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts durchaus verbreitet. Die diversen Schulen unterschieden sich vor allem in ihrem analytischen Instrumentarium und in ihrer Konzeption des einheitsstiftenden Prinzips. Triepel selbst entlehnt seine Konzeption eines „Kulturstils" oder „Gesamtstils", dem die Einzel-„Stile" verpflichtet sind, der Geschichtsphilosophie Erich Rothackers.[58]

Die dort wie bei Triepel mitschwingenden ontologischen Prämissen und die hegelianisch anmutende Rede vom „Objektiven" und „Absoluten" mögen heute etwas antiquiert anmuten. Zu einer ähnlichen „synästhetischen" Sicht auf Kulturphänomene gelangt man aber auch in Fortführung der Gedächtnistheorie des Aby-Warburg-Kreises, namentlich Ernst Cassirers Philosophie der symbolischen Formen und den kunsttheoretischen Schriften Erwin Panofskys. Jene erschließen die Idee eines Ursache-Wirkungs-Zusammenhangs zwischen den Hervorbringungen einer bestimmten Kultur und einer bestimmten Epoche und deren genereller Weltsicht. Die von dieser Welt-Anschauung geprägten „Denkgewohnheiten" wirken sich Panofsky zufolge auf alle Bereiche des Kultur- und Geisteslebens, einschließlich der Alltagskultur, aus.[59] Diese werden nicht im Wege förmli-

55 *E. Gombrich*, Wertmetaphern in der bildenden Kunst (Visual Metaphors of Value in Art, 1952), in: ders., Meditationen über ein Steckenpferd: Von den Wurzeln und Grenzen der Kunst, Wien: Europaverlag 1973, S. 31–56 (35).

56 So *Damler*, Normativität (Fn. 51), 166, unter Bezugnahme auf die einschlägigen Studien *Jean Piagets*.

57 *Triepel*, Stil (Fn. 5), S. 42.

58 *Triepel*, Stil (Fn. 5), S. 64. Begriffe bei *E. Rothacker*, Geschichtsphilosophie (1934; rev. 1952), Nachdruck München 1971, auf S. 54, 62, 83.

59 So der Ausdruck, den *Panofsky* in seinen späteren Schriften verwendet, namentlich in: *E. Panofsky*, Gotische Architektur und Scholastik (Gothic Architecture and Scholasticism, 1951), deutsche Ausgabe, Köln 1989, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

cher Schulung anerzogen, sondern über Sozialisierung im weitesten Sinne allgemein verbreitet[60] – sie werden „habituell", wie Pierre Bourdieu dies in Übersetzung von Panofskys „mental habits" taufte.[61] Zugleich bieten sie eine Erklärung dafür, warum juridische und ästhetische Wertungen ineinanderfließen können.

Ästhetisches und juridisches Urteilen, das habe ich hier zu plausibilisieren versucht, haben mehr miteinander zu tun, als es auf den ersten Blick scheinen mag.

60 Letztlich geht es um „Enkulturation", d. h. um das Ergebnis „eines teils bewußten, teils unbewußten Lernprozesses, durch den die ältere die jüngere Generation mit oder ohne Zwang dazu bringt, traditionelle Denk- und Verhaltensweisen zu übernehmen": *M. Harris*, Kulturanthropologie: Ein Lehrbuch (Cultural Anthropology, 2. Aufl., 1987), Frankfurt a. M./New York 1989, S. 21.

61 *P. Bourdieu*, Strukturalismus und soziologische Wissenschaftstheorie (Structuralisme et théorie de la connaissance sociologique, 1968), in: ders., Zur Soziologie der symbolischen Formen (1970), 6. Aufl., Frankfurt a. M. 1997, S. 7–41 (39 ff.); *ders.*, Der Habitus als Vermittler zwischen Struktur und Praxis (Original als Nachwort zur französischen Ausgabe von *Panofskys* „Gotischer Architektur und Scholastik", 1967), ebd., S. 125–158 (132, 138 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Rechtsprinzipien und ästhetische Normenbegründung

Levno von Plato

Kurzzusammenfassung

Richter setzen Rechtsnorm und Sachverhalt in ein Verhältnis zueinander und stützen sich dabei auf ihr Rechtsgefühl. Anstatt hier ein Legitimationsdefizit zu befürchten, vertritt dieser Beitrag die These, dass eine sach- und lebensfremde Auslegung und Anwendung der Rechtsnorm nur durch den Rückbezug auf ein individuell erlebtes Rechtsgefühl vermieden werden kann. Das Rechtsgefühl ist, so das hier vorgebrachte Argument, vor Willkür und privaten Werturteilen der Richter geschützt, wenn es an zwei sich gegenseitig bedingende Standards gebunden ist, nämlich sowohl den normativen Standard (Rechtsidee und Rechtsprinzipien) wie auch den faktischen der fallbezogenen Sachverhalte und kulturellen und politischen Wertegemeinschaft. Ein Blick auf die Konzepte der ästhetischen Normen- und Urteilsbegründung bei Shaftesbury, Hume und Kant verdeutlicht, wie nahe (wenn nicht gar identisch) sich eine in dieser Weise verstandene Rechtsprechung und das Urteil über die Schönheit von angewandter Rechtsordnung und Rechtsprinzipien sind. Die Deutungsoffenheit und normative Stabilität der Rechtsprinzipien ermöglichen pluralistische Interpretationsarten und Lebenswirklichkeiten, ohne aber die Rechtssicherheit in Gefahr zu bringen. Wie bei gelungenen Kunstwerken und einer ihnen angemessenen Interpretation, erreicht eine so konzeptualisierte Rechtsprechung einen breiten Adressatenkreis und steigert somit nicht nur die Transparenz, Ehrlichkeit und demokratische Legitimation der Rechtsordnung, sondern auch ihre Freiheitlichkeit und nicht zuletzt ihre Schönheit.

I. Einleitung: Virtuose Rechtsfindung?

Mit einem kurzen ‚Zwischenruf' löste der einstige Präsident des Bundesgerichtshofs Günther Hirsch vor einigen Jahren eine kleine Debatte zu einer der zentralsten Fragen der Rechtstheorie aus: dem Verhältnis zwischen Richter und Gesetzgeber. Das Bild des Richters als Diener des Gesetzgebers wird von Hirsch in Frage gestellt und durch Folgendes ersetzt: „Sucht man ein Bild, so passt meines Erachtens am ehesten das des Pianisten und Komponisten für das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber. Er inter-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

pretiert die Vorgaben, mehr oder weniger virtuos, er hat Spielräume, darf aber das Stück nicht verfälschen."[1] Dieser alsbald ‚Pianistentheorie' genannten Auffassung widersprach recht heftig und mit reichlich polemischen Zuspitzungen Bernd Rüthers, der die Bindung des Richters an das Gesetz hervorhob, vor der Willkür eines Richterstaates warnte und zahlreiche mahnende Bezüge zur Diktatur des Nationalsozialismus in den Mittelpunkt stellte.[2]

Dass Richter das Gesetz interpretieren bzw. auslegen müssen, ist kein Geheimnis, sondern unumgänglich, vom Gesetzgeber auch gewollt und sogar bis hin zur gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung praktiziert.[3] Gesetze sind allgemein formuliert und die Anwendung auf die konkrete, sich ständig wandelnde Lebenswirklichkeit (Sachverhalte) bedarf der Interpretation. Die Frage ist, wie dies vonstatten gehen soll. Der Gesetzgeber stützt sich bei der Formulierung einer Rechtsnorm auf die zur Zeit der Gesetzgebung maßgeblichen Lebensumstände, Erfahrungen, Regulierungsabsichten und Bedeutungen von Wörtern. Wie genau daraus ein Gesetz entsteht und welche Art Virtuosität dafür nötig ist, bestimmt nicht nur das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Richter, sondern in einer repräsentativen Demokratie auch das zwischen Gesetzgeber und Bevölkerung. So ist es wichtig, Hirschs weitere Präzisierung mit zu betrachten: „Die Richter sind Diener des Volkes, in dessen Namen sie ihre Urteile verkünden. Sie dienen unserem Rechtssaat, indem sie dem toten Buchstaben des geschriebenen Gesetzes Leben in der Rechtswirklichkeit geben; sie verhelfen dem Sollen zum Sein."[4]

Entscheidend ist hier, dass Richter dem Sollen zum Sein verhelfen. Und dies können sie erst, nachdem der Gesetzgeber ein Sollen geschaffen hat, das statt ‚toter Buchstaben' ein lebendiges Verhältnis zum Sein vorweisen kann. Lebendig sind die Buchstaben eines Gesetzes, wenn der Sinn des Gesetzes für alle Betroffenen eines konkreten Rechtsfalles nachvollziehbar ist. Somit kann ein gemeinsames Verständnis darüber entstehen, wie einerseits

---

1 *G. Hirsch*, Zwischenruf: Der Richter wird's schon richten, ZRP 5, 2006, S. 161.

2 *B. Rüthers*, Zwischenruf aus der methodischen Wüste: „Der Richter wird's schon richten"(?), JZ 19, 2006, S. 958–960; *ders.*, Methodenfragen als Verfassungsfragen, Rechtstheorie 40, 2009, S. 253–283, *ders.*, Die heimliche Revolution vom Rechtstaat zum Richterstaat, 2. Aufl., Tübingen 2016; u.a.

3 *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1991, S. 366 ff.; *R. Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012, S. 63 ff.; *ders.*, Probleme der Rechtsfortbildung, in: D. Heckmann/R. Schenke/G. Sydow (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel, Berlin 2013, S. 137–145; siehe auch BVerfGE 96, 375 (394 f.), BVerfGE 111, 54 (81 f.) m.w.N.

4 *G. Hirsch*, Auf dem Weg zum Richterstaat?, JZ 18, 2007, S. 853–858 (858).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

die konkreten Sachverhalte der Lebenswirklichkeit und die Wertungen einer richterlichen Entscheidung zusammengebracht wurden und andererseits, weshalb eine solche Entscheidung dann Gültigkeit für eine konkrete Lebenswirklichkeit hat. Ob die Buchstaben geschriebener Gesetze noch Leben in der sich ständig wandelnden und immer nur ausschnitthaft wahrnehmbaren Lebenswirklichkeit haben oder schnell sterben, ist der Virtuosität des Gesetzgebers geschuldet. Wie weit der Richter nun bei der Methodenwahl eine unabhängige Virtuosität entwickeln muss, oder ob die Komposition so reichhaltig ist, dass eine authentische Auslegung und Anwendung der Vorgaben ohne großes Zutun möglich ist, kann der Gesetzgeber selbst mitentscheiden und ist dadurch mitverantwortlich für die Quantität und Qualität der Spielräume, die den Richtern gegeben werden. Der fließende Übergang zwischen Auslegung und gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung ist somit vom Gesetzesgeber maßgeblich mitbestimmt.

Hirsch und Rüthers machen beide wertvolle Beobachtungen bezüglich der in der Rechtspraxis vorzufindenden Tendenzen, die sicher auch rechtspolitische Absichten verfolgen. Anstatt diese in den Vordergrund zu bringen, interpretiere ich hier beide wohlwollend, dass sie die Spielräume eigentlich wie folgt sehen: Die Methodenwahl sollte davon bestimmt sein, den *objektivierten* Willen des Gesetzgebers, also die Buchstaben der Rechtsnorm am Leben zu erhalten und somit den Sinn der Rechtsnorm erkennen zu können. Ob die Richter dafür mehr Gewicht der subjektiv-historischen oder der objektiv-teleologischen Auslegung geben müssen, also dem Willen des historischen Gesetzgebers (wie es Rüthers fordert), oder dem Normzweck (*ratio legis*) der Rechtsnorm (wie es Hirsch vertritt), ist freilich je nach Rechtsnorm, die durchaus Gewichtungen vorgibt, unterschiedlich. Die Verfehlungen des Nationalsozialismus dabei immer im Auge zu behalten, ist sicherlich auch sinnvoll. Diese Gewichtungsfrage ist eine der zentralen Diskussionspunkte der juristischen Methodenlehre und bringt unvermeidlich die persönlichen Wertungen der Richter ins Spiel.

Leider wird dabei zu häufig übersehen, dass persönliche Wertungen nicht notwendigerweise mit Willkür oder Beliebigkeit gleichzusetzen sind. Ganz im Gegenteil: Vertreter der subjektiven wie auch Vertreter der objektiven Auslegungslehre streben danach, die Beliebigkeit aus juristischen Urteilen herauszuhalten. Gelegentlich wird zwar auf ein persönliches Rechtsgefühl des Richters Bezug genommen – so z.B. Reinhold Zippelius: „Soweit das Gesetz dem Richter einen eigenen Anteil an Gerechtigkeitsentscheidungen lässt [...] und soweit hierbei auch Wertentscheidungen der Gesetze und andere Indizien keinen verlässlichen Anhalt für die konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen bieten, muss die Entscheidung auf das persönliche Rechtsgefühl des Richters in all seiner Relativität zurückgrei-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

fen. [...] Wo dem Richter in Auslegung und Lückenausfüllung ein Entscheidungsspielraum bleibt, kann er selber Einfluss nehmen auf die Fortbildung des Rechts."[5] Doch das Ideal einer konsensfähigen Lösung von Gerechtigkeitsfragen und die Erhaltung des Demokratieprinzips sowie der Gewaltenteilung und der Rechtssicherheit stehen trotz solcher Aussagen unangefochten auf festen Füßen – auch bei Zippelius.[6]

Auch wenn also eine persönliche Wertung die Rechtspraxis beeinflussen sollte, sind sich alle darüber einig, dass diese Wertung keineswegs beliebig ist, sondern eher bestimmten Prinzipien gerecht werden muss, z.B. konsensfähig[7] sein muss. Es ist jedoch selten klar, wie man diese Konsensfähigkeit erreichen kann, oder genau welcher angestrebte Konsens überhaupt der richtige ist. Möglicherweise wäre sogar die Konvergenz von Wertungen der bessere Maßstab, da dieser die Schwierigkeiten eines Diskurses und Kompromissanforderungen teilweise umgehen kann.[8] Den Bewertungsmaßstab im persönlichen Rechtsgefühl zu suchen, ist sicherlich der Handlungsnot geschuldet und wird, in Ermangelung anderer Vorgaben, sogar mit Zustimmung hingenommen, da eine rational nachvollziehbarere Legitimierung ja auch nach der Anwendung durch verlässliche Wirksamkeit und ständiger Rechtsprechung erfolgen kann[9] oder politisch bestätigt bzw. in Frage gestellt werden kann. Eine lähmende Suche nach einem womöglich nur, wenn überhaupt, im Ideal vorhandenen Konsens wird dadurch verhindert.

---

5 *Zippelius*, Methodenlehre (Fn. 3), S. 14–15; unter ‚persönlichem Rechtsgefühl' versteht Zippelius „das persönliche ‚Für-richtig-halten': das Gewissen sofern es sich auf Gerechtigkeitsfragen bezieht" (*R. Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 18, S. 101). Zum Rechtsgefühl allgemeiner, siehe u.a. *E. Lampe* (Hrsg.) Das sogenannte Rechtsgefühl, Wiesbaden 1985; *C. Meier*, Zur Diskussion zum sogenannten Rechtsgefühl, Berlin 1986; *J. Hänni*, Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung, Berlin 2011; *S. Köhler/S. Müller-Mall/F. Schmidt/S. Schnädelbach* (Hrsg.) Recht Fühlen, Paderborn 2014; *H. Landweer/D. Koppelberg* (Hrsg.) Recht und Emotion I, Freiburg 2016; *H. Landweer/F. Bernhardt* (Hrsg.), Recht und Emotion II Freiburg 2017.

6 *Zippelius*, Methodenlehre (Fn. 3), S. V; siehe auch *Zippelius*, Rechtsphilosophie (Fn. 5), § 11 II 4, § 12, § 20 III, § 21, sowie *R. Zippelius*, Rechtsgefühl und Rechtsgewissen, in: E. Lampe (Hrsg.), Rechtsgefühl (Fn. 5), S. 12–20.

7 So z.B. bei *Zippelius*, Rechtsgefühl (Fn. 6), S. 15.

8 Zu Konsens siehe *R. Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 2015; und zu Konvergenz siehe *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1997, S. 287 ff. Vgl. auch *S. Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung, Weilerswist 2012.

9 *Zippelius*, Probleme (Fn. 3), S. 144 f.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Diesen Rückgriff auf ein persönliches Rechtsgefühl aber als *willkürliches* persönliches Urteil des Richters und daher als unrechtmäßig abzulehnen, unterstellt den Richtern, den Zweck einer Norm (die persönliche Willkür ja gerade verhindern soll) nicht erkannt zu haben. Dass es einen solchen Zweck gibt, und somit zumindest die Existenz von objektiv-teleologischen Vorgaben dargelegt werden kann, scheinen Gegner der objektiv-teleologischen Auslegungslehre selten anzuerkennen.[10] Dies liegt sicher auch daran, dass wichtige Differenzierungen zwischen verschiedenen Arten von persönlichem Rechtsgefühl nicht honoriert werden. So ist zum einen der Unterschied zwischen einem persönlichen Rechtsgefühl, das wissentlich oder unwissentlich von Privatinteressen geprägt ist (Privatwertung), und einem persönlichen Rechtsgefühl, das die Gerechtigkeitsvorstellungen der kulturellen und politischen Wertegemeinschaft widerspiegelt (Gemeinschaftswertung), hervorzuheben. Auch wenn es hier fließende Übergänge gibt, sind sie doch häufig klar voneinander unterscheidbar. Diese sind dann wiederum auch von Rechtsgefühlen abzugrenzen, die von bestimmten, oftmals kodifizierten Rechtsvorstellungen und Wirklichkeitsauffassungen religiöser oder säkularer Prägung beeinflusst sind (normative Wertung).

Da diese Rechtsgefühle stark ineinanderfließen, schwer ermittelbar oder gar für manche Detailbereiche gar nicht vorhanden[11] zu sein scheinen, trägt eine gewisse Skepsis ihnen gegenüber durchaus zu einem vorsichtigen Umgang mit ihnen bei. Eine prinzipielle Ablehnung ist daraus aber keineswegs gerechtfertigt. Sie würde die menschliche Fähigkeit, sich kritisch mit Wertungsformen und einer bewussten Entscheidung, sich in unterschiedliche Wertungsarten hineinversetzen zu können, in Frage stellen. Die Beweislast der Differenzierung liegt dann selbstverständlich bei denen, die von solchen Rechtsgefühlen beim Ermitteln eines objektiven Normzwecks Gebrauch machen. Ob eine Suche nach dem subjektiv-historischen Willen des Gesetzgebers einen Rückgriff auf Rechtsgefühle vermeiden kann, ist zweifelhaft. Gegner dieser subjektiven Auslegungsmethode heben stets hervor, dass der Wille des Gesetzgebers, wenn überhaupt noch zeitgemäß, häufig nicht ausfindig zu machen ist, da dieser bei komplexen Ge-

10 Zum Beispiel Rüthers: „Die Suche nach einem ‚objektiven Willen des Gesetzes' bleibt […] ergebnislos. Es wird ein Phantom gesucht, an ein Märchen geglaubt. Denn ein Gesetz ist ein Text […] Die gedruckten Buchstaben können keinen eigenen, ‚objektiven Willen' haben." (*Rüthers*, Revolution (Fn. 2), S. 189).

11 Für fehlende Rechtsüberzeugungen in der Gemeinschaft bezüglich Normen des ungeschriebenen Verfassungsrechts, siehe *Zippelius*, Probleme (Fn. 3), S. 143 f.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

setzgebungsverfahren oder auf EU-Ebene nicht mehr as solcher greifbar ist.[12]

Welche Gründe die Parteien auch immer haben mögen, ihre Gegensätze statt ihre Gemeinsamkeiten hervorzuheben, einig scheinen sich beide Parteien jedenfalls darüber zu sein, dass das Entscheidende der objektivierte Wille des Gesetzgebers sein soll, der im geschriebenen Gesetz Ausdruck gefunden hat.[13] Dass eine solche Objektivierung auch möglich ist, ohne einem Rechtspositivismus mit zum Sterben verurteilter Idealsprache und angeblich lückenloser Rechtsordnung zu verfallen, steht ebenfalls außer Zweifel.[14] Gerade dies macht es aber dann anspruchsvoll, von diesem objektivierten und somit abstrakter gewordenen Sollen wieder zur Lebenswirklichkeit konkreter Sachverhalte und betroffener Personen zu kommen. Dennoch sehe ich bei beiden Parteien eine Einigkeit darüber, dass es einen Komponisten und eine Komposition gibt, die vom Richter möglichst so interpretiert werden soll, dass die Komposition bei der Aufführung keiner Privatwertung des Richters unterliegt, aber dennoch Leben in der Rechtswirklichkeit enthält, das einen Zusammenhang zum objektivierten Willen des Gesetzgebers vorweisen kann.

Ich möchte hier also meinen Fokus auf die Differenzierung der persönlichen Urteilsformen und die Vermeidung der Privatwertung richten sowie der Frage nachgehen, wie ein abstraktes Sollen dennoch in der sich wandelnden Wirklichkeit lebendig bleiben kann. Vielleicht lässt sich Rüthers auf ein Klavierkonzert ein, wenn sichergestellt ist, dass der Pianist sich durchaus an die Partitur halten kann, obwohl er auf seine Virtuosität angewiesen ist, um das Stück zu realisieren. Dies werde ich im Folgenden mit einem kurzen Blick auf mögliche Verhältnisse zwischen ästhetischer Normenbegründung und Rechtsprinzipien darlegen. Die Vermeidung von Privatwertungen in der Rechtsprechung ist, so mein Argument, gerade erst durch den Rückbezug auf persönliche Rechtsgefühle möglich, solange diese bestimmten Kriterien ästhetischer Normen- und Urteilsbegründung gerecht werden.

---

12 *Hirsch*, Richterstaat? (Fn. 4), S. 857.

13 *Hirsch*, Richterstaat? (Fn. 4), S. 855; siehe auch BVerfGE 1, 299 (312) und BVerfGE 62, 1 (45) m.w.N. Rüthers verweist meist zum BVerfG 2 BvR 2044/07 vom 15. 1. 2009 in dessen Sondervoten er die richtige Auslegungsmethode sieht (*Rüthers*, Methodenfragen (Fn. 2), S. 280 f.).

14 Zur Abgrenzung zwischen objektivierten Willen des Gesetzgebers und dem subjektiven Willen der Gesetzgebenden Organe, siehe BVerfGE 11, 126 (130); 13, 261 (268); 54, 277 (298 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

II. Die Suche nach dem Richtigen

Was muss die Partitur enthalten, damit eine Rechtsnorm ihren Sinn in der sich ständig wandelnden Lebenswirklichkeit am Leben erhält? Hier stehen wir vor einer umfassenden Frage bezüglich der richtigen Perspektive auf die Lebenswirklichkeit und der richtigen Formulierung einer Rechtsnorm, die es ihrem Wortlaut ermöglichen würde, nicht nur gesellschaftlichen Wandel zuzulassen, sondern auch die immer nur von begrenzten Blickwinkel her und unter verschiedenste Beschreibungsarten aufgefasste Lebenswirklichkeit eines jeden Individuums einzufangen, ohne aber ihren Regulierungszweck zu verlieren. Mit anderen Worten: Wir suchen nach einer Formulierung, die eine Stabilität des normativen Zwecks garantiert, während sie gleichzeitig die Pluralität der Wirklichkeitsbeschreibungen maximiert. Welche Art der Perspektive auf die Lebenswirklichkeit und welche Art der Formulierung einer Rechtsnorm könnten dieser Herausforderung gerecht werden?

Wenn der Gesetzgeber genügend Virtuosität aufbringen kann, eine solche Formulierung hervorzubringen, könnten Rüthers und Hirsch sogar ein Klavierduo spielen, ohne sich gegenseitig um die Tasten zu streiten oder die Melodien und Motive des anderen in Frage zu stellen – und dies selbst bei einem verstimmten Klavier, sodass das Publikum auch erkennen könnte, was eigentlich gemeint war. Denn die Erkenntnis dessen, welchen Sinn eine Rechtsnorm eigentlich hat, unabhängig von einer gelungenen Komposition oder Verwirklichung, spielt eine maßgebliche Rolle für die Aufdeckung von Fehlentwicklungen und für die Einschätzung, ob nun neben dem verstimmten Klavier nicht auch der Komponist, die Partitur, die Pianisten, die Akustik des Konzertsaals oder gar das eigene Hörgerät eine Nachjustierung benötigen. Dem Publikum sollte es nicht zu leicht gemacht werden, falsche Töne als richtig zu empfinden und somit dem fließenden Übergang zwischen Virtuosität und Wahnsinn freien Lauf zu lassen. Da leider die Erkenntnis falscher Töne einfacher ist, als die Erkenntnis der meist noch unbekannten richtigen Töne, ist das Publikum darauf angewiesen, das Falsche auch als solches erkennen und benennen zu können, ohne gegen Pianisten oder andere Akteure antreten zu müssen, die behaupten, dies sei eine der vielen möglichen Interpretationen der Wirklichkeitsbeschreibung.[15]

---

15 Zum gesetzlichen Unrecht siehe *G. Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung 5, 1946, S. 105–108.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Wir suchen also nicht nur nach einer Komposition, deren Wahrnehmung und Interpretation gleichzeitig normative Stabilität und pluralistische Wirklichkeitsauffassungen zulässt, sondern die uns auch zu erkennen gibt, was diese Komposition unabhängig vom Gelingen ihrer praktischen Verwirklichung fordert und an welchen Orten Veränderungen nötig sind, wenn diese Verwirklichung nicht erreicht wird oder unbeabsichtigte Folgen mit sich bringt. Es geht also nicht nur um die Verhältnisse und gegenseitige Bedingtheit von Sein und Sollen, sondern auch um die Bestimmung und Formierung des *richtigen* Seins und des *richtigen* Sollens. Denn ein falsches Sollen, das nur durch eine andere Beschreibung der Wirklichkeit zum richtigen Sein verwandelt wird, ist nicht nur ebenso wertlos wie ein richtiges Sollen, das in der Wirklichkeit keine Anwendung mehr findet oder eine Wirklichkeit, die keinem Sollen unterstellt ist. Es birgt zudem die Gefahr, nicht nur mit verstimmtem Klavier spielen zu müssen, sondern auch die Hörgeräte des Publikums manipulieren zu müssen. Dies würde, um nur das Geringste darüber zu sagen, die erwünschte normative Stabilität untergraben und somit dem Normzweck widersprechen – was geschichtlich gesehen leider nicht immer frühzeitig genug erkannt wurde. Damit wir bei der Bedeutungsvielfalt der Wörter und der überbestimmten Beschreibbarkeit der Wirklichkeit nicht den Überblick verlieren und wir den Wörtern nicht unabsichtlich falsches oder gar postmodernes Leben einhauchen, was die Streitlust und Ansprüche auf Deutungshoheit der Pianisten, Klavierstimmer, Hörgerätentwickler etc. nur befeuern würde, tauchen wir nun in das normative Gebiet ein, dessen Existenz durch die beschriebene Herausforderung maßgeblich geprägt ist: die Ästhetik – in all ihren wahrnehmungs-, beschreibungs- und produktionstheoretischen Facetten.

III. Die Wahrnehmung des Sollens und des Seins durch das Individuum: Privatwertung, Natur der Sache, Gemeinschaftswertung und Normkonformität

Da sich die Ästhetik für verschiedenste Absichten – auch in Politik und Recht – ge- und missbrauchen lässt, werden die eben skizzierten Gefahren vielleicht sogar potenziert, wenn wir nun dieses Feld betreten. Doch wir sollten nicht vergessen, dass dieses Feld bei der Rechtsvermittlung und

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Rechtsdarstellung bereits stark bespielt wird[16] und wir somit kein der Rechtsprechung sachfremdes Feld hinzufügen, sondern lediglich versuchen, einen verantwortungsvollen Umgang damit zu erleichtern. Handlungen führen notwendigerweise zu Bestimmungen und Konfigurationen der Lebenswirklichkeit. Sie formen somit notwendigerweise die Art, wie und als was Sachverhalte und Kontextualisierungen wahrgenommen und dargestellt werden können und sollen. Im Gegenzug sind diese handlungsbestimmten Konfigurationen auch von den Eigenarten der menschlichen Fähigkeiten abhängig und verwirklichen damit gewollt oder ungewollt die Potentiale der Wahrnehmungs- und Interpretationsformen sowie der sinnlich erfahrbaren Qualitäten der Sachverhalte und Wertungsmöglichkeiten. Der Rückgriff auf Rechtsgefühle, Rhetorik[17] oder narrative und visuelle Darstellungsmittel sind nur die offensichtlichsten Mittel der Rechtspraxis, die das Feld der Ästhetik nutzen. Eine bewusste Einbindung der Ästhetik in die Rechtspraxis ermöglicht uns also, analog-anwendbare normentheoretische Erkenntnisse nutzen zu können oder tatsächlich Erkenntnisse über real existierende Anforderungen an die ästhetischen Qualitäten und Fähigkeiten der Virtuosen im Gericht sowie deren Bearbeitungs- und Wahrnehmungsobjekte zu erörtern.[18]

Die größte Verantwortung, die das Einbringen von ästhetischen Urteilsformen und Wertungskriterien in die Rechtstheorie mit sich bringt, besteht darin, hervorzuheben, dass für den hier zu untersuchenden Gegenstand rein persönliche Präferenzen ebenso wenig eine Rolle spielen, wie es

---

16 Vgl. *E. Schürmann/L. von Plato*, Einleitung, in diesem Band; und, um hier nur einige zu nennen: *W. Leisner*, Der schöne Staat, Berlin 2018; *O. Depenheuer* (Hrsg.), Staat und Schönheit, Wiesbaden 2005; *R. West*, Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory, NYU Law Review 60 (2), 1985, S. 145–211; *S. Huygebaert/A. Condello/S. Marusek/M. Antaki* (Hrsg.), Sensing the Nation's Law, Cham: Springer 2018; *L. Münkler/J. Stenzel* (Hrsg.), Inszenierung von Recht, Weilerswist 2019; *J. Lege* (Hrsg.) Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019; *D. Damler*, Rechtsästhetik: Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016. Allgemeiner zum Feld der Rechtsästhetik, siehe: *J. Reinhardt/E. Schürmann*, Ästhetische Theorien des Rechts, in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 139–154; *K. Röhl/H. Röhl*, Zur Ästhetik des Rechts, in: dies. (Hrsg.), Allgemeine Rechtslehre, 4. Aufl., München i.E. 2020; *B. Butler*, Aesthetics and American Law, Legal Studies Forum 27 (1), 2003, S. 202–220.

17 *K. Gräfin von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Juristische Rhetorik, Berlin i.E. 2021.

18 Ob und in welcher Weise dies zu ästhetischen ‚Pflichten' (vgl. *F. Schiller*, Anmut und Würde, in: J. Petersen et al. (Hrsg.) Schillers Werke: National Ausgabe (NA), Weimar 1943 ff., Bd. 20, S. 264, 277) führt, werde ich an anderer Stelle untersuchen.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

die Privatwertungen eines Richters bei der Rechtsfindung sollten. Mögen solche Präferenzen auch Teil der Wirklichkeit jedes Individuums sein und auch z.B. in der heutigen Kunstwelt einen Einfluss haben, sind sie hier nicht der relevante Untersuchungsgegenstand, da sie durch ihre Beliebigkeit die erwünschte normative Stabilität nicht erbringen können.

Vielmehr interessiert uns hier jener Teil der Ästhetik, der sich mit intersubjektiv potenten und im Idealfall universalisierbaren Werturteilen beschäftigt. Dieser selektive Fokus auf einen Teilbereich der Ästhetik ist nicht zuletzt der Tatsache geschuldet, dass sich das Recht mit dem sozialen Miteinander beschäftigt, anstatt lediglich für private Interessen eine Rolle zu spielen. Sollen und Sein, die im Recht in ein Verhältnis zueinander gestellt werden, sind also hier intersubjektiver, statt individuell-privater Natur. Daher spielen private Präferenzen nur insofern eine Rolle, als sie Teil des intersubjektiven Gefüges sind. Dies sollte uns auch daran erinnern, dass das intersubjektive Gefüge kein vom Individuum unabhängiges Abstraktum ist, sondern nur in dem Maße Wirklichkeit enthält, in dem Individuen daran teilhaben. Da aber das Verhältnis zwischen dem rein Individuell-Persönlichen und dem Intersubjektiven nicht nur in der Ästhetik eine Grundproblematik ist,[19] werde ich hier lediglich auf einige Punkte eingehen, die eine fruchtbare Verbindung zwischen Recht und ästhetischen Urteilen aufweisen und uns zeigen könnten, welche Art der Interpretation ein Pianist leisten könnte, um Rüthers Sorge vor privater Wertungswillkür so wenig wie möglich Vorschub zu leisten.

Der Pianist als Individuum ist durchaus fähig, sich in das intersubjektive Gefüge des Konzertgeschehens einzufinden und weder allen seine privaten Interessen aufzuzwingen, noch sich selbst zu negieren. Um die Lebendigkeit der Wörter in der aktuellen Wirklichkeit sicherzustellen, ist es aber nützlich, wenn nicht gar notwendig, dass der Pianist ein Individuum ist. Denn anders als durch den Rückbezug zum lebenden Individuum *während* der Urteilsentstehung ließe sich die Lebendigkeit der Wörter kaum *vor* der Anwendung und Umsetzung sicherstellen. Das Individuell-Subjektive ist also das, was wir möglichst ausklammern möchten, wenn es sich um Privatwertungen handelt. Aber zugleich ist es die Bedingung, um überhaupt das erreichen zu können, was wir suchen: Die Überprüfung der Lebendigkeit der Wörter in der konkreten Lebenswirklichkeit – die, wenn wir die Sache nicht unsachgemäß simplifizieren oder verfremden möchten, nur ein Mensch als holistisch betrachtetes Individuum bescheinigen kann. So

19 Siehe z.B. den normativen Individualismus in *D. von der Pfordten*, Normative Ethik, Berlin 2010.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

bedarf es eines individuell-subjektiven Erlebens der Angemessenheit einer Wertung – eines Rechtsgefühls.[20] Es ist also unabdingbar für die Rechtsprechung, sich auf Fähigkeiten stützen zu können, die einerseits individuell-subjektive Wertungen ausklammern (wenn diese Privatwertungen sind) und doch zugleich eine individuell-subjektive Wahrnehmung von normativ gebilligten Wertungen zulassen. Unterschieden wird hier zwischen der individuell-subjektiven Wertung eines Individuums als Privatmensch (die Privatwertung) einerseits und andererseits dem individuell-subjektiven Erleben einer internalisierten, intersubjektiv potenteren Wertung eines Individuums als Repräsentant derselben (im Recht: das Judiz).

Ein gelungenes Urteil, so mein Vorschlag, erfordert vom Richter beide individuell-subjektiven Wertungen oder zumindest letztere vorzunehmen. Er muss die intersubjektiv potente Wertung durch sein subjektiv-individuelles Erleben auf Lebendigkeit in der Wirklichkeit hin überprüfen – und dies findet nicht rein kognitiv statt, da eine Lebendigkeit von Wörtern weit mehr als reine logische Schlussfolgerungen beinhaltet. Wird dem Richter diese Aufgabe verwehrt, ist eine wirklichkeitsfremde Rechtsfindung und die entpersonalisierte „Herrschaft von Toten über Lebende“[21] nur dadurch zu beheben, dass der Pianist durch den Komponisten oder

---

20 Die Rechtsphänomenologie hat sich eingehend mit der Erfahrung des Rechts als individuell-subjektiv erlebtes Phänomen beschäftigt und bietet hier reichhaltige Anschlusspunkte; siehe dazu *S. Loidolt*, Einführung in die Rechtsphänomenologie, Tübingen 2010; siehe auch *H. Landweers* und *J. Hännis* Beiträge im vorliegenden Band. Dem komplexen Verhältnis zwischen Rechtsphänomenologie, Rechtsgefühl und dem hier vertretenen ästhetischen Ansatz werde ich mich an anderer Stelle widmen. Um die Notwendigkeit einer unmittelbaren ästhetischen Erfahrung für eine angemessene Wahrnehmung des Wahrzunehmenden sowie für das Ausbilden eines Rechtsgefühls und für gelungene juridische Urteile eingehender darstellen zu können, werde ich an anderer Stelle ebenfalls auf Adrian Pipers philosophische und künstlerische Arbeiten eingehen. Piper entfaltet das Potential einer unmittelbaren Erfahrung für verschiedene Zwecke in Theorie und Praxis sehr anschaulich nicht nur durch ihre Kunst, sondern u.a. auch anhand der Begriffe des ‚indexical present‘ oder der kantisch geprägten ‚unsynthesized intuition‘ (siehe. *A. Piper*, Rationality and the Structure of the Self, Volume 2: A Kantian Conception, 2. Aufl., APRA Foundation Berlin 2013, S. 240–353; *dies.*, Intuition and Concrete Particularity in Kant's Transcendental Aesthetic, in: F. Halsall/J. Jansen/T. O'Connor (Hrsg.), Rediscovering Aesthetics, Stanford: Stanford University Press 2008, S. 193–212; *dies.,* Xenophobia and the Indexical Present I: Essay (1989) und II: Lecture (1992), in: dies., Out of Order, Out of Sight, Bd. 1, Cambridge, Mass.: MIT Press 1996, S. 245–251 und 255–273; *dies.*, The Real Thing Strange, in: C. Cherix/C. Butler/D. Platzker (Hrsg.), Adrian Piper: A Synthesis of Intuitions 1965-2016, New York: The Museum of Modern Art 2018, S. 72–93).

21 *Hirsch*, Richterstaat? (Fn. 4), S. 856 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

gar das Publikum ersetzt wird. In einem solchen Fall würde die Lebendigkeit der Wörter erst nach bzw. durch die Anwendung und Umsetzung des Urteils festgestellt werden können. Die politische Streitkultur, das Agonale[22] würde dadurch allgegenwärtig werden; die Legislative und Judikative somit ineinander schmelzen; die Rechtssicherheit verloren gehen.

Das Publikum sollte sich zwar – gemäß Souveränitätsbewusstsein und Gewaltenteilung – ohnehin ein Urteil über die Aufführung bilden und somit zukünftige Kompositionen beeinflussen. Aber um die Existenz einer unabhängigen Judikative und Rechtssicherheit[23] gewährleisten zu können, muss der Pianist die Lebendigkeit der Wörter in der konkreten Lebenswirklichkeit und bei den betroffenen Personen überprüfen können, *bevor* diese angewandt werden, also während des Rechtsfindungsprozesses. Da eine solche Überprüfung teilweise kognitiv vonstatten geht, aber zudem auch nur durch individuell-subjektives Erleben in der Lebenswirklichkeit möglich ist, muss dem Pianisten ein solches Erleben ‚im Namen des Volkes' gewährt werden, ohne dass dieses in die Normbildung einfließt und er somit dem Komponisten in die Partitur schmiert.[24] Entstünde dadurch eine neue Komposition, hätte der Pianist ein neues Sollen aus seinem persönlichen Sein erschaffen (Privatwertung) und den Wirklichkeitsbezug damit vorausgesetzt, statt lediglich dem Sollen zum Sein zu verhelfen und den Wirklichkeitsbezug zu bescheinigen oder abzusprechen (eine gemeinschaftlich getragene normative Wertung). Der Pianist soll das Sollen nicht vom Sein ableiten, sondern durch sein Erleben dem vom Sein bedingten und mitbestimmten Sollen zum Sein verhelfen, indem die Anwendbarkeit überprüft wird.

Was der Pianist erlebt, hat freilich individuell-subjektive Qualität, da es seine eigene individuell-subjektive und oftmals unmitteilbar persönliche Wahrnehmung der Angemessenheit oder Passung der Rechtsnorm zur konkreten Lebenswirklichkeit ist. Letztere besteht aber aus den relevanten und konkreten Sachverhalten und den Kontextualisierungen sowie Perspektivierungen und Motiven der vom konkreten Ereignis betroffenen Individuen und physischen sowie ideellen Gegenständen. Die Verbindung zwischen den Perspektivierungen der betroffenen Individuen und den Ei-

22 Vgl. *L. Schwarte*, Vom Urteilen. Gesetzlosigkeit, Geschmack, Gerechtigkeit, Berlin 2012; *J. Rancière*, Das Unvernehmen, Frankfurt a. M. 2002.

23 Zur umfangreichen Bedeutung der Rechtssicherheit siehe *A. von Arnauld*, Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts, Tübingen 2006.

24 Für eine gute Darstellung der dem Gesetz widersprechenden Rechtsfortbildung siehe *J. Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl., München 2005.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

genheiten der Gegenstände (vgl. ‚Natur der Sache'), die empirisch zu ergründen ist, schützt daher das vom Pianisten individuell-subjektiv Wahrgenommene vor lediglich privater Perspektivierung. Somit ist im Gelingensfall diese Wahrnehmung vor Willkür in zweifacher Weise geschützt: erstens durch die Komposition und zweitens durch die Tatsache, dass sein Erleben die Lebenswirklichkeit in ihren Eigenheiten und konkreten Perspektivierungen erkennen muss. Zudem muss diese Lebenswirklichkeit ‚im Namen des Volkes' interpretiert werden – also gemäß Relevanz-Kriterien und Gerechtigkeitsvorstellungen der kulturellen und politischen Wertegemeinschaft, anstatt nach den eignen privaten Wertungen oder den privaten Wertungen der betroffenen Personen.

Der Pianist erlebt die qualitativ individuell-subjektiven Eindrücke nicht als Privatperson, sondern im Lichte der Komposition und als Vertreter der Gemeinschaft, sowie als Erkennender der Natur der Sachen. Als Erkennender und Erlebender ist er zwar ein Individuum; aber die Maßstäbe der Erkenntnis und des Erlebens sind diejenigen der Komposition sowie der Sachverhalte und der Gemeinschaft, nicht die seiner eigenen Individualität und Präferenzen. Dies macht ihn dem Recht und Gesetz verpflichtet und zum Diener des Volkes, also der kulturellen und politischen Wertegemeinschaft. Er schaut zwar durch seine eigene Brille, muss aber etwas im Lichte bestimmter Kriterien sehen, um urteilen zu können.

Etwas im Lichte der Komposition bzw. der Natur des Wahrnehmungs- und Interpretationsobjektes sowie im Namen der Gemeinschaft zu erleben und somit ein individuell-subjektives Erlebnis zu haben, welches nicht den privaten Maßstäben unterliegt, sondern eher anderen vom Wahrnehmungsobjekt und -zweck her bestimmten sowie intersubjektiv potenteren, ist in der Ästhetik einer der zentralen Untersuchungsgegenstände. Es soll etwas erkannt und erlebt werden. Die Art, wie dies erkannt und erlebt werden soll, unterliegt aber bestimmten Kriterien. Naheliegenderweise wird eine solche Erkenntnis und ein solches Erlebnis meist mit Expertise, also der Ausbildung bestimmter Beobachtungs-, Auffassungs-, Differenzierungs- und Ausdrucksfähigkeiten, sowie einer bewussten Unterscheidung zwischen rein persönlichen, privaten und überpersönlichen Bezugsverhältnissen und Werturteilen verbunden. Diese Expertise ermöglicht es auch, die Verhältnisse zwischen Wahrnehmung, Wahrgenommenem und Wahrnehmenden kritisch zu untersuchen und von verzerrenden Einflüssen zu befreien. Um dies zu verdeutlichen, werde ich im Folgenden einige Gedanken zur Normen- und Urteilsbildung in der Ästhetik darstellen und diese dann mit Rechtsprinzipien und richterlicher Rechtsfindung ins Verhältnis setzen. Ich hoffe, damit zeigen zu können, dass Rechtsprinzipien alles vorweisen, was ästhetische Normen auch auszeichnet, und der Richter

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

somit durchaus ein guter Pianist sein kann, der sogar Rüthers zum Konzertliebhaber machen könnte.

IV. Das richtige Gefühl und ästhetische Urteilsbildung und Normenbegründung

Für unsere Zwecke sind, wie gesagt, die Theorieansätze interessant, die intersubjektive oder gar universalisierbare normative Maßstäbe untersuchen. Rein private Präferenzen sinnlicher sowie konzeptueller Wahrnehmungen und Objektbeschreibungen, die z.B. bei Kant unter dem Begriff des Angenehmen eingeordnet werden oder in der heutigen Kunstwelt eine nicht zu unterschätzende Rolle spielen, sind hier nicht die interessanten Untersuchungsobjekte. Vielmehr sind es diejenigen, die traditionellerweise unter dem Begriff des ‚Schönen' behandelt werden. Um drei wichtige und sich trotz ihrer Gegenläufigkeit in bestimmten Punkten ergänzende Ansätze zu erwähnen, möchte ich die Erläuterungen von Shaftesbury, Hume und Kant in aller Kürze durchgehen.

Bei allen dreien finden wir eine Distanzierung vom rein privaten Erleben sowie eine Rückbeziehung auf ein intersubjektiv potentes, individuell-subjektiv erlebtes Gefühl, welches den normativen Status des Schönheitsurteils zwar nicht begründet, aber doch dessen Wirklichkeitsbezug bedingt. Dadurch kann diesem normativen Status ein Anspruch auf die Anwendbarkeit in der konkretisierten Lebenswirklichkeit verliehen werden. Es ist nichts anderes, als die Anforderung an ein Gefühl, ein *richtiges* Gefühl zu sein, bevor man sich auf dieses Gefühl stützen kann (und muss), um etwas als schön bezeichnen zu können. Das Gefühl, das individuell-subjektiv erlebt werden muss, sichert die Lebendigkeit (im oben beschriebenen Sinne von Sinnhaftigkeit für konkrete Lebenssachverhalte und betroffener Individuen), also die empirische Realität der abstrakten Norm in der konkretisierten Lebenswirklichkeit. Die Kriterien, die das Gefühl zum *richtigen* Gefühl machen, sind andere als die reine Tatsache, dass man dieses bestimmte Gefühl individuell-subjektiv spürt. Doch ohne es zu spüren, sind auch diese Kriterien ihrer Anwendungsgrundlage und somit ihrer Bedeutung für den Wirklichkeitsbezug beraubt.

Die Notwendigkeit, ein bestimmtes Gefühl zu spüren, um zu einem Schönheitsurteil zu kommen, ist nicht stark umstritten – weit weniger jedenfalls als die These, dass ein Richter sich auf das Erleben seines Rechtsgefühls richten muss, um den Wirklichkeitsbezug einer bestimmten Normauslegung zu prüfen. Diese These halte ich aber aufgrund der bereits erläuterten Gefahr der toten Wörter oder der Verschmelzung von Legislative und Judikative für ebenso notwendig. Wie stark umstritten eine solche

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Notwendigkeit ist, hängt gewiss auch davon ab, welches nun das *richtige* Gefühl ist. Hier haben Shaftesbury, Hume und Kant ihre jeweils eigenen Erklärungen bezüglich der Urteile über das Schöne, die ich grob skizzieren möchte, bevor ich diese mit dem Rechtsgefühl in Verbindung setze, das der Richter zu fühlen hat.

Bei Shaftesbury[25] ist ein Gefühl, das die Grundlage für ein Schönheitsurteil bildet, richtig, wenn das Gefühl so ausgebildet wurde, dass es eine Neigung zum Ausdruck bringt, die der Ordnung des Kosmos nicht zuwiderläuft. Der Maßstab, der dem Gefühl die normative Gültigkeit gibt, ist ein optimistischer Glaube an eine rational durchdringbare, natürliche und von Gott vorgegebene Ordnung des Kosmos. Diese Ordnung bestimmt, was gut und schlecht, was schön und hässlich, und was wahr und falsch ist. Alles, was dieser Ordnung dient, ist somit schön und alles, was diese Ordnung stört, ist hässlich. Dieser normative Maßstab ist recht einfach zu verstehen, wenn auch schwer zu erreichen. Für jemanden, der ein Schönheitsurteil fällen möchte, ist die zentrale Herausforderung, ein solches Gefühl zu spüren. Shaftesbury zufolge wird ein solches dadurch erreicht, dass man alle persönlichen Interessen ignoriert und sein Gefühl darauf trainiert, nur die Interessen der kosmischen Ordnung zur Wertungsgrundlage zu machen und somit ein Wohlgefallen demgegenüber zu spüren, was dieser Ordnung dient. Das entspricht dann jedoch kaum den persönlichen Interessen und ist somit von diesen unterscheidbar.

Obwohl Shaftesbury davon überzeugt ist, dass man diese Ordnung rational ergründen kann und das Gefühl somit im Prinzip rational überprüfbar (und falsifizierbar) wäre, ist ihm auch klar, dass dies für Menschen ein eher fernes und unerreichbares Ziel ist. Dies nimmt dem Ganzen zwar seinen rationalen Reiz, erscheint aber als Normbegründung dennoch wertvoll, da es rationalisierte Expertise fordert und ein Ideal bietet, nach welchem man sich richten kann und das sogar auf Teilbereiche (z.B. Personengemeinschaften oder Objektbestimmungen) in reduzierter Gültigkeitspotenz heruntergebrochen werden kann. Der eigentliche Wert dieser Theorie liegt aber vielmehr bei der Unterscheidung zwischen rein persönlichen (privaten) und überpersönlichen (gemeinschaftlichen oder gar göttlichen) Gefühlen und der These, dass letztere die normative Grundlage für

25 *Shaftesbury*, Characteristicks of Men, Manners, Opinions, Times, in: W. Bender et. al. (Hrsg.), Anthony Ashley Cooper, Third Earl of Shaftesbury. Standard Edition. Sämtliche Werke (SE), Stuttgart-Bad Cannstatt, 1981 ff., insbesondere ‚An Inquiry Concerning Virtue or Merit' und ‚The Moralists', siehe auch *L. von Plato*, The Aesthetic Expression of Moral Character. Moral Beauty in the Eighteenth Century, Münster 2018, S. 49–65.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Schönheitsurteile bieten und zugleich wirklichkeitsgebundene Gefühle sind. Der normative Standard, obwohl er überpersönlich ist, findet sich doch im Persönlichen wieder und wird dadurch zum Sein gebracht – ohne rein kognitiv abstrakt zu bleiben.

Diese Grundstruktur finden wir auch bei Hume, obwohl Hume sehr viel greifbarere normative Standards für die *richtigen*, also dem normativen Standard angepassten Gefühle, vorschlägt. Statt einer in der Praxis wohl kaum ergründbaren, göttlich erschaffenen kosmischen Ordnung, genügen Hume einige Kriterien, nach denen Gefühle rational bewertet werden können und somit deren *Richtigkeit* rational überprüfbar (und falsifizierbar) wird. Er schlägt Folgendes vor: „Allein ein großer Verstand, vereint mit feinfühliger Empfindung, verbessert durch Übung, vollendet durch Vergleich und bereinigt von allen Vorurteilen kann Kritiker zu dieser Charakterisierung [des ‚wahren Richters der schönen Künste'] berechtigen. Ihr übereinstimmendes Urteil, wo auch immer man sie finden mag, ist die wahre Regel des Geschmacks und der Schönheit."[26]

Auch wenn diese Kriterien teilweise gerade wegen ihres starken Einflusses in der philosophischen Ästhetik durchaus umstritten sind und gewisse Zirkelschlüsse schwer zu umgehen sind, bieten sie dennoch erstaunlich gute Anknüpfungspunkte, um die eigentlich rational ungreifbaren Gefühle rational-normativ zu bewerten. Alle Gefühle, die diesen Kriterien nicht gerecht werden, sind demnach für ein Geschmacksurteil unbrauchbar. Diese Kriterien im Einzelnen durchzusprechen wäre sicher lohnenswert. Schon alleine der Gedanke, dass das viel diskutierte Vorverständnis beim hermeneutischen Zirkel (bzw. Spirale[27]) somit einer rational-kritischen Prüfung unterzogen würde, wäre für die Rechtsfindung von unschätzbarem Wert.[28] Die Aufdeckung und Vermeidung von Privatwertungen rückt damit in greifbare Nähe. Der normative Standard wird bei Hume zudem

---

26 *D. Hume*, Von der Regel des Geschmacks, übersetzt von Martin Köhler, Hage 2016, S. 41.

27 *W. Hassemer*, Juristische Hermeneutik, ARSP 72 (2), 1986, S. 195–212 m.w.N.

28 Siehe z.B. *J. Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956; *ders.*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a. M. 1970. Siehe auch *U. Schroth*, Juristische Hermeneutik und Norminterpretation, in: W. Hassemer/U. Neumann/F. Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl. Heidelberg 2016, S. 243–271; *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1997, insbesondere zur ‚Gleichsetzungstheorie' von Fall und Norm, S. 86 ff.; vgl. dazu das ‚Hin- und herwandern des Blicks zwischen Norm und Sachverhalt' bei *K. Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl., Heidelberg 1960, S. 35 f.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

für einen gewissen Grad an Relativismus offengehalten, der z.B. kulturelle und kulturentwicklungsgeschichtliche oder objekt- und interessensbezogene Unterschiede ermöglicht. Die Willkür wird auch hier durch die Anforderung begrenzt, mehrere urteilsfähige Meinungen zusammenzuführen, also einer Art Konsensbildung oder gar Konvergenz zwischen den Urteilsfähigen zu erreichen. Auch wenn dieser Standard dem Prinzip nach nicht in dem Maße vor kulturellen Verfehlungen schützt, wie der von Shaftesbury, können graduelle Schritte zur Perfektion dieser Kriterien besser festgestellt werden. Somit werden Verfehlungen in der Praxis früher als bei Shaftesbury erkannt, bei dem Dogmatiker jeglicher Färbung durch die praktische und erkenntnistheoretische Unerreichbarkeit des höchsten Standards größere Chancen hätten, ihre ggf. verfehlten Urteile in der Praxis zu festigen.

Bei Kant ist ebenfalls das Erleben eines bestimmten subjektiven Gefühls die Vorraussetzung für ein Schönheitsurteil. Doch wird der normative Standard dieses Gefühls dadurch erreicht, indem die Art der Wahrnehmung auf das Wahrgenommene so bestimmt wird, dass sie ein harmonisches, freies Spiel der Erkenntniskräfte (Einbildungskraft und Verstand) zulässt.[29] Dieses freie Spiel verunmöglicht jegliche endgültige Bestimmung des Wahrgenommenen unter einem Begriff, da eine solche Bestimmung das Wechselspiel zwischen Einbildungskraft und Verstand auf den bestimmenden Begriff begrenzt und somit das Wahrgenommene eher nach dem Zweck bzw. der Perfektion des bestimmenden Begriffs strukturiert wird, anstatt es frei zu lassen. Diese durch einen Begriff bestimmte Wahrnehmung führt dann eher zu theoretischer Erkenntnis darüber, als was das Wahrgenommene zu erkennen sei. Dies strukturiert dann auch die mit einer solchen Erkenntnis einhergehenden Gefühle in der Weise, dass sie bestimmten, mit dieser Erkenntnis verbundenen Interessen und Kontextualisierungen entsprechen und somit an Allgemeingültigkeit verlieren. Ohne diese Bestimmung durch Begriffe fallen aber notwendigerweise auch jegliche persönlich-individuellen Assoziationsmöglichkeiten oder praktischen Nutzungsmöglichkeiten in Bezug zum Wahrgenommenen weg und das Gefühl, welches das Wahrgenommene sodann in uns durch die Betrachtung auslöst, kann daher als allgemeingültig gelten.

Eine intersubjektiv akzeptable Überprüfung, ob ein solches freies Spiel vorhanden ist, ohne es selbst vollziehen zu müssen, erscheint mir z.B. an-

---

29 *I. Kant*, Kritik der Urteilskraft (KU), § 9, A28/B28 ff., in: Kants Gesammelte Schriften, Akademieausgabe, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Berlin 1900 ff., Bd. V, S. 216 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

hand der Hume'schen Kriterien der oben genannten ‚wahren Richter' möglich. Denn diese sind sogar aus der Dritten-Person-Perspektive wegen ihrer Rationalisierbarkeit und Graduierbarkeit zugänglich. Sie könnten daher auch von außen darüber Auskunft geben, ob etwa bestimmte Begriffe, Vorverständnisse, Interessen, Naivitäten etc. nicht doch eine Bestimmung festlegen, die, je nach Untersuchungsobjekt, ja auch durchaus zugeordnet werden soll und daher ins Bewusstsein gerufen werden muss, um bestimmbar, überprüfbar, und falsifizierbar zu sein. Unabhängig von Hume und für heutige Theoriehorizonte etwas anschlussfähiger sind Hans-Joachim Strauchs Darstellungen zur Mustererkennung und der Herstellung von Kohärenz[30] oder Eva Schürmanns Erläuterungen zur kritischen Untersuchung von Vermittlungsbedingungen und Hintergrundannahmen jeglicher Perspektivierungs- und Formierungsleistungen darstellerischer Praxen – auch bezüglich der Rechtspraxis und der dafür brauchbaren ästhetischen Kompetenzen.[31]

Wenn Wahrnehmungen durch Begriffe bestimmt werden und somit das freie Spiel der Erkenntniskräfte ebenfalls durch diese Objektivierung begrenzt wird, sind nach Kant aber dennoch Schönheitsurteile möglich. Sie haften aber dieser Bestimmung an und sind somit keine Urteile über *freie* Schönheit, sondern Urteile über dem bestimmenden Begriff *anhängende* Schönheit.[32] Diese anhängende Schönheit ist diejenige, die wir meiner Meinung nach Rüthers anbieten sollten, wenn wir ihn zu Hirschs Klavierkonzert einladen.

Ich kann an dieser Stelle leider zu wenig auf die eigentlich notwendige detailliertere Darstellung der kantischen Argumente und Thesen eingehen. Es ist jedoch diese anhängende Schönheit, die einem den oben genannten zweifachen Schutz vor Geschmacks-Willkür bietet. Es sind zwei normative Standards eingebaut, die der Pianist bei seiner Wahrnehmung und Interpretation der Komposition sowie der vorliegenden Lebenswirklichkeit beachten muss und die ich im Folgenden näher erläutern werde. Bei Shaftesbury und Hume finden wir zwar auch Möglichkeiten, diese zwei Standards zu erreichen, doch ist die Verschränkung zwischen Begriffsbestimmung und Schönheitsurteil bei keinem der beiden so offensichtlich und

30 *H. Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Freiburg 2017; *ders.*, Die Ästhetik richterlicher Erkenntnis, in: Lege, Gelingendes Recht (Fn. 16), S. 9–24.

31 *E. Schürmann*, Sehen als Praxis, Frankfurt a. M. 2008; *dies.* Law as the Art of Picturing a Case, in: W. Gephart/J. Leko (Hrsg.) The Law and the Arts, Frankfurt a. M. 2017, S. 25–38; *dies.* Vorstellen und Darstellen, Paderborn 2018; u.a.

32 *Kant*, KU § 16, A48/B48 ff. (Fn. 29), S. 229 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

vor voluntaristischen und dezisionistischen Eingriffen geschützt wie bei Kant. Wir sehen aber bei Shaftesbury, Hume und Kant, dass ästhetische Urteile, und somit der Rückgriff auf bestimmte Gefühle, keineswegs notwendigerweise zu beliebigen Privatwertungen führen. Vielmehr fordern sie uns auf, den angestrebten normativen Standard mit einer konkreten Lebenswirklichkeit in Einklang zu bringen und anhand gesteigerter Expertise die scharfe Trennung zwischen Subjektivität und Objektivität zu überwinden und das Sollen zum Sein zu überführen.

V. Die Schönheit des Rechts und das Rechtsgefühl

Die anspruchsvollen normativen Standards bei Shaftesbury, Hume und der kantischen freien Schönheit stellen uns aber in ihren jeweils höchsten Formen vor unerreichbare Anforderungen. Ebenso wie eine Privatwertung ungenügend ist, wäre eine nahezu göttliche praxisfern. Sobald es um praktische Belange und die damit einhergehende Entscheidungsnotwendigkeit geht, entstehen zudem Probleme des Dezisionismus und der Wertungswillkür. Um diese einzudämmen, ist die Begriffsbestimmung einer kantischen anhängenden Schönheit für das Erreichen des *richtigen* Gefühls von zentraler Bedeutung. Denn so interessant die rational ergründbare, göttliche, kosmische Ordnung, das übereinstimmende Urteil wahrer Geschmacksrichter oder das harmonische freie Spiel der Erkenntniskräfte als normative Standards sein mögen, sie fordern alle eine bis ins Unendliche unerreichbare Perfektion oder sind gar explizit für praktische Anwendung nicht gedacht. Der Richter muss irgendwann entscheiden. Wenn er sich aber im freien Spiel der Partitur- und Lebenswirklichkeitsinterpretation oder beim durchaus gebotenen, aber eben nicht bis ins Unendliche ausufernden rational-kritischen Untersuchen des hermeneutischen Zirkels (bzw. Spirale) verliert, wenden sich die Konzertbesucher irgendwann anderen, durchsetzungsfähigen oder populären Pianisten zu oder versuchen, sich selbst ans Klavier zu setzen.

Nicht umsonst sind gewisse ästhetische Standards eher für die Kontemplation gedacht und sind dort, wo praktische Entscheidungen zu fällen sind, dazu verdammt, verkürzt oder gar für persönliche oder populistische Zwecke missbraucht zu werden. So wie uns ‚wahre Richter' bei der Urteilsbildung vor den tiefen Abgründen von Privatwertungen schützen können, so schützen uns die Handlungsnotwendigkeit und konkrete Sachverhalte, Perspektivierungen und Begriffsbestimmungen der Lebenswirklichkeit vor den unerreichbar hohen, praxis- und lebensfernen Gefilden göttlicher Kontemplation. Eine praxis- und lebensferne Urteilsbildung, so schön und

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sinnvoll sie auch sein mag, verfehlt ihre Adressaten nicht weniger als eine Privatwertung. Wir benötigen eine nicht-willkürliche Begrenzung der Wahrnehmungs- und Interpretationsmöglichkeiten, sodass der Pianist auch noch während des für die Aufführung des Stücks zugedachten Zeitraums zum Spielen kommt und dem Populisten oder der Selbstjustiz nicht das Feld überlässt. Genau diese Begrenzung sehe ich bei Kants anhängender Schönheit als für einen in der Lebenspraxis geeigneten Rechtsfindungsprozess gegeben und somit auch dafür geeignet, den toten Wörtern des Gesetzes eine Lebendigkeit in der konkreten Lebenswirklichkeit zu bescheinigen.

Eine nicht-willkürliche Begrenzung der Wahrnehmungs- und Interpretationsmöglichkeiten finden wir freilich in unserem Untersuchungsobjekt selbst: dem Recht bzw. der dahinter liegenden Rechtsidee (verstanden als Gerechtigkeit und nicht nur als die Gesamtheit des positivierten Rechts beinhaltend).[33] Und auch wenn ich hier etwas von Kants eigener Rechtstheorie abweiche, möchte ich dennoch die kantische anhängende Schönheit sowie Kants Erläuterungen zum Ideal der Schönheit[34] für meine Ausführungen so nutzen, dass wir uns nun diejenige Schönheit vor Augen führen, die der Rechtsidee anhängt. Wenn der Pianist die Partitur so interpretiert, dass seine im Prinzip freien Wahrnehmungs- und Interpretationsmöglichkeiten durch die Rechtsidee beschränkt werden, wird sein Geschmacksurteil das *richtige* sein. Er kann sich auf sein Rechtsgefühl verlassen und sogar, wenn nötig, die Komposition korrigieren[35] (bzw., um dem Komponisten nicht zu stark ins Handwerk zu pfuschen, als ungeeignet, also ohne Wirklichkeitsbezug einstufen). Er weiß ja, was die Komposition eigentlich ausdrücken möchte, auch wenn der Komponist das Angestrebte nicht erreicht hat oder bestimmte Melodien veraltet sind.

Diese Lösung mag ebenso trivial wie ungreifbar erscheinen. Denn was ist ein Rechtsgefühl, wenn es nicht das Gefühl ist, das wir haben, wenn wir Rechtsidee und konkrete Lebenswirklichkeit zusammenbringen? Auch wenn die Ungreifbarkeit der Rechtsidee ein ernstzunehmendes Problem bleibt, verflüchtigt sich der Anschein der Trivialität, sobald wir uns der oben erläuterten Herausforderungen bewusst werden: nämlich, dass priva-

33 *K. Larenz*, Richtiges Recht, München 1979, S. 33 ff.; *Kaufmann*, Rechtsphilosophie (Fn. 8), S. 152 ff.; *D. von der Pfordten*, Die Rechtsidee bei Kant, Hegel, Stammler, Radbruch und Kaufmann, in: Shing-I-Liu (Hrsg.), Value Pluralism, Tolerance and Law, Taipeh, Taiwan: Wu-Nan Book Comp. 2004, S. 333–379.

34 *Kant*, KU § 17, A52/B52 (Fn. 29), S. 231 ff.

35 Zur gesetzeskorrigierenden Rechtsfortbildung siehe *Neuner*, Rechtsfindung (Fn. 24).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

te Wertungen schnell mit normativen oder gemeinschaftlichen verwechselt werden (gerade wenn es um das subjektive Erleben dieser Wertungen im Individuum geht, statt um diese Wertungen an sich); oder wenn der hermeneutische Zirkel uns mit hartnäckigen Vorverständnissen konfrontiert; oder wenn solche Ideale wie die Rechtsidee und Bestimmungen dessen, was überhaupt der Sachverhalt ist, wegen der unumgänglichen Handlungsnot durch voluntaristische oder dezisionistische Willkür verkürzt werden; oder eben wenn die Wertungen des historischen Gesetzgebers nicht mit denen des Normzwecks für die aktuelle Lebenswirklichkeit übereinstimmen.

Ob wir nun das Gefühl, welches wir beim Geschmacksurteil über die der Rechtsidee anhängende Schönheit spüren, mit einem Rechtsgefühl gleichsetzen können – wie ich es hier tue –, bedarf detaillierterer Argumentation. Diese kann ich hier nicht vollständig darlegen, halte sie aber für durchführbar, da wir auf normativ höherer Ebene – dem Ideal der Schönheit bzw. dem Schönen als Symbol des sittlich Guten – bei Kant einige Indizien dafür finden, in diese Richtung zu gehen.[36] Ich halte eine solche Gleichsetzung aber auch unabhängig von einer gelingenden Kant-Exegese für wertvoll. Denn mit einer Gleichsetzung von Rechtsgefühl und dem Gefühl, das uns zu einem Schönheitsurteil über die Rechtsidee führt, könnten Rechtsgefühle anhand von normativen Kriterien der ästhetischen Normen- und Urteilsbildung (auch außerhalb kantischer Theorien) bewertet und nachjustiert werden. Solche rechtsästhetischen Überlegungen werden durchaus schon diskutiert und auch, wie oben erwähnt, mit Überlegungen der Rechtsvermittlung und Rechtsdarstellung verbunden.[37]

Mit der Rechtsidee mögen wir nun den *richtigen* Maßstab für das Geschmacksurteil des Pianisten gesetzt haben und das Erreichen dieses Maßstabs – so der substantiellere Punkt der obigen Überlegungen – kann anhand von Kriterien ästhetischer Urteilsbildung und Normenbegründung überprüft werden. Doch leider ist ein solcher Maßstab wohl nahezu so unbestimmt und schwer erkenn- und erreichbar wie Shaftesburys göttliche kosmische Ordnung. Die Wahrnehmungs- und Interpretationsmöglichkeiten müssen nun zwar immer mit dem fernen Standard der Rechtsidee in Einklang gebracht werden und schließen somit etliche außerrechtliche (und private) Wertungsmöglichkeiten aus. Doch bedarf es weiterer Ver-

---

36 *L. Plato*, Kant's Ideal of Beauty as the Symbol of the Morally Good and as a Source of Aesthetic Normativity, Proceedings of the European Society for Aesthetics 9, 2017, S. 412–437.

37 Siehe Fn. 5 zum Rechtsgefühl und Fn. 16 allgemeiner zu rechtsästhetischen Ansätzen.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

kürzungen dieses Ideals, um praxistauglich zu sein. Wir haben aber nun die nötigen Ressourcen, um diese Verkürzung so vorzunehmen, dass sie vor dezisionistischer Willkür geschützt ist.

VI. *Der zweifache Willkürschutz: die Rechtsidee als regulatives Prinzip einerseits und die Lebenswirklichkeit des Sachverhalts und des gemeinschaftlichen Gerechtigkeitsgefühls andererseits*

Zurück zum eingangs erwähnten Rechtsgefühl von Zippelius. Wir haben nun durch die obigen Überlegungen eine Konzeption des Rechtsgefühls, dessen normative Gültigkeit *nicht* durch persönliche Privatwertung – sei sie auch noch so nah an einem konsensfähigen gemeinschaftlichen Gerechtigkeitsgefühl – sondern durch die Rechtsidee und ihren Zusammenhang zur Lebenswirklichkeit legitimiert wird. Der Unterschied zwischen konsensfähigem, gemeinschaftlichem Gerechtigkeitsgefühl und einem Rechtsgefühl, das durch den Zusammenhang der Rechtsidee zur Lebenswirklichkeit legitimiert wird, liegt darin, dass Ersteres aus einem Sein abgeleitet ist, während Letzteres aus einem zweckgeleiteten Verhältnis zwischen Sollen und Sein abgeleitet ist. Nur Letzteres schützt die Verkürzung von Idealen vor voluntaristischen oder dezisionistischen Eingriffen. Mit anderen Worten: Wir sind an einem Judiz interessiert und nicht an dem Gerechtigkeitsgefühl eines Richters oder der Gemeinschaft – wobei der Begriff ‚Judiz' dann klar von persönlicher Privatwertung abgegrenzt werden muss, was leider nicht immer so gehandhabt wird, aber durchaus möglich ist. Anhand der oben genannten fünf Kriterien, die Hume für ‚wahre Richter der schönen Künste' (oder modernerer Variationen davon) vorschlägt, könnte ein Judiz leicht rational überprüft bzw. als belastbar eingebracht werden und somit z.B. Vorverständnisse, Deutungen und Analogieschlüsse oder Privatinteressen aufgezeigt und ggf. korrigiert werden, bevor sie die Entscheidungsfindung verzerren.

Was sich im Gegensatz dazu tatsächlich an das Gerechtigkeitsgefühl der Gemeinschaft richten sollte, ist die zutreffende Erkenntnis der Lebenswirklichkeit und die für einen konkreten Fall relevanten Wirklichkeitsausschnitte (Sachverhalte). Diese sollte der Richter ebenso als empirisch zu ergründendes Ideal vor sich haben, wie er die Rechtsidee beim Verkürzen der normativen Standards als regulatives Prinzip im Blick behalten sollte. Es sind also zwei Standards, die zusammenwirken und vor Willkür des Rechtsgefühls schützen: derjenige der normativen Gültigkeit der Rechtsnorm einerseits und derjenige der Erkenntnis der konkreten Lebenswirklichkeit, welche die Anwendbarkeit der Rechtsnorm bestimmt, anderer-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

seits. Der eine Standard ist durch Begriff und Zweck der Rechtsidee vor Willkür geschützt und wird durch die konkrete Anwendung in der Lebenswirklichkeit erlebbar – also lebendig. Im Individuum wird er durch das Rechtsgefühl (also das Judiz) spürbar und durch die begriffliche Bestimmung und Formierung der Lebenswirklichkeit auch intersubjektiv mitteilbar. Der andere Standard ist durch die empirisch zu ergründenden fallspezifischen Gegebenheiten sowie die Gerechtigkeitsvorstellung der gemeinschaftlichen Lebenswirklichkeit vor Willkür geschützt und ermöglicht die Anwendbarkeit der durch die Rechtsidee bestimmten Zwecke der konkretisierten Rechtsnormen sowie die Entstehung des Rechtsgefühls (also des Judiz).[38]

Nur im Zusammenwirken dieser beiden Standards wird die Wahrnehmung und Interpretation dessen, was der Richter einerseits aus der Rechtsnorm und andererseits aus der Lebenswirklichkeit zusammenfügen muss, eine für den Rechtsfindungsprozess brauchbare Auslegung der Rechtsnorm einerseits und angemessene Regulierung und Perspektivierung der Lebenswirklichkeit andererseits. Der Richter kann somit Rechtsnormen und Lebenssachverhalte in Entsprechung bringen.[39] Die Wörter des Gesetzes bekommen ihre Lebendigkeit durch die Anwendbarkeit in der Lebenswirklichkeit bescheinigt und die Lebenswirklichkeit kann anhand der Wörter des Gesetzes reguliert, beschrieben und bestimmt werden. Es ist wichtig, dass die beiden Standards nicht vertauscht werden, da sonst das Sein (des Richters oder der Gemeinschaft) zum neuen Sollen wird und Rechtsschöpfung statt Rechtsfindung zutage träte. Nähmen wir einen gemeinschaftlichen Konsens über eine Gerechtigkeitsfrage als Maßstab für die Verkürzung der Rechtsidee zu konkreteren praxistauglichen Rechtsnormen, so wäre – wie es in gelungener Legislative der Fall ist – die Wirklichkeitsbezogenheit des Sollens ja bereits gegeben und müsste nicht erst überprüft werden.

---

38 Um die Gedankengänge hier besser nachzuvollziehen, vgl. die Erläuterungen Kants zum Ideal der Schönheit in KU § 17, A55-56/B56 (Fn. 29), S. 233, die ich hier auf die Rechtsidee statt auf das sittlich Gute anwenden möchte; siehe auch *Plato*, Kant's Ideal of Beauty (Fn. 36).

39 Vgl. hierzu *Kaufmann*, Rechtsphilosophie (Fn. 8), insbesondere zum Stufenbau der Rechtsordnung und Radbruchs Tunnelbau-Metapher, S. 84 f., 146 ff.; *D. von der Pfordten,* Die „Stoffbedingtheit der Rechtsidee" und die „Natur der Sache" – Ontologie, Konvention, oder Konstruktion?, RphZ Rechtsphilosophie 3, 2015, S. 261–271; siehe auch BVerfGE 34, 269 (287): „bewertendes Erkennen [...] Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den ‚fundierten Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft'".

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

VII. Die Schönheit der Rechtsprinzipien und ihr virtuoses Zusammenspiel

Dieser doppelte Willkürschutz bei der Verkürzung des normativen Ideals verdeutlicht, wie stark die Rechtsidee und somit auch das Rechtsgefühl verkürzt werden müssen, um als erreichbarer Standard praxistauglich zu sein. Die Wahrnehmungs- und Interpretationsmöglichkeiten der Rechtsordnung als Sinnganzes[40] so darzulegen, dass die Betroffenen eines Rechtsfalles und die breitere Gemeinschaft ihre Lebenswirklichkeit darin wiedererkennen und sie sich somit angesprochen fühlen, anstatt eine ihnen oder der Sache fremde ggf. sogar private Wertung der Pianisten hinter der Verkürzung und Konkretisierung zu vermuten, ist eine überaus große Herausforderung. Sie wird aber dennoch den kollegial entscheidenden und letztinstanzlichen sowie verfassungsinterpretierenden Pianisten zugemutet.

Doch sind meiner Meinung nach die aktuellen Rechtsprinzipien bzw. Verfassungsgrundsätze, insbesondere die weitbekannten Grundrechte, nicht zufällig ein Standard, der für ihre Zwecke ein gutes Maß an Wahrnehmungs- und Interpretationsmöglichkeiten bestimmt und zulässt.[41] Sie sind deutungsoffen genug, um (trotz der sich ständig wandelnden Lebenswirklichkeit und pluralistischen Gesellschaft) ihren Sinn am Leben zu erhalten, und dennoch normativ so konkret und stabil genug, um so wahrnehmungs- und handlungsregulierend zu sein, dass sie ihrem Normzweck gerecht werden. Jeder kann in ihnen, wie in allen guten Kunstwerken, etwas aus der eigenen Lebenswirklichkeit hineindeuten und sich in ihnen wiederfinden. Zugleich regulieren diese Prinzipen die Wahrnehmung und Interpretation der Sachverhalte und ihrer kontextuellen Einbindung in einer Weise, dass die pluralistischen Wahrnehmungs- und Auffassungsmöglichkeiten nicht inkongruent werden. Sie haben das Potential, eine Konvergenz von pluralistischen Wahrnehmungs- und Auffassungsmöglichkeiten zu erreichen, und bieten somit eine normativ stabilisierende Funktion.

Sie sind für die Lebenswirklichkeit jedes Individuums konkret genug und deuten dennoch über sich selbst hinaus auf ein höheres Maß. Das Zu-

---

40 Zum Sinnganzen des Rechts siehe u.a. *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 3), S. 437 ff.; *C. Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969; und vgl. *R. Christensen/A. Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, Berlin 2007.

41 *F. Reimer*, Verfassungsprinzipien, Berlin 2001; *R. Alexy,* Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985; *R. Dworkin*, Taking Rights Seriously, London: Duckworth, 1977; *P. Sourlas*, Rechtsprinzipien als Handlungsgründe, Baden-Baden 2011; *J. Sieckmann*, Recht als normatives System, Die Prinzipientheorie des Rechts, Baden-Baden 2009.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sammenwirken dieser Rechtsprinzipien deutet bis hinauf zur Rechtsidee und zeichnet sich durch ihren Bezug zur intersubjektiven, anstatt zur rein privaten Lebenswirklichkeit aus. Dies liegt der den Rechtsprinzipien anhängenden Schönheit zugrunde. Sie sind alle – sofern an der Rechtsidee orientiert – jeweils gelungene Kunstwerke, die in der Lebenswirklichkeit immer zusammenspielen und als zusammengehörig zu erkennen sind. Ästhetische Urteilsformen sind der Herausforderung, hier ein nicht beliebiges Zusammenspiel zu erkennen, gewachsen. Sie drücken sich durch eine Virtuosität aus, welche die vorhandenen Spielräume innerhalb ihrer Grenzen gestalten können und somit die in ihnen gegebene Freiheit verwirklichen kann, ohne der Willkür die Türen zu öffnen.

Die Aufgabe der Richter ist, diese Rechtsprinzipien so zusammenzufügen, dass sie nicht einzeln ein Maß bilden (das würde das Ideal der Rechtsidee zu stark verkürzen und den Sachverhalten nicht mehr gerecht werden), sondern im Zusammenspiel miteinander das Maß vorgeben.[42] Es sind nicht die einzelnen Rechtsprinzipien, die unsere Rechtsordnung ausmachen, sondern deren Zusammenspiel – ihr Sinnganzes bzw. die Einheit der Rechtsordnung (die sich inzwischen um EU-Konformität bemüht).[43] Hier ist genau die Lücke zwischen Publikum und Komponisten sowie zwischen Pianisten und Publikum, die durch die Virtuosität der Legislative und der Judikative gefüllt wird, wenn Erstere dem Sein zum Sollen und Letztere dem Sollen wiederum zum Sein verhelfen. Könnte das Publikum selbst dieses höhere Maß erkennen und realisieren, bräuchte es nicht ins Konzerthaus zu gehen.

Das Publikum erwartet von den Komponisten und den Pianisten, dass dieses höhere Maß im Konzerthaus in die konkrete Lebenswirklichkeit umgesetzt wird und setzt darauf, dass die Komponisten sowie die Pianisten keine Zusammenführungen der Rechtsprinzipien implementieren, die lediglich privaten Wertungen gerecht werden. Vielmehr erwarten sie, dass eine kohärente Rechtsordnung verwirklicht wird, bei der die Rechtsprinzi-

---

42 Vgl. Dworkins ‚Herkules' (*R. Dworkin*, Law's Empire, Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1986) S. 239 ff.; *Larenz*, Richtiges Recht (Fn. 33); *C. Canaris*, Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung, in: Universität Graz (Hrsg.), Grazer Universitätsreden Nr. 50, 1993, S. 23–41; *R. Dreier*, Recht-Moral-Ideologie, Frankfurt a. M. 1981, S. 286 ff.

43 *K. Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935; *K. Schmidt* (Hrsg.) Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, Berlin 1994; *D. Felix*, Einheit der Rechtsordnung, Tübingen 1998; *G. Schulze*, Vollkommenheit – eine überwundene Rechtsidee?, in: P. Spieß/C. Hattenhauer/M. Hettinger (Hrsg.), Homo heidelbergensis. Festschrift für K.-P. Schroeder, Neustadt a. d. Weinstr. 2017, S. 387–408.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

pien, zu deren jeweiligen Sinnbestimmung sie selbst noch Zugang haben, in ein fallbezogenes und sachgerechtes Zusammenspiel gesetzt werden, an das sie sich richten können, ohne dabei den Zusammenhang zu ihren eigenen Wahrnehmungs- und Interpretationsmöglichkeiten zu verlieren. Die Regulierung ihrer eigenen Wahrnehmung und Interpretation der Sachverhalte durch dieses höhere Maß hält ihnen die Gerechtigkeit vor Augen, die sie durch den Konzertbesuch suchten. Denn, um Radbruchs treffende Worte hervorzuheben, das Recht ist „die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen."[44] Hiermit ist die Perspektive auf die Lebenswirklichkeit sowie auf die Rechtsnormen bestimmt, die die Wahrnehmungs-, Interpretations- und Produktionsbemühungen der Komponisten, Pianisten und des Publikums regulieren kann, um beim Konzertgeschehen die deutungsoffenen Spielräume ohne Privatwertungen füllen zu können.

Mit genau dieser Herausforderung des Zusammenfügens der einzelnen Rechtsprinzipien sind Richter in der Tat befasst. Sie müssen beim Abwägen, z.B. im Falle kollidierender Grundrechte sowie bei der Abschätzung und Interpretation von Rechtsfolgen,[45] Interessen und Verfahrensgrundsätzen, von Kompetenzzuordnungen, Gemeinschaftsvorstellungen und Verständnismöglichkeiten etc. ein hohes Maß an Virtuosität leisten. Prinzipien wie die der Verhältnismäßigkeit,[46] Kohärenz,[47] oder des Gleichheitssatzes gewinnen dabei besonderes Gewicht und sind (nicht zufällig) ebenfalls zentrale Kategorien bei der ästhetischen Urteilsbildung und Normenbegründung. Hierbei können Pianisten „schöpferisch" tätig sein und „bewertendes Erkennen"[48] entfalten, solange der oben beschriebene zweifache Willkürschutz des Rechtsgefühls nicht umgangen wird. Das ‚Schöpferische' deutet nicht auf die Erstellung eines neuen Sollens hin, sondern viel eher auf den oben beschrieben Urteilsprozess. Die Gefahr ist, dass Außenstehende oder auch die Richter selbst dabei den Unterschied zwischen dem dafür notwendigen Judiz (also dem Rechtsgefühl aus der angemessenen Zusammenführung von Rechtsidee und konkreter Lebenswirklichkeit) und den oftmals dahinter vermuteten Privatwertungen vermischen. Daraus entsteht ein Legitimationsdruck und ein Anspruch auf eine diffe-

44 *G. Radbruch*, Rechtsphilosophie. Studienausgabe (hrsg. von R. Dreier/S. Paulson), 2. Aufl., München 2003, S. 37.
45 *G. Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, Freiburg 1981.
46 *M. Jestaedt/O. Lepsius* (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, Tübingen 2015.
47 *H. Strauch*, Methodenlehre (Fn. 30).
48 Soraya-Entscheidung BVerfGE 34, 269 (284 ff.), vgl. ‚schöpferischer Akt' bei Kaufmanns Gleichsetzungstheorie (*Kaufmann*, Rechtsphilosophie (Fn. 8), S. 89); zur Rechtsfortbildung, siehe *Neuner*, Rechtsfindung (Fn. 24).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

renzierte Darlegung des Rechtsfindungsprozesses und der zugrunde gelegten Wertungen, dem sich Richter schon alleine aus Zeitgründen nicht immer aussetzen können. Ob die ihnen unterstellten Vermeidungsstrategien[49] oder die Errichtung großer Mengen von Präjudizien (die im Common Law eine fundamentalere Bedeutung einnehmen) dieser Gefahr entgegenwirken, oder ob solche durch ihre noch stärker einschränkende Interpretierbarkeit der Lebenswirklichkeit mit einhergehender Häufung von fachinternen Analogieschlüssen, eher eine Kluft zwischen Bevölkerung und Judikative entstehen lässt, lasse ich hier offen.[50] Die Entscheidungsgründe (nach § 313 Abs. 3 ZPO) und vor allem die Wertmaßstäbe von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen geben – trotz des Unterschieds zwischen Urteilsherstellung und -darstellung – Auskunft über diesen schöpferischen Prozess und bieten für eine Untersuchung der Entscheidungstransparenz reichhaltiges Material.[51]

Immer wieder ins Bewusstsein zu führen ist, dass dieser schöpferische Prozess natürlich an ‚Gesetz und Recht', gemäß Art. 20 Abs. 3 GG, gebunden ist und somit *innerhalb* der Rechtsordnung als Sinnganzes operiert (bzw. operieren soll). Dass Gesetz und Recht hier voneinander unterschieden werden, ist Gegenstand einiger Diskussionen.[52] Die Unterscheidung trägt meines Erachtens genau der von den Pianisten abverlangten Virtuosität Rechnung, ohne die sie in einigen Fällen den Gesetzen keine Lebendigkeit in der sich wandelnden und immer unterschiedlich zutage tretenden konkreten Lebenswirklichkeit bescheinigen könnten. Obwohl Rüthers das Gewicht ebenfalls auf Art. 97 Abs. 1 GG – „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen" – legt, wo es nicht um ‚Recht' sondern lediglich um Gesetzesbindung geht, ist dieser Art. 20 unterstellt.

---

49 *C. Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, Tübingen 2007; siehe auch *Rüthers*, Revolution (Fn. 2), S. 190.

50 Informativ dazu: *M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011; *C. Hillgruber*, Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren, JZ 18, 2011, S. 861–871.

51 Aufschlussreich hierzu: *M. Kriele,* Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967; *M. Helleberg*, Leitbildorientierte Verfassungsauslegung, Berlin 2016; *J. Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975.

52 *B. Hoffmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht. Eine verfassungsrechtliche und verfassungstheoretische Untersuchung zu Art. 20 Abs. 3 GG, Berlin 2003; *R. Dreier*, Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht, JZ 8, 1985, S. 353–359.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

VIII. Verfassungskonforme Rechtsfindung als ästhetisches Urteil

Ich hoffe, Wege aufgezeigt zu haben, weshalb man den Pianisten etwas Raum für verfassungskonforme Virtuosität lassen muss, diese auch wortwörtlich als solche bezeichnen kann, und dabei trotzdem die Sorge vor persönlicher Wertungswillkür abschwächen kann, gerade weil es möglich ist, diese Virtuosität normativ einzufangen – z.B. indem sie als eine bestimmte Art ästhetischen Urteils aufgefasst wird. In diesem Sinne, und um den Gedanken zum ästhetischen Urteil erweitert, deute ich auch Arthur Kaufmanns folgende Worte: „Der Richter ist Teil des Rechtsfindungsprozesses, *er* erst bringt das Gesetz zum Sprechen, *er* entlockt ihm seinen konkreten, fallbezogenen Sinn, *er* bewirkt seine innovative Kraft, *er* erweckt es aus seiner abstrakten Starre zu geschichtlicher Existenz."[53]

Wenn Rüthers davon spricht, dass durch eine objektiv-teleologische Auslegung nur die „Auslegungswünsche der zuständigen Richterkollektive und Interpreten fälschlich als den ‚objektivierten Willen des Gesetzes' erscheinen [lässt]" und es sich daher eher um „getarnt[e] [...] Einlegungen," statt um Auslegungen des Gesetzes handelt,[54] hat er offensichtlich die Privatwertung der Richter im Sinn. Dass ein Rückbezug zum Rechtsgefühl der Richter zwar durchaus notwendig ist, dieser uns aber keineswegs notwendigerweise zur Privatwertung eines oder mehrerer Richter führt, hoffe ich dargelegt zu haben. Rüthers Forderung nach Methodenehrlichkeit ist berechtigt und in der Praxis sicherlich stärker zu verwirklichen. Doch die Art, wie er sich diese vorstellt, nämlich nicht ein „Methodengesetz, welches die verfassungsrechtlichen Methodengebote einschränken oder aufweichen würde", sondern eher ein „Methodengesetz, welches die [...] verfassungsimmanenten methodischen Grundregeln deklarieren und verankern würde",[55] entspricht im Wesentlichen dem, wozu eine objektiv-teleologische Auslegung führen würde. Jedenfalls wenn wir uns den Zweck der Rechtsordnung als Sinnganzes vor Augen halten, welcher den Richtern – und dies sind nun Rüthers Worte – einen „hinreichend elastischen Freiraum"[56] bietet. Denn, weiter in Rüthers Worten: „Sie [die Gerichte] sind nämlich, auch wo sie als ‚Ersatzgesetzgeber' tätig werden, nicht Konstrukteure einer *neuen Gesellschaft,* sondern als die Vollender der geltenden Gesamtrechtsordnung gefordert [...] um Regelungsprobleme, bei denen es re-

53 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie (Fn. 8), S. 89 f. (Hervorhebungen im Original).
54 *Rüthers*, Revolution (Fn. 2), S. 189 ff.
55 *Rüthers*, Revolution (Fn. 2), S. 198.
56 *Rüthers,* Revolution (Fn. 2), S. 197.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

gelmäßig mehrere Regelungsmöglichkeiten gibt, unter denen die richterlichen Normsetzer wie ein weiser Gesetzgeber abzuwägen haben, welche als die sachgerechte erscheint. Die dafür von der Gesetzgebung bereitgestellten Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe sind offengelassene Stellen der Gesetzesordnung und ‚Delegationsnormen' (Ph. Heck), welche die Normbefugnis in diesem Lückenbereich an die Justiz abgeben."[57]

Hirsch und Rüthers wären demnach sich gegenseitig gut ergänzende Virtuosen für ein gelungenes Klavierkonzert. Sie würden nicht nur die in der Partitur beschriebenen Prinzipen in die konkrete Lebenswirklichkeit überführen, sondern sie darüber hinaus so internalisiert haben, dass sie Fehlstellen und deutungsoffene Vorgaben durch Rückgriff auf ihr Rechtsgefühl so gut überbrücken und konkretisieren könnten, dass die begeisterten Konzertbesucher dem Komponisten empfehlen würden, für das nächste Stück doch etwas von dieser Virtuosität zu übernehmen. Denn sie selbst hätten die Gerechtigkeit in solcher, alle Lebenswirklichkeiten umfassenden Schönheit vor dem Konzert noch nicht erblickt und sie lediglich für einen fernen, unerreichbaren Traum gehalten. Sie wünschen nun aber, an ihr festzuhalten, ehe sie sich verflüchtigt, und wissen dennoch, dass sie nicht einzufangen ist und sie – trotz der Menge an exemplarischen Präjudizien – immer neu erarbeitet werden muss.

57 *Rüthers*, Revolution (Fn. 2), S. 197 f.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Ästhetische Bedingungen der Rechtsprechung – eine Auseinandersetzung mit Jürgen Habermas

Ludger Schwarte

Kurzzusammenfassung

Erstaunt darüber, dass Habermas' Hauptwerk „Faktizität und Geltung" als radikaldemokratische Grundlegung der Rechtsphilosophie gelesen wurde, widmet sich der Aufsatz einer detaillierten Auseinandersetzung mit diesem Werk. Er versucht zu differenzieren zwischen Habermas' radikaldemokratischem Problembewusstsein und seinen oft allzu konventionellen Lösungen. Dies führt zu einer Kritik an der Diskurstheorie des Rechts, weil diese immer noch expertokratischen Mustern verpflichtet bleibt. Eine radikaldemokratische Rechtstheorie kann nur durch eine ästhetische Fundierung der Rechtsprechung gelingen.

I.

Mit seiner Diskurstheorie des Rechts hat Jürgen Habermas den bedeutsamen Versuch unternommen, das Recht aus der Rationalität des kommunikativen Handelns abzuleiten. Die Wende hin zur Sprachrationalität, zur Diskurstheorie, ist zugleich eine Abwendung von der ästhetischen Orientierung der Kritischen Theorie vor ihm. Habermas verspricht sich davon eine Öffnung des Rechts und eine Rückbindung an Alltagspraktiken wie auch an demokratische Prozeduren. Doch gerade an der Rechtsprechung zeigt sich, so lautet meine Hypothese, dass die Diskurstheorie ohne eine ästhetische Fundierung das Recht steril und abgekoppelt von der Lebensrealität konzipiert und dass sie darüber hinaus ihre ursprünglichen, radikaldemokratischen Ziele verfehlt.

Denn Habermas' „Faktizität und Geltung" ist auch als Kritik an der Entkoppelung von Recht und Demokratie gelesen worden, die eine polemische Spitze gegen juristische Expertokratien und gegen die sich verselb-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ständigende (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit impliziere. Einen Rechtsstaat ohne Demokratie könne es nicht geben.[1]

Gegen das Modell der instrumentellen Vernunft, das bei Horkheimer und Adorno vorherrschend war und das sich an den Begriffen der Arbeit, der Verdinglichung und der Beherrschung orientiert, stellt Habermas das Modell der Intersubjektivität, die er aus den Hegelschen Frühschriften zieht und die durch Kommunikation gelingt.[2] Gegen Adornos Ä*sthetische Theorie* wendet Habermas ein, sie halte einen Vorbegriff gelungenen Lebens einzig im Nicht-Identischen ästhetischer Erfahrung, im Außeralltäglichen der Kunst für möglich.

Während bei Adorno Utopie nur in der Erfahrung des avantgardistischen Kunstwerkes aufscheint, wurzelt sie bei Habermas in der konkreten sprachlichen Verständigung: „Die utopische Perspektive von Versöhnung und Freiheit ist in den Bedingungen einer kommunikativen Vergesellschaftung der Individuen angelegt, sie ist in den sprachlichen Reproduktionsmechanismus der Gattung schon eingebaut."[3] Mit seiner Konzeption will Habermas das emanzipatorische Potenzial der Alltagspraxis retten.[4]

Gegenüber ästhetisch grundierten Auffassungen wie denjenigen Adornos, Horkheimers und Marcuses, „daß die Kultur in postliberalen Gesellschaften ihre Autonomie einbüßt und in den entsublimierten Formen der Massenkultur dem Getriebe des ökonomisch-administrativen Systems einverleibt wird" und zugleich dafür sorgt, dass dessen Herrschaft intrapsychisch verlängert wird, insistiert Habermas darauf, dass in der kommunikativen Alltagspraxis der Lebenswelt „Rationalitätsstrukturen verkörpert sind."[5]

---

1 So beispielsweise *H. Brunkhorst*, Habermas, Stuttgart 2006. Die Entwicklung der Habermasschen Rechtstheorie skizziert Mathieu Deflem in: *M. Deflem*, The Legal Theory of Jürgen Habermas, in: R. Banakat/M.Trevers (Hrsg.), Law and Social Theory, Oxford: Bloomsbury 2013, S. 70–95.

2 *A. Honneth*, Adorno und Habermas. Zur kommunikationstheoretischen Wende kritischer Sozialphilosophie, in: H. Schwab-Felisch (Hrsg.), Merkur. Zeitschrift für europäisches Denken 33 (374), 1979, S. 648–665 (651).

3 *J. Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 1, Frankfurt a. M. 1981, S. 533. Siehe auch ebendort, S. 514–516. Vgl. *Honneth*, Adorno (Fn. 2), S. 657 und *J. Habermas*, Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen, Frankfurt a. M. 1983, S. 393.

4 Ich folge hier den Ausführungen von Nina Tessa Zahner, *N. Zahner*, Jürgen Habermas und die Kunst, in: C. Steuerwald (Hrsg.), Klassiker der Kunstsoziologie. Prominente und wegweisende Ansätze. Reihe: Kunst und Gesellschaft, Wiesbaden 2017, S. 679–704.

5 *J. Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 2, Frankfurt a. M. 1981, S. 561.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Gegen die „Idee einer allein noch individuell formulierbaren oder gestaltbaren Unterdrückungs- und Leidenserfahrung“[6], die in den singulären Momenten ästhetischer Erfahrung eine Alternative zur fortschreitenden Durchsetzung der herrschaftlich-instrumentellen Rationalität andeutet, setzt Habermas die sprachliche Interaktion als Rahmen zur Entfaltung von Rationalität auf der Ebene gesellschaftlicher Institutionen. Sprachliche Symbole sind ebenso objektiv wie subjektiv. Sie gliedern die Welt intersubjektiv, sie können zwischen verschiedenen symbolischen Formen übersetzen und „Einzelfälle zu exemplarischen Fällen eines gegliederten Ganzen“[7] verallgemeinern. Sprachliche Strukturen und symbolische Welten sind nicht nur „im Kopf“, sondern objektiv. Mittels der Sprache können verschiedenste Handlungen ausgerichtet und koordiniert werden. Auch rein sprachlich können Handlungen vollzogen werden.

Wer spricht, argumentiert, sich rechtfertigt, lässt sich mit dem Austausch von Gründen und Wissen auf einen Prozess der Rationalisierung ein. Durch diese Bindung an die Vernunft ist Sprache sowohl dem sinnlichen Eindruck als auch der Gewöhnung überlegen.[8] Krisen und gesellschaftliche Pathologien sieht Habermas „als Erscheinungsformen systematisch verzerrter Kommunikation.“[9]

Ein wichtiger Grund für eine solche Verzerrung sind abgekoppelte Expertenkulturen.[10] Hier zeigt sich ein wichtiger radikaldemokratischer Impuls, denn Habermas betont die Widerständigkeit von „Verfahren der diskursiven Willensbildung, welche die Beteiligten selbst in die Lage versetzen könnten, konkrete Möglichkeiten eines besseren und weniger gefährdeten Lebens nach eigenen Bedürfnissen und […] Einsichten aus eigener Initiative zu verwirklichen.“[11] Diesen „radikaldemokratischen Komponen-

---

6 *Honneth*, Adorno (Fn. 2), S. 649.

7 *J. Habermas*, Die befreiende Kraft der symbolischen Formgebung. Ernst Cassirers humanistisches Erbe und die Bibliothek Warburg, in: J. Habermas, Vom sinnlichen Eindruck zum symbolischen Ausdruck. Philosophische Essays, Frankfurt a. M. 1996, S. 9–40 (19).

8 *Habermas*, Kraft (Fn. 7), S. 30–37.

9 *J. Habermas*, Entgegnung, in: A. Honneth/H. Joas (Hrsg.), Kommunikatives Handeln. Beiträge zur Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt a. M. 1986, S. 327–405 (342).

10 *J. Habermas*, Die Philosophie als Platzhalter und Interpret, in: J. Habermas, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt a. M. 1983, S. 9–28 (25–26).

11 *J. Habermas*, Die Krise des Wohlfahrtstaates und die Erschöpfung utopischer Energien, in: J. Habermas, Die neue Unübersichtlichkeit. Kleine Politische Schriften V, Frankfurt a. M. 1985, S. 141–166 (161–162).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ten“ spezifischer Teilöffentlichkeiten spricht Habermas die Fähigkeit zu, der voranschreitenden Abschottung der politischen Öffentlichkeit und der Delegitimierung lebensweltlicher Positionen entgegenzuwirken.[12] Habermas' Hoffnung ist es, dass der Widerstand aus den „schwer greifbaren Kommunikationsströmen“ im Mikrobereich alltäglicher Kommunikation entspringt.[13] Die Abschottung der Expertenkulturen und Delegitimierung der alltäglichen Lebenswelt geschieht aber vor allem durch das Recht.

Schon in seiner Theorie des kommunikativen Handelns hatte Habermas eine Theorie der Kolonisierung der Lebenswelt durch das Recht entwickelt. Diese Kolonisierung vollzieht sich durch die Entstehung des Staates und nicht zuletzt durch Effekte, die zunächst als Schutzmechanismen der Lebenswelt gegenüber dem Staat und den Märkten erschienen: die Einführung subjektiver Rechte und die Institution des demokratischen Rechtsstaates. Bei der Verwirklichung des Sozialstaates wirkt das Recht nicht mehr als lebensweltlich legitimierte „Institution“, sondern als „Medium,“ als Organisationsinstrument des Staates. Im Sozialrecht, im Schul- und Familienrecht dient die Verrechtlichung dem Schutz der benachteiligten Subjekte, untergräbt oder beschneidet jedoch deren kommunikative Macht. „Die sozialstaatlichen Verbürgungen [sollen] dem Ziel der sozialen Integration dienen und gleichwohl die Desintegration derjenigen Lebenszusammenhänge fördern, die durch eine rechtsförmige Sozialintervention vom handlungskoordinierenden Verständigungsmechanismus abgelöst und auf Medien wie Macht und Geld umgestellt werden.“[14]

Die Auflösung des Dilemmas liegt für ihn nicht in der Rückkehr zu vorrechtlichen Gewaltverhältnissen, sondern in lokalen, flexiblen Schlichtungsverfahren: „An die Stelle des als Medium benutzten Rechts […] müssen Verfahren der Konfliktregelung treten, die den Strukturen verständigungsorientierten Handelns angemessen sind – diskursive Willensbildungsprozesse und konsensorientierte Verhandlungs- und Entscheidungsverfahren.“[15] Daniel Loick kommentiert: „Dem liegt die richtige Idee zugrunde, dass ein Teil des Problems der Kolonisierung darin besteht, dass die Verrechtlichung nicht die Selbstvertretung der Betroffenen fördert, sondern eine paternalistische Protektion von außen initiiert und so entmündigende Wirkungen hat. Eine interne Demokratisierung könnte demgegenüber dazu beitragen, dass die Akteur_innen sich als Subjekte verste-

12 *Habermas*, Krise (Fn. 11), S. 141 (156–159).
13 *Habermas*, Krise (Fn. 11), S. 141 (154, 159–160).
14 Siehe *Habermas*, Theorie (Fn. 5), S. 534.
15 *J. Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 3, Frankfurt a. M. 1981, S. 544.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

hen, die ihre Lebensumstände autonom gestalten, und nicht als Objekte, die von dritter Seite zu schützen sind. Zugleich bleibt diese Lösung jedoch aus zwei Gründen unbefriedigend: Erstens ist nicht ganz nachzuvollziehen, wie eine Demokratisierung der Lebenswelt ohne gleichzeitige Verrechtlichung zu institutionalisieren wäre […]. Dies verweist bereits auf den zweiten Punkt […]. Gegenüber derartigen fundamentalen Abhängigkeitsverhältnissen ist die Idee demokratischer Mitwirkung aber bestenfalls abstrakt, schlechtestenfalls ideologisch; denn ebenso wie das Recht trägt sie den Betroffenen eine fremde Logik an, die ihren konkreten Bedürfnissen überhaupt nicht Rechnung trägt […]. Habermas' Kritik der Verrechtlichung, so kann man zusammenfassend sagen, ist selbst noch zu sehr vom Standpunkt des Rechts aus gedacht und versäumt es, gerade die nichtrechtlichen Bedingungen des Rechts in die Analyse mit einzubeziehen."[16] Loick fordert deshalb, ein „menschliches" Recht zu schaffen, das – radikal demokratisiert – „die wirklichen, empirischen Menschen nicht nur an der Legislation, sondern auch an der Interpretation und der Exekution des Rechts teilhaben lässt."[17]

Aber will Habermas das prinzipiell nicht auch? Was heißt: „interpretieren" und „teilhaben" in diesem Zusammenhang? Der entscheidende Unterschied, scheint mir, liegt hier in der Tat weniger im Bereich der Legislative und der Exekutive, als vielmehr in dem der Rechtsprechung; in der Frage, was die Form des Rechtes und wie Recht anzuwenden ist. Denn in der Rechtsprechung erweist sich, dass nicht einzelne Gesetze oder auch eine Veränderung ganzer Bereiche des positiven Rechts aus dem von Loick triftig benannten Dilemma herausführen würde. Im Recht als Medium machtbasierter Sozialintervention, wie es der Rechtsstaat an die Stelle lokaler konfliktlösender Verfahren setzt, können dem Staat, der Form dieses Rechtes gemäß, nur die Träger subjektiver Rechtsansprüche entgegen treten. Andere Formen und Ansprüche können in diesem Recht nicht wahrgenommen werden – ein Problem der Rechtsästhetik.

Verständigungsorientierte Verfahren zur Konfliktlösung sind dieser Form nicht immer angemessen, denn sie müssen sich auf Reales, auf Affekte und Emotionen, auf Verletzungen und Evidenzen einlassen können. Für Habermas jedoch wird Wirklichkeit grundsätzlich durch die zur Verfügung stehenden Symbole und kommunikativen Formen konstituiert. Sie wird aus seiner Sicht folglich nur im Rahmen einer jeweiligen Sprache

16 *D. Loick*, Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, Berlin 2017, S. 241 f.

17 *Loick*, Juridismus (Fn. 16), S. 331.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

wahrnehmbar und verhandelbar. Wahrheit kann deshalb nur als Übereinstimmung innerhalb einer „Interpretationsgemeinschaft" konzipiert werden: „Die Welt als Inbegriff möglicher Tatsachen konstituiert sich nur für eine Interpretationsgemeinschaft, deren Angehörige sich innerhalb einer intersubjektiv geteilten Lebenswelt miteinander über etwas in der Welt verständigen. ‚Wirklich' ist, was sich in wahren Aussagen darstellen läßt, wobei sich ‚wahr' wiederum mit Bezugnahme auf den Anspruch erklären läßt, den einer gegenüber Anderen erhebt, indem er eine Aussage behauptet. Mit dem assertorischen Sinn seiner Behauptung erhebt ein Sprecher den kritisierbaren Anspruch auf die Gültigkeit der behaupteten Aussage; und weil niemand über die Möglichkeit eines direkten Zugriffs auf interpretierte Geltungsbedingungen verfügt, muß ‚Gültigkeit' epistemisch verstanden werden als ‚Geltung, die sich für uns erweist'. Der berechtigte Wahrheitsanspruch eines Proponenten soll sich mit Gründen gegen die Einwände möglicher Opponenten verteidigen lassen und am Ende auf ein rational motiviertes Einverständnis der Interpretationsgemeinschaft im Ganzen rechnen dürfen."[18]

Allerdings ist sich Habermas bewusst, dass diese Geltung nichts weiter als das Ergebnis einer Argumentation bzw. der Konsens auf der Basis sprachlich formulierbarer Gründe ist, der nicht identisch mit den außersprachlichen Realitäten ist, denn in jeder derartigen Konsenswahrheit artikulieren sich vor allem die unbefragten Annahmen einer Lebensform: „Dabei genügt die Bezugnahme auf irgendeine besondere Interpretationsgemeinschaft, die sich in ihrer partikularen Lebensform eingerichtet hat, allerdings nicht. Auch wenn wir aus der Sphäre von Sprache und Argumentation nicht ausbrechen können und die Realität als die Gesamtheit dessen verstehen müssen, was wir in wahren Aussagen repräsentieren können, darf im Realitätsbezug der Bezug zu etwas von uns Unabhängigem, in diesem Sinne Transzendentem nicht verlorengehen. Mit jedem Wahrheitsanspruch transzendieren Sprecher und Hörer die provinziellen Maßstäbe jedes einzelnen Kollektivs [...]."[19] Habermas will nun aber keine Wahrnehmung zulassen, die die symbolischen Formen des Kommunikationssystems überschritte, sondern vertraut auf eine „Transzendenz von innen", die er in einem unter idealen Bedingungen erreichten Konsens sieht. Wahrheit versteht Habermas folglich „als rationale Akzeptabilität, d.h. als

18 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a. M. 1992, S. 29. Habermas rekurriert an dieser Stelle auf Peirce.

19 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

die Einlösung eines kritisierbaren Geltungsanspruches unter den Kommunikationsbedingungen eines im sozialen Raum und in der historischen Zeit ideal erweiterten Auditoriums urteilsfähiger Interpreten."[20]

II.

Schon an dieser Stelle offenbart sich ein charakteristischer Zug des Habermasschen Philosophierens, nämlich auf der einen Seite ein hohes Problembewusstsein und auf der anderen Seite allzu konventionelle Lösungen. Denn auch wenn nicht leicht vorstellbar ist, wie man unabhängig von den Beschränkungen einer jeweiligen, an eine Lebensform gebundenen Sprache über etwas anderes als eine sprachliche Repräsentation von Tatsachen beraten und entscheiden könnte, so ist doch auch Habermas klar, dass der bloße, rational motivierte Konsens über das in wahren Aussagen Repräsentierte nicht identisch ist mit dem von jedweder Interpretationsgemeinschaft unabhängigen Realen. Und dieses Nichtidentische ist oft das Strittige, das, was nach Gerechtigkeit verlangt und das Urteile jedenfalls auch treffen müssen. Es gälte also, Methoden zu finden, die einen Abgleich zwischen der sprachlich-symbolischen Darstellung und dem Realen erlauben. Bei Adorno heißt diese Methode Ästhetik.

In Streitfällen wird gerade darum gerungen: wie das Nichtsprachliche in Sprachliches zu übersetzen sei. Im rechtlichen Urteilen sind entsprechend meist nicht die Grundsätze selbst strittig, sondern deren Anwendung bei drängenden Konflikten. Das Urteilen umfasst mindestens zwei Prozesse, ein Erfassen der Tatsachen, das in einer Beschreibung mündet, und eine Anwendung rechtlicher Normen auf diese Beschreibung. Diesen Vorgang hält Habermas für zu anspruchsvoll für „Adressaten" und spricht sich deshalb dafür aus, (auch ohne expliziten Konsens seitens dieser Adressaten) professionellen Richtern die Arbeit an der Entscheidung zu übertragen.[21]

Obschon Habermas nun dafür hält, dass der Vorgang der Rechtsanwendung für die Adressaten zu komplex ist, wird doch vorausgesetzt, dass die Befolgung des Rechts jedem möglich ist, weil nur dann Recht gilt.[22]

An anderer Stelle jedoch definiert Habermas ein allgemeines Prinzip, demzufolge nicht nur die Befähigung zur Befolgung bei den Adressaten

---

20 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 30.
21 Siehe *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 147; vgl. S. 106.
22 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 148.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

vorausgesetzt werden muss, damit Handlungsnormen gültig sind, sondern ihre (prinzipielle) Zustimmung zu diesen: „Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten."[23]

Dieses „Könnten" ist symptomatisch für Habermas, für den (radikale) Demokratie meist eine kontrafaktische Unterstellung oder eine handlungsleitende Idee bleibt, niemals aber eine reale Praxis wird. Nichtsdestotrotz kritisiert er selbst an anderer Stelle die Einebnung der Differenz zwischen prinzipieller Zustimmung zum Rechtsstaat und tatsächlicher Autonomie: „Die Idee der Selbstgesetzgebung von Bürgern fordert nämlich, daß sich diejenigen, die als Adressaten dem Recht unterworfen sind, zugleich als Autoren des Rechts verstehen können. Und dieser Idee können wir nicht schon damit genügen, daß wir das Recht auf gleiche subjektive Handlungsfreiheiten als ein moralisch begründetes, vom politischen Gesetzgeber nur noch zu positivierendes Recht begreifen […]. Selbst wenn jedes Rechtssubjekt in der Rolle einer moralischen Person einsieht, daß es sich bestimmte juridische Gesetze selber hätte geben können, beseitigt diese nachträglich und jeweils privatim vorgenommene moralische Ratifikation keineswegs den Paternalismus einer ‚Herrschaft der Gesetze', der politisch heteronome Rechtssubjekte insgesamt unterworfen bleiben. Nur die *politisch autonome* Rechtsetzung ermöglicht auch den Adressaten des Rechts ein richtiges Verständnis der Rechtsordnung im Ganzen."[24]

Deshalb fordert Habermas immer wieder die chancengleiche, politisch autonome Teilnahme an Prozessen der Meinungs- und Willensbildung. Diese sollte nun kein prinzipielles Als-Ob, sondern eine tatsächliche Beteiligung an der Entscheidung über die Regel des Zusammenlebens sein. Dabei ist weder die Rechtsform noch der Verfassungsgebungsprozess gesetzt. Vielmehr muss die Versammlung der Bürger erst Verfahren der Legislation und Juridiktion festlegen; vernünftigerweise folgt sie dabei Regeln, aufgrund derer ihre Versammlung als Versammlung von Freien und Gleichen denkbar wird: „Gemäß dem Diskursprinzip dürfen genau die Normen Geltung beanspruchen, die die Zustimmung aller potentiell Betroffenen finden könnten, sofern diese überhaupt an rationalen Diskursen teilnehmen. Die gesuchten politischen Rechte müssen daher die Teilnahme an allen gesetzgebungsrelevanten Beratungs- und Entscheidungsprozessen in der Weise gewährleisten, daß darin die kommunikative Freiheit eines jeden, zu kritisierbaren Geltungsansprüchen Stellung zu nehmen, gleichmä-

23 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 138.
24 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 153 f.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ßig zum Zuge kommen kann."[25] Es geht folglich dabei um nichts geringeres als um die performative Konstitution politischer Autonomie.

Politische Autonomie konstituiert und verwirklicht sich im verfassungsgebenden Akt, denn wer sich politische Regeln selbst gibt, erfindet die Regelgebungskompetenz und wendet sie zugleich auf sich selbst an. Dieses Selbst ist dann dasjenige, was sich, zusammen mit allen anderen, bestimmt.[26] Nun ist die Frage, ob die Regeln, die dabei ausgearbeitet und beschlossen werden, ein System subjektiver Rechte ergeben müssen, ob also mit dem Demokratieprinzip die Rechtsform zugleich mit gesetzt ist. Denn die einzige Anforderung, denen die Regeln zu genügen haben, ist, dass durch sie die gleiche Teilnahme am Rechtsetzungsprozess gewährleistet werden muss.

Eine zweite Anforderung sieht Habermas in der „Erzeugung des Rechtsmediums", da „mit dem System der Rechte zugleich die Sprache geschaffen werde[n] [muß], in der sich eine Gemeinschaft als eine freiwillige Assoziation freier und gleicher Rechtsgenossen verstehen kann."[27] Habermas liefert hier eine funktionale Erklärung der Rechtsnorm, die jedoch eine Einschränkung enthält, die folgenreich ist: Während die Deliberation prinzipiell auch das Vorbringen nichtsprachlicher Evidenzen und nicht allen verständlicher Äußerungen erlaubt, ist das Kriterium allgemeiner (Selbst-)Verständlichkeit, das Habermas hier fordert, vielleicht für die Selbstgesetzgebung einer freien Assoziation einsichtig, die rational akzeptabel und gewaltlos vonstatten gehen soll. „Strukturen unversehrter Intersubjektivität"[28] müssen prinzipiell jedoch auch anderen emotionalen, affektiven, singulären und nicht-konventionellen Artikulationsformen offen stehen, um Ansprüchen an eine konflikttaugliche Öffentlichkeit und Pluralität zu genügen.

Autonomie verwirklicht sich in selbstgegebenen Regeln der Interaktion; nicht notwendigerweise in einem Rechtsstaat. Dieser hat Habermas zufolge die Aufgabe, die autonome Selbstorganisation zu sichern und „sozialintegrative Kraft" zu entfalten. Unter einem Rechtsstaat ist deshalb keine Gesetzes- oder Rechtsherrschaft zu verstehen, sondern die systematische Entfaltung des Rechts in einer Verfassung, sodass in der ganzen Gesellschaft das selbstgegebene Recht gilt. Regeln in Form von Gesetzen müssen sich die Bürger selbst geben wollen. Habermas unterstellt, dass die Art von Re-

25 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 161.
26 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 162; vgl. S. 138 f.
27 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 142 f.
28 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 188.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

geln, die die Versammlung der Bürger_innen sich gibt, Gesetze sind. Dabei versteht er unter Gesetz zunächst nicht mehr und nichts anderes als deliberativ ermittelte und explizit beschlossene generelle Normen. „Die demokratische Genese und nicht apriorische Rechtsprinzipien, denen das Gesetz zu entsprechen hätte, sichert dem Gesetz Gerechtigkeit."[29]

Gesetze sind keine Voraussetzung von Autonomie, ebenso wenig wie die Form des Rechtsstaats oder ein Rekurs auf Rechtsprinzipien. Politische Subjekte geben sie sich in einem Willensbildungsprozess, der diskursiv so strukturiert ist, dass eine „vernünftige Behandlung politischer Fragen gewährleistet"[30] ist und seine Ergebnisse deshalb rational akzeptabel sind. Rational akzeptabel sind sie aber nicht schon aufgrund der Einsehbarkeit der vorgebrachten Gründe und aus der Verständlichkeit der Sprache, in der sie vorgebracht werden, sondern erst, wenn sichergestellt ist, dass „alle relevanten Fragen, Themen und Beiträge zur Sprache kommen und auf der Grundlage der bestmöglichen Informationen und Gründe in Diskursen und Verhandlungen verarbeitet werden. Es ist diese rechtliche Institutionalisierung bestimmter Verfahren und Kommunikationsbedingungen, die eine effektive Inanspruchnahme gleicher kommunikativer Freiheiten möglich macht und zugleich zum pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft bzw. zum fairen Ausgleich von Interessen *anhält*."[31] Die Artikulationsform darf dabei nicht vorentscheiden, was als relevant und was als Thema überhaupt in Frage kommt. Denn Vernunft kommt nicht allein durch die Verfahrensrationalität ins Spiel, sondern erfordert auch die anarchische Freiheit der Kommunikation[32] sowie eine offene Vielfalt der Formen der Darstellung und Wahrnehmung.

Habermas erkennt also durchaus an, dass der Unterschied, ob ich hätte zustimmen können oder tatsächlich zugestimmt habe, nicht zu vernachlässigen ist und dass in einer Deliberation alles Relevante die Chance haben muss, zur Sprache zu kommen, wenn es vielleicht auch an der Versprachlichung scheitert. Die plurale, wenn nicht konträre Anfangsartikulation ist ebenso wichtig wie das Erzielen eines Konsenses. Deswegen ist Habermas auch nicht darin zu folgen, dass Demokratien notwendig aufgrund der Bevölkerungsgröße ein Parlament benötigten.[33] Auf systematischer Ebene will Habermas die Einschränkung auf das Parlament durch eine informel-

29 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 232, mit Verweis auf Ingeborg Maus.
30 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 210; vgl. S. 217.
31 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 210.
32 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 228 f.
33 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 210.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

le Struktur von Arenen kompensieren, in denen autonome Öffentlichkeiten interagieren.[34]

Habermas' diskurstheoretische Fundierung politischer Prozesse orientiert sich nicht allein an Erfordernissen der Legitimität, sondern zielt stets auch auf bessere, weil rationalisierende und am Ende dann wahrheitsverbürgende Verfahren. Die daraus abgeleiteten Prinzipien stellen allerdings nicht nur hohe Anforderungen an die Qualität deliberativer Praktiken und tatsächlicher Entscheidungsfindung bei der Verfassung, sondern auch an die Jurisdiktion, die bis heute nicht eingelöst sind.

Argumentationsgesteuerte Verständigungsprozesse sollen die rationale Akzeptabilität nicht nur von Gesetzen, sondern auch von richterlichen Entscheidungen begründen.[35] Während Habermas nun aber nicht aus Gründen der Rationalisierung, sondern lediglich aufgrund einer pragmatischen Vermutung für die Einrichtung eines Parlamentes optiert, liegen für ihn hinsichtlich der Jurisprudenz die Gründe für die Expertokratie in der Rechtssystematik. „Der Richter" erfüllt dabei drei Rollen, er ist Repräsentant der Rechtsgemeinschaft, er ist neutral und er ist fähig zur öffentlichen Begründung des Urteils.[36] Die gänzlich andere demokratische Rechtsprechung in den Dikasteria des demokratischen Athen nimmt Habermas hier offensichtlich nicht zur Kenntnis. Er bleibt auch einen Grund schuldig, weshalb die Argumentationslogik der Rechtsanwendung die Kompetenz eines Richters erfordert und „Sache von Experten"[37] bleiben muss. Denn für Gerichtshöfe kann die Entscheidung durchaus nach kollegialer Diskussion durch die Mehrheitsregel getroffen werden und lediglich eine vorläufige Wahrheit festhalten.[38]

Nur weil Habermas unterstellt, dass die richterliche Entscheidung nicht einfach die Anwendung einer Norm auf einen Fall ist, sondern sich vor allem an den Kriterien der Erwartbarkeit und der Konsistenz bewährt, sieht er professionelle Richter als besonders befähigt dazu an, autoritativ zu entscheiden, „was jeweils recht und unrecht ist."[39] Rechtssicherheit in diesem Sinne kann allerdings nur analoge Fälle gleich behandeln und keine, dem

---

34 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 211.
35 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 214.
36 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 212.
37 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 221.
38 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 220.
39 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 229; vgl. S. 236. Christoph Menke hat darauf verwiesen, dass schon Tocqueville zur „Milderung der Mehrheitstyrannei" das aristokratische Element der „Rechtskundigen" lobt. Der antidemokratische Charakter der Herrschaft des Rechts findet sich auch bei Dworkin. S. 106. Menke folgert:

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

jeweiligen Fall angemessene, richtige Entscheidung garantieren.[40] Die Analyse dieser Spannung liegt im Zentrum der Habermasschen Rechtsphilosophie: „Weil alle Rechtskommunikationen auf einklagbare Ansprüche verweisen, bildet das Gerichtsverfahren den Fluchtpunkt für die Analyse des Rechtssystems […]. Die dem Recht immanente Spannung zwischen Faktizität und Geltung manifestiert sich innerhalb der Rechtsprechung als Spannung zwischen dem Prinzip der Rechtssicherheit und dem Anspruch, richtige Entscheidungen zu fällen."[41]

Rechtssicherheit und Konsistenz angesichts des „unübersichtlichen Geflechts vergangener Entscheidungen des Gesetzgebers und der Justiz oder gewohnheitsrechtlicher Überlieferungen"[42] fördern die sozialintegrative Funktion der Rechtsordnung. Das Fällen von Urteilen bei konfligierenden Ansprüchen büßt jedoch seinen Legitimitätsanspruch ein, wenn es lediglich zu erwartbaren, aber nicht zu rational akzeptablen Entscheidungen führt. „Das Rationalitätsproblem der Rechtsprechung besteht also darin, wie die Anwendung eines kontingent entstandenen Rechts intern konsistent vorgenommen und extern rational begründet werden kann, um gleichzeitig Rechtssicherheit und Richtigkeit zu garantieren."[43]

Die interne Konsistenz kann nicht allein durch die Deduktion aus der Rechtsnorm geleistet werden. „Die juristische Hermeneutik hat das Verdienst, gegen das konventionelle Modell der Rechtsentscheidung als einer Subsumtion des Falles unter eine zugehörige Regel die Aristotelische Einsicht wieder zur Geltung gebracht zu haben, daß keine Regel ihre eigene Anwendung regeln kann. Ein regelkonformer Sachverhalt konstituiert sich erst dadurch, daß er in Begriffen einer auf ihn angewendeten Norm beschrieben wird, während die Bedeutung der Norm eben dadurch, daß die-

„‚Herrschaft der Besten' bedeutet, dass sich im Recht auf dem Grund der Gleichheit ein Gegensatz, genauer eine Hierarchie durchsetzt […]. Das Problem ist stets dasselbe: dass die Gerechtigkeit, die die rechtliche Prozedur praktiziert, in nichts anderem als darin besteht, dass durch den oder die Richter die Bürgerschaft als Ganze über einzelne Bürger urteilt. Das heißt hier ‚Unparteilichkeit'. Durchs Recht spricht die politische Einheit der Bürger." (*C. Menke*, Recht und Gewalt, Berlin 2011, S. 28 f., S. 106).

40 Für Robert Cover ist jeder Richtspruch ein Gewaltakt. Siehe *R. Cover*, Narrative, Violence, and the Law, hrsg von M. Minow/M. Ryan/A. Sarat, Ann Arbor: The University of Michigan Press 1992, S. 203–238.

41 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 241 f.

42 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 243.

43 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 244.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

se auf einen regelspezifischen Sachverhalt Anwendung findet, konkretisiert wird."[44]

Im Zentrum richterlichen Urteilens wird also die Kunst der normadäquaten und diese zugleich präzisierenden Beschreibung stehen. Doch diese Hermeneutik basiert auf Vorverständnissen und das „Vorverständnis des Richters [ist] durch die Topoi eines sittlichen Traditionszusammenhangs geprägt […]. Die Rationalität einer Entscheidung soll sich letztlich […] an den ‚der lex vorauseilenden jurisprudentiellen Weisheiten' bemessen. Die zur Rechtstheorie entfaltete Hermeneutik hält am Legitimitätsanspruch der richterlichen Entscheidung fest. Die Unbestimmtheit eines zirkulären Verstehensprozesses kann mit Bezugnahme auf Prinzipien schrittweise reduziert werden. Aber diese Prinzipien können sich nur aus der Wirkungsgeschichte derjenigen Rechts- und Lebensform legitimieren, in der sich der Richter selbst kontingenterweise vorfindet."[45]

Der Ethos der Richter stellt aber keine überzeugende Grundlage des Urteilens dar, denn das historisch Bewährte könnte sich als schieres Vorurteil entpuppen. Das Ermessen des Richters bleibt interessengesteuert. Dem wirkt nur der (von Theoretikern wie Hans Kelsen und H.L.A. Hart herausgearbeitete) normative Eigensinn der Rechtssätze und der systematische Aufbau des Regelsystems entgegen, das sich gegenüber Außerrechtlichem als undurchlässig erweist.[46] Innerhalb des Rechtssytems sind Regeln genau dann gültig, wenn sie von den zuständigen Institutionen regelrecht erlassen worden sind. Doch wenn Urteile streng nur den Regeln des Rechtssystems gemäß gefällt werden, so kann nur garantiert werden, dass Urteile rechtssicher sind, nicht aber, dass sie richtig sind: „Soweit das geltende Recht zur genauen Bestimmung eines Sachverhalts nicht ausreicht, muß der Richter eben nach eigenem Ermessen entscheiden. Der Richter füllt seinen Ermessensspielraum durch juristisch nicht begründbare Präferenzen aus und orientiert seine Entscheidungen gegebenenfalls an moralischen Maßstäben, die durch die Autorität des Rechts nicht mehr gedeckt sind."[47]

Doch auch Dworkins deontologischer Ansatz einer konstruktiven Interpretation kann dieses Dilemma letztlich nicht ausräumen. Zwar erlaubt idealiter die Orientierung an vorgelagerten legitimen Prinzipien die begründbare Ableitung richtiger Entscheidungen. Doch Habermas wendet

---

44 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 244.
45 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 245.
46 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 247.
47 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 248.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ein: „Richter wählen Prinzipien und Zielsetzung und konstruieren daraus eigene Rechtstheorien, um mit ihrer Hilfe Entscheidungen zu ‚rationalisieren', d.h. die Vorurteile zu kaschieren, mit denen sie die objektive Unbestimmtheit des Rechts kompensieren."[48]

Die Rationalisierung und die öffentliche Begründung sind nicht unerheblich, der Entscheidung aber nachgeordnet. Diese, die Normanwendung, begreift Habermas als Verschränkung von Situationsbeschreibung und Konkretisierung der allgemeinen Norm: „Letztlich entscheidet die Bedeutungsäquivalenz zwischen der Sachverhaltsbeschreibung, die Bestandteil der Situationsdeutung ist, und der Sachverhaltsbeschreibung, die die deskriptive Komponente, also die Anwendungsbedingung der Norm festlegt."[49] Schon an dieser Stelle ist auffällig, wie wenig Aufmerksamkeit Habermas der Möglichkeit adäquater Wahrnehmung schenkt, die doch die Voraussetzung jedweder zutreffenden Sachverhaltsbeschreibung ist.

Habermas übergeht diese ästhetische Problematik und leitet aus seiner Konsenstheorie der Wahrheit zwei lediglich sprachinterne Rationalisierungsanforderungen ab: Soll sich die Annäherung der beiden Beschreibungen rational rechtfertigen, so gelingt dies aus seiner Sicht nur mit Bezug auf zwei Horizonte, nämlich den „Geist der Verfassung" einerseits, und die „Rechtspraxis" der jeweiligen Rechtsgemeinschaft andererseits. Die Richterin muss sich folglich im Urteilen nicht durch ihr wahrnehmungsgestütztes Verständnis der jeweiligen realen Situation, sondern nur durch ihre professionellen Kenntnisse und Fertigkeiten, wie auch durch ihre Repräsentation der Staatsbürgerschaft als qualifiziert zeigen. Allein die Professionalität sichert weder eine sichere noch eine richtige Anwendung der Norm: „Der einzelne Richter muß seine konstruktive Interpretation grundsätzlich als ein gemeinsames Unternehmen konzipieren, das von der öffentlichen Kommunikation der Staatsbürger getragen wird."[50] Die alleinige Bindung an die „Interpretationsgemeinschaft von juristischen Experten", ein Vorschlag von Owen Fiss (1982), überzeugt Habermas nicht:

„Einerseits dienen [diese Regeln] der prozeduralen Rechtfertigung der richterlichen Entscheidungspraxis und begründen insofern die Gültigkeit juristischer Urteile, andererseits wird die Gültigkeit der Verfahrensprinzipien und Auslegungsmaximen selbst mit dem Hinweis auf bewährte Praktiken und Überlieferungen einer allerdings auf Rationalität und rechtsstaatliche Prinzipien verpflichteten Expertenkultur ausgewiesen […]. Aus

48 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 262.
49 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 267.
50 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 274.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

der Beobachterperspektive haben solche Standards aber nur den Status eines berufsethischen Regelsystems, das sich selber legitimiert."[51]

Deshalb muss der Prozess des Urteilens als ein „kooperatives Verfahren der Theoriebildung" gedacht werden. Habermas' Diskurstheorie des Rechts macht entsprechend „die rationale Akzeptabilität von richterlichen Urteilen nicht nur von der Qualität der Argumente, sondern von der Struktur des Argumentationsprozesses abhängig […]. Sie stützt sich auf einen starken Begriff der Verfahrensrationalität, wonach die Eigenschaften, die für die Gültigkeit eines Urteils konstitutiv sind, nicht nur in der logisch-semantischen Dimension des Aufbaus von Argumenten und der Aussagenverknüpfung, sondern auch in der pragmatischen Dimension des Begründungsprozesses selbst gesucht werden."[52]

Ob die Geltungsbedingungen eines Urteils erfüllt sind, lässt sich Habermas zufolge also weder unter Rekurs auf empirische Evidenzen noch durch ideale Anschauung klären, sondern nur durch eine argumentativ durchgeführte Begründung. Das argumentative Verfahren der kooperativen Wahrheitssuche ist zwar stets vorläufig, wie Habermas unterstreicht, kommt aber zum Abschluss dann, wenn idealiter sicher gestellt wird, dass auf einem Forum, auf dem sich alle Stimmen Gehör verschaffen können, alle zu einer Zeit themenspezifisch verfügbaren relevanten Gründe und Informationen zum Zuge kommen und wenn es gelingt, „in einem zwanglosen, aber geregelten Wettbewerb um die besseren Argumente auf der Grundlage der besten Informationen und Gründe für eine strittige Äußerung die Zustimmung eines universalen Auditoriums zu gewinnen."[53]

Habermas spricht hier von einer Entschränkung der höherstufigen Intersubjektivität des beratenden Kollektivs, von der erweiterten Perspektive der ersten Person Plural und von einem konkreten Allgemeinen, das von allem Substantiellen gereinigt in der Kommunikationsstruktur liegt.

Habermas entgeht dabei durchaus nicht, dass aufgrund der Unbestimmtheit des Rechtes Urteile oft den Charakter von Grundsatzentscheidungen annehmen, weil die Gerichte – bis hin zum Verfassungsgericht – interpretieren: „Immerhin soll die richtige Interpretation ‚gefunden', nämlich in ‚rationaler Argumentation' […] erarbeitet werden. Andere Formulierungen, die dem Verfassungsgericht die Funktion der Rechtsfortbildung

---

51 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 275 f.; *O. Fiss*, Objectivity and Interpretation, Stanford Law Review 43, 1982, S. 739–763 (762).

52 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 277.

53 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 280, mit Verweis auf Aulis Aarnio und Chaïm Perelman.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

durch ‚schöpferische Rechtsfindung' zuschreiben, deuten allerdings auf ein problematisches Selbstverständnis des Gerichts hin."[54]

Demzufolge sind aus Habermas' Sicht alle Rechtfertigungen von Verfassungsgerichtsbarkeit hinfällig, die die Frage offen lassen, „ob der unvermeidliche Rekurs auf solche Hintergrundnormen dem Verfassungsgericht nicht doch die Tür für eine politisch inspirierte ‚Rechtsschöpfung' öffnet, die nach der Logik der Gewaltenteilung dem demokratischen Gesetzgeber vorbehalten bleiben muß."[55]

Die Verfassungsgerichtsbarkeit wird dann tendenziell verfassungswidrig: „Das Verfassungsgericht verwandelt sich dadurch, daß es sich von der Idee der Verwirklichung verfassungsrechtlich vorgegebener materialer Werte leiten läßt, in eine autoritäre Instanz."[56] Das bundesdeutsche Verfassungsgericht hat dies durch seine „Wertordnungslehre", die das methodologische Selbstverständnis des Gerichts festlegt, getan, fügt Habermas hinzu.

III.

Wie mit Habermas' Hinweis auf das universale Auditorium deutlich wird, sind nicht allein die Einhaltung des Verfahrensrechtes und die prinzipiell öffentliche Begründung von Urteilen hinreichend, um sowohl Rechtssicherheit als auch die Richtigkeit der Normanwendung denken zu können. Die Frage nach dem Wo und Wie des Urteilsgeschehens betrifft die Medialität (die Möglichkeit der Kommunikation) ebenso wie die Wahrnehmbarkeit des Urteilsprozesses (Strafprozess, Zivilprozess), und damit zugleich die ästhetischen Grundlagen des Urteilens. Deren Erforschung zielt auf die Reflexion des Zusammenhanges von Wahrnehmen, Denken und Handeln in der Rechtsprechung. Das Rechtsprechen soll nicht nur „im Recht sein", sondern auch als Recht erlebt werden bzw. im besten Fall Gerechtigkeit widerfahren lassen.

Die ästhetischen Grundlagen legen die Modi der Präsenz fest, sie bestimmen die Teilhabe am Rechtsgeschehen, sie bestimmen das Verhältnis des Sichtbaren und Sagbaren. Von der Ästhetik des Urteilsprozesses hängt ab, ob sich eine Wahrnehmung des Singulären (des „Falls") gegenüber dem Wiedererkennen von Typen und Aspekten durchsetzen kann, wobei

54 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 298.
55 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 309.
56 *Habermas*, Faktizität (Fn. 18), S. 315.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

diese Wahrnehmung und Artikulation des Singulären und Jeweiligen in Ausgleich gebracht werden muss mit den (für Erwartungen an die Gleichheit und die Rechtssicherheit maßgeblichen) Strukturen der Kohärenz und der Konsistenz, die die jeweilige Artikulation mit dem Netz vergleichbarer Urteile vermittelbar macht.

Nicht nur die Ausbildung eines Sinnes für das faktisch Vorliegende, das rechtlich jeweils Gebotene, auch die Ausprägung eines Rechtsbewusstseins macht eine Beteiligung aller Rechtssubjekte an der öffentlichen Rechtsprechung erforderlich. Diese Dimension der Verwirklichung des Rechts ist folglich auf die Erkundung angemessener Formen der Inszenierung angewiesen.

Für eine Diskurstheorie des Rechts sind die traditionellen expertokratischen Varianten dieser Inszenierung und mediatisierte oder auch nur postulierte Öffentlichkeiten ausreichend, um ein kritisches Feedback durch dieselbe denkbar erscheinen zu lassen. Auch hier wäre eine Verhandlung in Schriftform, die einer Zeitungs-, Fernseh- oder Internetöffentlichkeit mitgeteilt wird, prinzipiell genügend. Das Gericht ist jedoch nicht nur der Ort der Anwendung rechtlicher Normen. Die Bedeutung des Prozesses für die Entscheidung kann weder auf das richterliche Ansammeln und Würdigen von Fakten noch auf die Einbindung der Akteure bzw. die Instruktion des Publikums (wie bei Luhmann und Habermas) reduziert werden.

Um Gerichtsverhandlungen – die Notwendigkeit der Begegnung, der Mündlichkeit, der Lebendigkeit, des möglichen Einbezugs anderer Präsentationsmodi, das Agonale der räumlich-zeitlichen Konfiguration – rechtstheoretisch zu rekonstruieren, ist eine deliberative oder diskursethische Theorie des Rechts deshalb letztlich nicht hinreichend. Vielmehr müssen wir die beteiligten ästhetischen Prozesse rechtstheoretisch einholen.[57] Sie tragen offenkundig zum Konzept gelingender Rechtsprechung bei. Die Lebendigkeit leibhafter Präsenz, die Sichtbarkeit emotionalen und affektiven Involviertseins, die Wahrheitsdimension im Fortgang des Urteilsprozesses, alle diese wesentlichen Aspekte einer öffentlichen Verhandlung können sonst nicht begründet werden. Die theoretische Rekonstruktion dieser ästhetischen Aspekte führt auf ein anderes Verständnis der Aufgaben der Rechtsprechung. Das diskursive Ringen um Beschreibungen und Artikulationsformen im Hinblick auf ein rational akzeptables Urteil wäre entsprechend um eine ästhetische Grundierung der Auseinandersetzungs- und

57 Siehe hierzu, *L. Schwarte*, Vom Urteilen, Gesetzlosigkeit, Geschmack, Gerechtigkeit, Berlin 2012; *C. Menke*, Kritik der Rechte, Berlin 2015, S. 373–377; *D. Loick*, Juridismus, Berlin 2017, S. 308–310.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Anerkennungsprozesse zu ergänzen, an denen alle Rechtssubjekte sich auf ihre Weise beteiligen und artikulieren können und in denen das Singuläre, das Nicht-Identische, das Inkommensurable eine Chance hat, zur Geltung zu kommen.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Recht und Medien

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Die Bauhaus-Ästhetik des Rechts. Zum Widerstreit zwischen verschiedenen ästhetischen Bedürfnissen des Rechts

Laura Münkler

Kurzzusammenfassung

Obgleich die ästhetische Dimension des Rechts in der Rechtswissenschaft häufig negiert wird, zeigt eine nähere Betrachtung, dass dem Recht verschiedene Ästhetiken eingeschrieben sind. Insbesondere mit Neutralität und Distanz in Verbindung gebrachte ästhetische Formen werden genutzt. Bestimmte Ästhetiken werden im Recht demnach funktional verwendet, um die Wirkung des Rechts zu optimieren. Zu diesem Zweck wird eine Kohärenz zwischen ästhetischen Vorstellungen der Gesellschaft und der Ästhetik des Rechts zu erzeugen gesucht. Dies führt indes dazu, dass individuelle ästhetische Vorstellungen unterdrückt zu werden drohen. Der ästhetische Reduktionismus des Rechts bewirkt, dass verschiedene Parallelen zwischen der Bauhausästhetik und der Ästhetik des Rechts entstehen, welche auf den gemeinsamen Anspruch, die Gesellschaft und Lebenswirklichkeiten zu gestalten, zurückgeführt werden können. Die innerhalb des Bauhauses feststellbaren ästhetischen Brüche, die Öffnung gegenüber Individualität sowie der Vorwurf gegenüber dem Bauhaus, abweisend zu wirken, können insoweit als Anstoß genommen werden, die Ästhetik des Rechts ebenfalls zu überdenken.

I. Ästhetik – eine verdrängte Dimension des Rechts?

Obwohl dem Recht zu seiner Wirkung unterschiedliche ästhetische Stilmittel zu Gute kommen, steht die Rechtsästhetik, wenngleich derzeit ein gewisser Trend hierzu zu verzeichnen ist, nach wie vor nicht im Zentrum der vor allem dogmatisch ausgerichteten deutschen rechtswissenschaftlichen Forschung.[1] Hierfür lassen sich vornehmlich zwei Gründe ausmachen: Zum einen haben ästhetische Facetten des Rechts, etwa die spezifi-

1 Vgl. hierzu *E. Schürmann*, Das Recht als Gegenstand der Ästhetik?, RphZ Rechtsphilosophie 1, 2015, S. 1 (1, 7); *L. Münkler*, Inszenierung von Recht als Wirksam-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sche gerichtliche Gebäudearchitektonik, die Sitzordnung im Gericht bzw. Parlament[2] wie auch die Roben(pflicht)[3], im geschriebenen Recht nur beschränkt Niederschlag gefunden und entstammen stattdessen häufig der kulturellen Tradition.[4] Zum anderen wird Ästhetik entweder als dem Recht abträglich angesehen oder für dogmatisch irrelevant erachtet.[5] Hierhinter steht die Auffassung, dass nicht subjektives ästhetisches Empfinden, sondern objektive Einsichten im Recht den Ausschlag geben sollten.[6] Vor Äußerlichkeiten verschließt Justitia ihre Augen, weil sie als ablenkend oder sogar beeinträchtigend gegenüber dem „wahren" Inneren des Rechts empfunden werden.[7] Dementsprechend wird dem Recht sogar teils eine Abneigung gegenüber der Ästhetik zugeschrieben.

Vor diesem Hintergrund scheinen die mit dem Begriff der Rechtsästhetik aufgerufenen Fragen vornehmlich Vorbedingungen des Rechts zu betreffen sowie ferner das Verhältnis von Form und Inhalt zu berühren,[8] wobei die Form zwar in gewisser Hinsicht auf den Inhalt zurückwirken mag,

---

keitsbedingung, in: L. Münkler/J. Stenzel (Hrsg.), Inszenierung von Recht, Weilerswist 2019, S. 19 (19).

2 Vgl. *H. Oberreuter*, Sitzordnung, in: H.-H. Röhring/K. Sontheimer (Hrsg.), Handbuch des deutschen Parlamentarismus, München 1970, S. 446 (446 f.), der neben der kulturellen Tradition darauf hinweist, dass an der Sitzordnung verschiedene Verständnisse von Parlamentarismus offenbar werden.

3 Teils ist die Pflicht zur Robe zwar ausdrücklich geregelt, häufig indes ebenso nicht. Zur Frage, ob sie dennoch besteht, BVerfGE 28, 21 (28 ff.); LG Augsburg, Urteil v. 30.6.2015, – 31 O 4554/14 -, welche eine gewohnheitsrechtliche Verpflichtung zum Tragen einer Robe bei Gericht annehmen.

4 Vgl. *P. Goodrich*, Legal emblems and the art of law, Cambridge: Cambridge University Press 2014, S. 247 f.; *P. Goodrich*, Specters of Law: Why the History of the Legal Spectacle Has Not Been Written, U.C. Irvine Law Review 3, 2011, S. 773 (775 ff., 811).

5 Vgl. *W. Schild*, Recht und Körperlichkeit, in: L. Schwarte/C. Wulf (Hrsg.), Körper und Recht, München 2003, S. 129, (131); *C. Douzinas/L. Nead*, Law and Aesthetics, in: C. Douzinas/L. Nead (Hrsg.), Law and the image, Chicago 1999, S. 1 (1 f.), m.w.N.

6 *Schürmann*, Ästhetik (Fn. 1), S. 1.

7 Vgl. *M. Jay*, Must Justice be blind?, in: C. Douzinas/L. Nead (Hrsg.), Image (Fn. 5), S. 19, 28 ff. mit dem Hinweis auf die Komponente des weiblichen Blickes und der gegensätzlichen Ästhetisierung des Rechts als universal, dekontextualisiert und formal. Ähnlich auch *J. J. A. Shaw*, Aesthetics of Law and Literary License, Liverpool Law Review 1, 2017, S. 83 (85).

8 *P. Schlag*, The Aesthetics of American Law, Harvard Law Review 4, 2002, S. 1047 (1047); *J. Reinhardt/E. Schürmann*, Ästhetische Theorien des Rechts, in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 139 (141) sprechen insoweit von Ästhetik als Voraussetzung des Rechts.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

wohl jedoch nicht von unmittelbarem Einfluss auf ihn ist.[9] Hieraus folgte, dass Recht und Ästhetik in Bezug auf den Inhalt von Rechtssätzen in keiner spezifischen Verbindung zueinander stünden. Rechtsästhetik stellte dementsprechend zwar den Rahmen dar,[10] in dem Recht stattfindet und wirkte hierdurch in gewisser Hinsicht auf das Recht ein, ästhetische Aspekte wären dem geschriebenen Recht indes nicht immanent. Vielmehr blieben Recht und Ästhetik in gewisser Weise voneinander geschieden.[11]

In Anbetracht dessen werden der Rechtsästhetik bisher vornehmlich zwei Funktionen zugeschrieben: Grundbedingungen der Funktionsweise von Recht aufzudecken und Recht zu hinterfragen.[12] Dieser Zuschnitt der Rechtsästhetik erklärt indes in gewisser Hinsicht zugleich, weshalb in der auf dogmatische Fragen fokussierenden Rechtswissenschaft diese Dimension des Rechts trotz des Aufkommens der Beschäftigung mit ästhetischen Aspekten weitgehend ausgeblendet zu werden vermochte.[13] Insoweit als Rechtsästhetik mit Fragen der Kunst und Schönheit in Verbindung gebracht wird, konnten diese als für die Erfassung von Rechtsaussagen nicht maßgeblich abgetan werden.[14] Sofern mit Rechtsästhetik demgegenüber verschiedene Wahrnehmungsweisen des Rechts angesprochen werden, ist dieser Aspekt nicht etwa nur weitgehend unentdeckt geblieben, vielmehr wird er im Rahmen der Dogmatik sogar weitläufig verdeckt.[15] Im Wege der Rechtsdogmatik werden die ästhetischen Dimensionen des Rechts zu unterdrücken versucht, weil sie, insofern als hiermit der Blick darauf gelenkt wird, dass angesichts der Vieldeutigkeit auch ein anderes Recht möglich wäre,[16] den Funktionsmechanismen des Rechts als abträglich erschei-

---

9 Vgl. *Schürmann*, Ästhetik (Fn. 1), S. 2 ff. Dezidiert demgegenüber von einer Einwirkung der Ästhetik auf das Recht ausgehend *D. Damler,* Rechtsästhetik, Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016, S. 20 ff., 29.

10 *Damler*, Rechtsästhetik (Fn. 9), S. 209; *Reinhardt/Schürmann*, Ästhetische Theorien (Fn. 8), S. 153.

11 Vgl. *Reinhardt/Schürmann*, Ästhetische Theorien (Fn. 8), S. 153, die ausdrücklich von einem „Nebeneinander" von Recht und Ästhetik ausgehen. Hierauf ebenfalls hinweisend *Goodrich*, Specters (Fn. 4), S. 780.

12 *Reinhardt/Schürmann*, Ästhetische Theorien (Fn. 8), S. 153.

13 Vgl. *L. Schwarte,* Die Inszenierung von Recht, in: L. Schwarte/C. Wulf (Hrsg.), Körper und Recht (Fn. 5), S. 93 (123, 125); *Shaw*, Aesthetics (Fn. 7), S. 99.

14 *Schlag*, Aesthetics (Fn. 8), S. 1050 f.; *J. Resnik,* Representing justice, invention, controversy, and rights in city-states and democratic courtrooms, New Haven, Conn. 2011, S. 182 f.

15 Vgl. *Douzinas/Nead*, Law (Fn. 5), S. 10; *S. Müller-Mall,* Juridische Szenen, in: L. Münkler/J. Stenzel (Hrsg.), Inszenierung (Fn. 1), S. 41 (41 f.); *Münkler*, Inszenierung (Fn. 1), S. 33 ff.

16 Vgl. *Schürmann*, Ästhetik (Fn. 1), S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

nen.[17] Die Perspektive der Rechtsästhetik steht insofern in diametralem Widerspruch zur auf Eindeutigkeit angelegten Dogmatik, welche die Erfassbarkeit des Inhalts von Recht als von derartigen Aspekten unabhängig stilisiert. Ästhetische Fragen werden demnach häufig nicht nur als unbedeutend angesehen, sondern absichtlich ausgeblendet und daher kaum als Argumentationstopos in Bezug auf bestimmte rechtliche Strukturen oder Aussagen herangezogen.

Obgleich die Rechtsästhetik darauf zielt, hiergegen Abhilfe zu schaffen, wird auch sie der Invasivität der Ästhetik gegenüber dem Recht trotz des Verweises darauf, dass es sich um eine unentrinnbare Grundbedingung handele,[18] bislang noch nicht vollkommen gerecht. Denn trotz gegenteiliger Betonung haben gewisse ästhetische Vorstellungen doch Eingang in das geschriebene Recht gefunden. Vor allem den rechtlichen Regelungen zum äußeren Erscheinungsbild von Staatsbediensteten, mit welchen die Uniform, die Haar- und Barttracht sowie sonstige sichtbaren, nicht sofort ablegbaren Erscheinungsmerkmale reglementiert werden,[19] liegen augenscheinlich bestimmte ästhetische Erwägungen zugrunde, die von unmittelbarer Relevanz für das Recht sind. Obgleich die insoweit ergangenen Regelungen in Bezug auf andere rechtliche Fragestellungen – insbesondere das hierin enthaltene Kopftuchverbot – rechtswissenschaftlich intensiv diskutiert wurden und hierbei mittelbar explizit ästhetische Fragestellungen im Raum standen, nämlich, inwieweit eine bestimmte Ästhetik den Anschein von Neutralität bzw. deren Fehlen erzeugt,[20] sind diese Normen in ihrer

17 *Schlag*, Aesthetics (Fn. 8), S. 1050; *Shaw*, Aesthetics (Fn. 7), S. 83.

18 *Schürmann*, Ästhetik (Fn. 1), S. 2 f.; *Reinhardt/Schürmann*, Ästhetische Theorien (Fn. 8), S. 140; *Schlag*, Aesthetics (Fn. 8), S. 1047.

19 Vgl. etwa § 74 BBG, §§ 33 f. BeamStG; Art. 11 BayRiStAG; Art. 75 BayBG; Erscheinungsbild der Bayerischen Polizei, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 7. Februar 2000, Az. IC5-0335.1-0 (AllMBl. S. 99), Dienstkleidungsordnung der Polizei des Landes NRW, RdErl. d. Ministeriums für Inneres und Kommunales – 405/401 – 63.01.01 v. 21.1.2014.

20 Siehe hierzu BVerfG, NJW 2017, 2333 (2336) und *H. Schulze-Fielitz* in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Aufl., Tübingen 2018, Art. 97 Rn. 40 sowie die Diskussion zwischen *A. Sandhu,* Der „Anschein der Neutralität" als schützenswertes Verfassungsgut? 2017/1/09, https://verfassungsblog.de/der-anschein-der-neutralitaet-als-schuetzenswertes-verfassungsgut/, *A. K. Mangold,* Justitias Dresscode, Wie das BVerfG Neutralität mit „Normalität" verwechselt, 2017, https://verfassungsblog.de/justitias-dresscode-wie-das-bverfg-neutralitaet-mit-normalitaet-verwechselt/ und *T. Hörnle,* Warum Vertrauen in die Neutralität der Justiz ein schützenswertes Verfassungsgut ist 2017/1/15, https://verfassungsblog.de/warum-vertrauen-in-die-neutralitaet-der-justiz-ein-schuetzenswertes-verfassungsgut-ist/ (zuletzt aufgerufen am 12.03.2020).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ästhetischen Dimension bislang weitgehend unentdeckt geblieben. So wird zwar von Gerichten darauf verwiesen, dass der „Anschein der Neutralität" und somit eine bestimmte Ästhetik ein rechtlich schützenswertes Gut sei, und ferner betont, dass die – ästhetische – Legitimations- wie auch Neutralitätsfunktion der Uniform – und Robe – nicht durch eine überschießende individuelle Ästhetik untergraben werden dürfe.[21] Welche allgemeinen Annahmen hierhinter in Bezug auf die Bedeutung einer bestimmten Ästhetik für das Recht stehen sowie welche konkreten ästhetischen Vorannahmen hierdurch in das Recht einfließen, ist bislang indes unreflektiert geblieben. Selbiges gilt in Bezug darauf, dass mit der Ablehnung individueller wie auch dekorativer Ästhetik und der Betonung eines „rationalen" Stils eine merkliche Parallele zwischen Bauhaus-[22] und Rechtsästhetik entsteht. Diesen Aspekten soll im Folgenden weiter nachgegangen werden. Hierdurch lässt sich der das Recht generell durchziehende grundlegende Widerstreit zwischen rationalen, neutralen ästhetischen Ansprüchen auf der einen, gleichzeitig jedoch ebenfalls angestrebter inklusiver, repräsentativer Ästhetik auf der anderen Seite herausarbeiten.

II. Abhängigkeit der Wirksamkeit von Recht von Ästhetik

Recht ist, um wirken zu können, weil es einerseits vermittelt und andererseits von seiner „Richtigkeit" überzeugt werden muss, davon abhängig, sich bestimmte Ästhetiken zunutze zu machen.[23] Aus diesem Grund wird Recht prinzipiell so zu versinnlichen gesucht, dass eine Kohärenz zwischen ästhetischen Urteilen der Gesellschaft und der Ästhetik des Rechts entsteht.[24] Hieraus folgt wiederum, dass die rechtlich gewählte Ästhetik grundsätzlich sucht, nicht in Widerstreit zu gesellschaftlichen ästhetischen

---

21 BVerwG NVwZ-RR 2007, 781 (783); OVG NRW, Beschluss v. 28.5.2014, – 6 B 523/14 -, juris Rn. 2, 5.

22 Auf Verbindungslinien zwischen modernem Design und Recht bereits hinweisend *D. Damler*, Der Staat der Klassischen Moderne, Berlin 2012, S. 11 ff.; *Damler*, Rechtsästhetik (Fn. 9), S. 36 ff., der hierbei indes in anderer Weise vorgeht, weil er nachzuweisen sucht, wie die Ästhetik auf das Rechtsverständnis Einfluss nimmt.

23 Vgl. *V. Boehme-Neßler*, Inszeniertes Recht?, Rechtstheorie 42 (2), 2011, S. 167 (167 f., 172, 174 f.); *L. Dahlberg*, Introduction. Visualising Law and Authority, in: L. Dahlberg (Hrsg.), Visualizing Law and Authority, Berlin und Boston 2012, S. 1, (4); *Goodrich*, Specters (Fn. 4), S. 811.

24 Vgl. *B. Zabel*, Expressives Recht. Inszenierungen moderner Legitimität, in: L. Münkler/J. Stenzel (Hrsg.), Inszenierung (Fn. 1), S. 51 (51 f.) Ähnlich auch *Reinhardt/Schürmann*, Ästhetische Theorien (Fn. 8), S. 146.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Vorstellungen zu treten. Daher werden allgemeine, in der Gesellschaft vorzufindende ästhetische Empfindungen im Recht aufgegriffen und genutzt.[25] Gleichzeitig muss sich auf eine plurale Gesellschaft bezogenes Recht jedoch ebenfalls gegenüber diversen individuellen ästhetischen Vorstellungen öffnen bzw. darf sie zumindest nicht unterdrücken.[26] Denn eine im Wege des Rechts unzulässige Exklusion darf ebenso wenig mittels Ästhetik betrieben werden.[27]

Diese Hintergründe rechtlicher Ästhetik erklären, warum das Recht generell an den ästhetischen Anschauungen der Mehrheit anknüpft und mit diesen operiert. Zugleich macht dies ebenfalls deutlich, weshalb im Recht im Grundsatz ein ästhetischer Reduktionismus verfolgt wird, mit dessen Hilfe versucht wird, Neutralität ästhetisch umzusetzen. Recht soll auf diese Weise sowohl klar, eindeutig, nachvollziehbar als auch gerecht – weil gleichförmig – und hierdurch gesellschaftlich anschlussfähig gestaltet werden. Zugleich findet das im Recht gepflegte „Neutralitätsimago"[28] des von der Ästhetik unabhängigen Inhalts insoweit eine Entsprechung in dem Versuch, eine neutrale Ästhetik des Rechts zu gerieren. Hierhinter steht die Annahme, dass wenn Recht nicht ohne Ästhetik auskomme, diese wenigstens das Recht nicht beeinflussen dürfe. Unter Zuhilfenahme einer bestimmten reduzierten, vermeintlich neutralen Ästhetik verleugnet das Recht insofern in gewisser Weise seine ästhetische Dimension bzw. beschränkt scheinbar deren Wirkung.[29] Seitdem vermeintlich neutrale Vorstellungen von Ästhetik indes verstärkt in Kritik geraten sind, weil sie bestimmte Gruppen exkludierten,[30] steht zugleich die Stilisierung bestimmter rechtlichen Ästhetiken als neutrale Form Recht darzustellen zur Dispo-

25 Dies zeigt sich besonders an den Bezugnahmen auf die Anschauungen der Bevölkerung, vgl. BVerfG NJW 1991, 1477 (1477 1. und 2. Leitsatz); BVerwG NJW 2018, 1185 (1189); BVerwGE 125, 85 (90 f.); BayVGH NZA-RR 2019, 223 (224 f.) unter Verweis darauf, dass es nicht um die ästhetischen Vorstellungen des Staates, sondern die der Bürger ginge; OVG NRW, Beschluss v. 12.9.2018, – 6 A 2272/18 -, juris Rn. 40; OVG NRW, Beschluss v. 28.5.2014, – 6 B 523/14 -, juris Rn. 8.

26 Auf eine angemessene Repräsentation in einer pluralistischen Gesellschaft abstellend und daraus herleitend, dass „nur" aus dem Rahmen des gesellschaftlich Üblichen fallende Ästhetiken untersagt werden könnten, BVerwGE 125, 85 (93).

27 Dies mit Blick auf Architektur weiter ausarbeitend *S. Schindler,* Architectural Exclusion, The Yale Law Journal 6, 2015, S. 1934 (1991 ff.).

28 *Schürmann*, Ästhetik (Fn. 1), S. 3.

29 Vgl. *Douzinas/Nead*, Law (Fn. 5), S. 5.

30 Zur Verbindung von Ästhetik und „Domination" *H. Marcuse,* Der eindimensionale Mensch. Studien zur Ideologie der fortgeschrittenen Industriegesellschaft, 6. Aufl., München 2008, S. 76 ff.; *Shaw*, Aesthetics (Fn. 7), S. 87. Vgl. ebenfalls *Schindler*, Exclusion (Fn. 27), S. 1949 ff., wobei im Besonderen kritisiert wird, dass

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

sition.[31] Der Diskurs über den Ausschluss von kopftuchtragenden Musliminnen von bestimmten hoheitlichen Ämtern wie auch der gerichtlich ausgetragene Disput darüber, ob Personen mit großflächigen, unter der Uniform sichtbaren Tätowierungen die Eignung zum Polizeivollzugsbeamten fehle, zeigen dies im Besonderen, weil der Ausschluss hauptsächlich damit begründet wird, dass er notwendig sei, um die Einheitlichkeit, Repräsentativität und Neutralität des Erscheinungsbilds des Rechts aufrechtzuerhalten.[32] Ohne dies drohe eine „Ansehens- oder Vertrauensminderung" bzw. Beeinträchtigung des Neutralitätsanscheins des Rechts und seiner Institutionen.[33]

III. Auffällige Parallelen zwischen Bauhaus- und Rechtsästhetik

Diese in den Regelungen des äußeren Erscheinungsbildes ebenso wie im gerichtlichen Gestus, der Rechtssprache sowie der generellen Inszenierung von Recht zu Tage tretende Ablehnung von Ästhetik im Sinne des Individuellen, Schönen bzw. Dekorativen macht auf eine Parallele zwischen Rechts- und Bauhaus-Ästhetik aufmerksam,[34] die ein näherer Blick noch weiter verstärkt: Denn in der sie verbindenden Ablehnung von Ästhetik im Sinne des Schönen, Dekorativen bzw. Repräsentativen tritt die Abneigung gegen als unsachlich und zweckabträglich empfundene ästhetische Elemente als gemeinsamer Nenner zwischen Rechts- und Bauhaus-Ästhe-

---

die bestehende ästhetische Exklusion dem Recht zumeist verborgen bleibe, S. 1991.

31 Dies zeigt etwa die Diskussion darüber, wie Kunst für staatliche Gebäude ausgewählt werden sollte, vgl. *Resnik*, Representing (Fn. 14), S. 183. Auf die feministische Kritik an rechtlicher Ästhetik hinweisend *Shaw*, Aesthetics (Fn. 7), S. 87. Darauf hinweisend, dass Ästhetik nie völlig neutral zu sein vermöge, *Schürmann*, Ästhetik (Fn. 1), S. 4.

32 BVerwG NJW 1990, 2266 (2267); BVerfG NJW 1991, 1477 (1477); BVerwGE 125, 85 (91 ff.); BVerwG NJW 2018, 1185 (1189).

33 BayVGH NZA-RR 2019, 223 (225); BVerwG NJW 2018, 1185 (1189); BVerwGE 125, 85 (92 f.).

34 Ausführlich diese Ablehnung darlegend *Schlag*, Aesthetics (Fn. 8), (1047 ff.). Die Hintergründe hiervon habe ich mit Blick auf die Kritik an Metaphern im Recht aufgearbeitet, vgl. *L. Münkler*, Metaphern im Recht. Zur Bedeutung organischer Vorstellungen von Staat und Recht, Der Staat 2, 2016, S. 181.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

tik zu Tage.[35] Hierüber hinausgehend finden sich indes noch weitere Überschneidungen: Eine gewisse Entsprechung zwischen den zentralen ästhetischen Ansprüchen des Bauhauses, die etwa in der Betonung der Zweckmäßigkeit einer bestimmten gradlinigen, auf Grundformen sowie -farben reduzierten, geometrisch geordneten Ästhetik zum Ausdruck kommen,[36] mit denen des Rechts wird deutlich, betrachtet man die Beschreibung der Funktionsweise von Recht sowie die Ästhetik von Gerichten, deren Sitzformation bzw. der Robe. Hintergrund hiervon ist im Bauhaus – wie letztlich auch im Recht –, dass hierdurch das Individuelle der Einheit der großen, einfachen Darstellungsformen unterzuordnen gesucht wird.[37] Die Reduktion des Schönen auf das Nützliche im Sinne von „form follows function" erscheint dem Recht ebenfalls als an verschiedenen Stellen eingeschrieben.[38] Bereits sprachlich zeigt sich eine Verdrängung der Individualität insofern, als die Ichform als Rezeptionshindernis für Rechtsaussagen erscheint und folglich in dogmatischen Ausführungen de facto nicht auftaucht.[39] Die Fokussierung auf den Rechtstext anstatt die Aufführung vor Gericht sowohl in der juristischen Ausbildung als auch der gerichtlichen Praxis wie auch die Verdrängung des Bildes durch Buchstaben lässt sich ebenfalls als Versuch der Zurückdrängung von Subjektivität und Dekorati-

35 Zur Ablehnung der Ästhetik durch die Mitglieder des Bauhauses, s. *M. Droste,* Bauhaus, 1919-1933: Reform und Avantgarde, Köln 2019a, S. 64 f., 67; *J. Fiedler,* Vorwort, in: J. Fiedler/P. Feierabend (Hrsg.), Bauhaus, Potsdam 2016, S. 8 (8), welche auf den Versuch der Errichtung moderner Gebäude „befreit vom Ausstattungsplunder der Kaiserzeit" hinweist. Zur Betonung der Funktionalität statt des Dekors im Bauhaus *M. Droste,* Bauhaus 1919-1933, Köln 2019b, S. 10; *B. Friedewald,* Bauhaus, München 2016, S. 43, 56. In Bezug auf das Recht *Schlag*, Aesthetics (Fn. 8), S. 1050 f.

36 Vgl. *Droste*, Avantgarde (Fn. 35), S. 32, 55; *Droste*, Bauhaus (Fn. 35), S. 120; *H. Engels/A. Tilch,* Bauhaus-Architektur 1919-1933, München 2018, S. 12.

37 *A. Haus,* Bauhaus – geschichtlich, in: J. Fiedler/P. Feierabend, Bauhaus (Fn. 35), S. 14, 17 f., unter Verweis auf Gropius, der die Sehnsucht nach Einheit herausstellt.

38 Vgl. *Dahlberg*, Visualising (Fn. 23), S. 2, der zwar auf die divergierende Ästhetik von Gerichten wie auch deren Saalanordnung hinweist, indes einen gemeinsamen Nenner in deren Funktionalität sieht.

39 Vgl. *I. Augsberg,* Die Lesbarkeit des Rechts, Weilerswist 2009, S. 44 f.; *A. Lobenstein-Reichmann,* Die Metapher im Recht – ein linguistischer Versuch, in: A. Deutsch (Hrsg.), Historische Rechtssprache des Deutschen, Heidelberg 2013, S. 381 (400); *Boehme-Neßler*, Inszeniert (Fn. 23), S. 191 f.; *P. Feyerabend,* Experts in a free society, in: P. Feyerabend, Knowledge, Science and Relativism, Cambridge: Cambridge University Press 1999, S. 112 (115); *Münkler*, Inszenierung (Fn. 1), S. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

vem im Recht rekonstruieren.[40] Die Betonung einer klaren Logik und Ableitbarkeit von Rechtsaussagen aus generellen Regeln unter Sublimation des Individuellen, Partikularen und Unvergleichbaren lässt im Recht ästhetische Aspekte als unnütz und sogar problematisch erscheinen.[41] Schließlich geht es dem Recht gerade um Vergleichbarkeit. Insofern zeigt sich sogar eine prinzipielle Parallele zwischen der Theorie moderner Kunst und der Rechtstheorie.[42] Eine weitere Korrelation deutet sich in der Vorliebe für symmetrische, geometrische Figurationen an, die sich im Recht etwa in der Konditionalstruktur von Rechtssätzen wie auch der Vorstellung einer Entsprechung im Rahmen der Subsumtion der relevanten „Wirklichkeit" unter das Recht niederschlägt.[43] Die Vorliebe für Glas sowohl im Bauhaus als auch bei staatlichen Gebäuden – vor allem Parlamenten und Gerichten –, mit welchem Transparenz und Öffentlichkeit symbolisiert werden soll,[44] erscheint, obgleich gerade im Falle von Gerichten nicht stringent durchgehalten, ebenfalls als Nähe zwischen der Ästhetik des Bauhauses und des Rechts.[45]

Diese ästhetischen Ähnlichkeiten dürften vorrangig auf gewisse gemeinsame wissenschaftstheoretische Vorannahmen zurückzuführen sein, was einerseits die wissenschaftstheoretisch generell auffällige Neigung, Schönheit mit Exaktheit, Einfachheit, Natürlichkeit und Wahrheit zu identifizieren,[46] nahelegt, worauf andererseits indes ebenfalls der Einfluss des Wiener

---

40 *Goodrich*, Emblems (Fn. 4), S. 8 ff.; *Goodrich*, Specters (Fn. 4), S. 812; *Douzinas/Nead*, Law (Fn. 5), S. 8; *Schild*, Körperlichkeit (Fn. 5), S. 131. Darauf hinweisend, dass einhergehend mit der Zurückdrängung von Bildlichkeit und Emblemen die nüchterne in gedecktem schwarz und weiß gehaltene richterliche Robe Einzug hielt *Jay*, Justice (Fn. 7), S. 24.

41 *Douzinas/Nead*, Law (Fn. 5), S. 2 f.

42 *Douzinas/Nead*, Law (Fn. 5), S. 4.

43 Vgl. *Jay*, Justice (Fn. 7), S. 25 f.

44 Vgl. *C. Behrmann,* Gericht aus Glas. Transparenz als Mythos normativer Konstitution, in: L. Münkler/J. Stenzel (Hrsg.), Inszenierung (Fn. 1), S. 74, (74 ff.).

45 Auf die in einer bestimmten Phase intensive, sodann indes verebbte Rezeption des Bauhausstils in Deutschland hinweisend *P. Betts,* Bauhaus in der Bundesrepublik Deutschland – eine akzeptierte Hinterlassenschaft aus Weimar, in: J. Fiedler/P. Feierabend, Bauhaus (Fn. 35), S. 50 (55). *D. Damler,* Sichtbarkeit und Unsichtbarkeit im Recht des 20. Jahrhunderts, in: L. Münkler/J. Stenzel (Hrsg.), Inszenierung (Fn. 1), S. 95 (112), arbeitet hierüber hinausgehend heraus, dass sich diese sogar teils in rechtlichen Figuren niedergeschlagen hat.

46 *Damler*, Rechtsästhetik (Fn. 9), S. 197.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Kreises auf das Bauhaus einen Hinweis bietet.[47] Es finden sich jedoch noch weitere Gründe, die erklären, weshalb gewisse Parallelen zwischen Bauhaus- und Rechtsästhetik bestehen und die die These eines gemeinsamen ästhetischen Anspruchs plausibel machen. Eine weitere Ursache der bestehenden Ähnlichkeiten dürfte etwa in dem vom Bauhaus betonten Versuch liegen, eine Identität von Form und Inhalt zu erzielen,[48] welche vor allem mittels einer Zurücknahme bestimmter stilistischer Mittel, dem Weglassen jeglicher ornamentalen Formen, zu erreichen gesucht wird. Des Weiteren einen das Recht und das Bauhaus eine gemeinsame Zielsetzung: Beide suchen das Individuum zu prägen und die Gesellschaft zu gestalten.[49] Die hieraus im Bauhaus explizit gezogenen ästhetischen Konsequenzen könnten daher ebenfalls bestimmte ästhetische Eigenheiten des Rechts erklären. Insbesondere die Betonung der funktionalen Aspekte von Ästhetik sowie der notwendigen Volksnähe statt des individuellen Luxus im Bauhaus[50] mit ihren entsprechenden stilistischen Konsequenzen scheinen insoweit im Recht ihre Entsprechung zu finden. Die Ablehnung einer sozial-biologischen Orientierung zugunsten eines Technizismus in der Formensprache des Bauhauses, zeigt sich neben den bereits genannten Formen ebenfalls in maschinellen Beschreibungen der Funktionsweise von Recht.[51] Die Rationalisierung ist der Ästhetik des Bauhauses tief eingeschrieben und soll insbesondere durch Formalisierung, Typisierung und Standardisierung erreicht werden.[52] Ferner ist aufgrund der angestrebten seriellen Produktion der Stil des Bauhauses auf besondere Gleichförmigkeit ausgerichtet.[53] Blickt man auf das Recht und seine Beschreibung mit Hilfe der Dogmatik wie auch die der Dogmatik zugeschriebenen Aufgaben findet sich in Bezug hierauf ebenfalls eine weitere interessante Entsprechung, denn als Aufgabe der Dogmatik wird gerade die Sicherung von Gleichförmigkeit mittels Standardisierung und Formalisierung betrachtet.[54] Selbst zu der dem

47 Näher zum Verhältnis von Bauhaus und Wiener Kreis *P. Galison*, Aufbau/Bauhaus, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 4, 1995, S. 653 (653 ff.). Vgl. ebenso *Droste*, Avantgarde (Fn. 35), S. 70.
48 Vgl. *Haus*, Bauhaus (Fn. 37), S. 16.
49 *Droste*, Avantgarde (Fn. 35), S. 25, 64.
50 *Droste*, Avantgarde (Fn. 35), S. 79.
51 *S. Smid*, Recht und Staat als „Maschine", Der Staat 27, 1988, S. 325 (325, 329 ff.).
52 *Droste*, Avantgarde (Fn. 35), S. 7, 10 f., 31, 71.
53 *Friedewald*, Bauhaus (Fn. 35), S. 61.
54 Vgl. etwa *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Dordrecht 2006, S. 4 f.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Bauhaus eigenen Fusion von Kunst und Handwerk bzw. Technik[55] mit ihren entsprechenden ästhetischen Folgen findet sich hinsichtlich der Rechtsdogmatik ein Pendant: Schließlich changiert gerade die Beschreibung der sich ästhetischen Erwägungen versperrenden Rechtsdogmatik in der Rechtswissenschaft ebenfalls zwischen Kunst und Technik – ist letztendlich beides zugleich.[56] Die unpersönliche, kühle, technische Ausstrahlung der vom Bauhaus gewählten Ästhetik[57] ist daher letzten Endes genau jene Wirkung, die man im Recht zu erreichen bestrebt ist. Daher verwundert es nicht, dass zwischen dem Bauhaus und Recht gewisse ästhetische Ähnlichkeiten hervortreten.

IV. Reduzierte Ästhetik als Voraussetzung der Durchdringung von Lebenswelten?

Dass diese Parallelen zwischen dem Bauhaus und Recht rein zufällig sind, erscheint unwahrscheinlich. Hauptsächlich dürften sie sich zwar darauf zurückführen lassen, dass die Moderne eine gemeinsame Grundidee sowie ein einheitliches ästhetisches Grundverständnis prägt, welches sowohl vom Bauhaus als auch dem Recht aufgegriffen wurde.[58] Hierneben erscheint es jedoch ebenfalls als einleuchtend, dass vergleichbare ästhetische Mechanismen zum Einsatz gelangen, weil das Bauhaus mit dem Recht eine gemeinsame Zielsetzung verbindet: Schließlich trat das Bauhaus ausdrücklich damit an, Lebenswelten durchdringen und die Gesellschaft wie auch Lebenswirklichkeit gestalten zu wollen.[59] Um dies zu erreichen und ästhetische Einheit stiften zu können, sollte im Wege des am Bauhaus praktizierten Stils explizit mit der Vorherrschaft des Individuums gebrochen werden.[60] Das ästhetisch Individuelle sollte zugunsten von Einheitlichkeit zurücktre-

---

55 *Friedewald*, Bauhaus (Fn. 35), S. 43 und *Droste*, Avantgarde (Fn. 35), S. 13 ff. weisen darauf hin, dass im Verlauf Handwerk durch Technik ersetzt wurde.

56 *I. Augsberg,* Lob der Dogmatik, rescriptum 1, 2014, S. 63 (66); *B. Zabel,* Die Kunst des Strafrechts, BRJ 1, 2018, S. 74 (74 f.); *M. Auer,* Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005, S. 71.

57 *Droste*, Avantgarde (Fn. 35), S. 33; *Friedewald*, Bauhaus (Fn. 35), S. 58.

58 *N. Colin,* Bauhaus philosophisch – Kulturkritik und soziale Utopie, in: J. Fiedler/P. Feierabend, Bauhaus, (Fn. 35), S. 22 (22 ff.).

59 *Droste*, Bauhaus (Fn. 35), S. 10; *Droste*, Avantgarde (Fn. 35), S. 64; *Friedewald*, Bauhaus (Fn. 35), S. 58.

60 Besonders deutlich *T. van Doesburg,* Der Wille zum Stil, in: T. van Doesburg, Theo van Doesburg, 1883-1931, Eindhoven 1968, S. 46 (46), der dem Bauhaus na-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ten, da man nur so meinte, kollektive Lösungen finden zu können.[61] Statt der Betonung des Individuellen setzte demnach das Bauhaus – seinen Vorläufern entsprechend – darauf, die ästhetischen und funktionellen Bedürfnisse der anonymen Massengesellschaft aufzugreifen.[62] Das Bauhaus versuchte demnach, unter Ausgleich von antagonistischen politischen Interessen eine ästhetische Einheit zu erzielen und hierdurch eine solidarische Gemeinschaft zu erschaffen.[63] Gerade diese Funktion wird der Ästhetik des Rechts ebenfalls zugeschrieben: Sie soll als Surrogat für einen inhaltlichen Konsens herhalten.[64] Betrachtet man die Gründe für die Ablehnung von Ästhetik im Recht, dass hierdurch Pluralismus statt Einheit offenbart werde und Offenheit statt Geschlossenheit präsentiert,[65] liegt es angesichts der Unhintergehbarkeit von Ästhetik nahe,[66] dass die Verwendung einer einheitlichen, reduzierten, dem Bauhaus ähnlichen Ästhetik im Recht sinnvoll ist.

V. *Bedarf das Recht einer „rationalen" bzw. „neutralen" oder einer repräsentativ-inklusiven Ästhetik?*

Bedarf das Recht folglich einer rationalen bzw. neutralen Ästhetik, des Überstreifens einer schwarzen Robe, des Versteckens der Individualität jedes am Rechtssystem Beteiligten, einer klaren rechtlichen Terminologie unter Aussparung von Metaphern wie auch eines ansonsten Objektivität sowie Neutralität suggerierenden Sprachstils unter Tilgung der Ichform? Oder muss die rechtliche Ästhetik doch stärker repräsentativen und inklusiven Ansprüchen genügen? Und wäre in Bezug hierauf zwischen verschiedenen Institutionen wie auch Formationen zu unterscheiden, je nachdem, ob das Recht bzw. der Staat bei der Ausübung von Hoheitsgewalt durch eine oder mehrere Personen repräsentiert wird? Während die Unmöglichkeit ästhetischer Repräsentativität in personam womöglich dazu führen mag, dass in bestimmten Konstellationen die Forderung nach einer als ra-

---

he stand; *Droste* (Fn. 35), S. 108. Auf die erzieherische Dimension des Bauhauses hinweisend *Haus*, Bauhaus (Fn. 37), S. 19.

61 Vgl. *Friedewald*, Bauhaus (Fn. 35), S. 62; *Droste* (Fn. 35), S. 108.

62 *Haus*, Bauhaus (Fn. 37), S. 15 f.

63 *J. H. Ulbricht,* Bauhaus und Weimarer Republik – politische und kulturelle Hegemoniekämpfe, in: J. Fiedler/P. Feierabend, Bauhaus, (Fn. 35), S. 26 (28 f.).

64 *Damler*, Rechtsästhetik (Fn. 9), S. 208.

65 *Douzinas/Nead*, Law (Fn. 5), S. 3.

66 Vgl. *Schlag*, Aesthetics (Fn. 8), S. 1049; *Schürmann*, Ästhetik (Fn. 1), S. 2 f.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

tional bzw. neutral angesehenen Ästhetik eine Berechtigung hat, greifen die hierhinter stehenden Erwägungen jedenfalls im Falle von Kollegialgremien nicht in gleicher Weise. Die ästhetische Repräsentation gesellschaftlicher Vielgestaltigkeit muss, sofern Recht nicht durch eine, sondern mehrere Personen repräsentiert wird, nicht zwingend auf Neutralität zurückgefahren werden. Die allenfalls partiell gelingende Suggestion, Pluralität sei ästhetisch am sinnvollsten mit einem bestimmten formellen Stil zu assoziieren, überzeugt jedenfalls unter diesen Umständen nicht mehr.[67] Stattdessen kann – jedenfalls aus rechtstheoretischer Sicht – eine Widerspiegelung pluraler ästhetischer Vorstellungen hier durchaus ermöglicht werden, ohne die Funktionsfähigkeit des Rechts oder seiner Institutionen zu beeinträchtigen.

1. Die Gestaltung des rechtlichen Antlitzes

Damit Amtsträger ihrer Repräsentationsfunktion sowie Neutralitätsfunktion nachzukommen vermögen, wird ihr äußeres Erscheinungsbild zur Wahrung dessen Einheitlichkeit und Neutralität rechtlich geregelt. Dabei wird nicht lediglich das Tragen von Dienstkleidung vorgeschrieben, sondern vielmehr durch Regelungen über das Tragen von Schmuck, Haarlänge, Tätowierungen und religiöser Symbole fast das gesamte äußerliche Erscheinungsbild von Staatsbediensteten reglementiert.[68] Dies zeigt, dass im Rahmen des individuellen, stilisierten Erscheinungsbildes von Staatsbediensteten der Widerstreit zwischen Staat bzw. Recht und Individuum ästhetisch zum Vorschein tritt und rechtlich verarbeitet wird.[69] Schließlich dienen die Vorgaben ausdrücklich dazu, in ästhetischer Hinsicht zu gewährleisten, dass die Individualität der Staatsbediensteten während ihrer Tätigkeit hinter das Amt zurücktritt und daher die Handlungen, obzwar

---

67 Insofern erscheint die Diskussion um eine Kleiderordnung von Parlamenten und die „Würde" der Institution, aus welcher sogar ein Redeverbot bei „unsachgemäßer Bekleidung" hergeleitet wurde, als problematisch, vgl. hierzu etwa J. Schmitt-Tegge, Dresscodes für Abgeordnete. Kleider machen Politik, Stern, 23.6.2012: https://mobil.stern.de/politik/deutschland/dresscodes-fuer-abgeordnete-kleider-machen-politik-3418006.html (zuletzt aufgerufen am 21.3.2020).

68 Siehe hierzu etwa Art. 11 BayRiStAG; BVerfG NJW 1991, 1477; BVerwG NVwZ-RR 2007, 781; BVerwG NJW 2018, 1185 (1189); BVerwGE 125, 85 (90 f.). Vor diesem Hintergrund von der „Charakterlosigkeit" von Polizisten sprechend *T. Masuch,* Der charakterlose Polizist, DÖV 2018, S. 697 (697, 708).

69 *G. Watt,* Law Suits: Clothing as the Image of Law, in: L. Dahlberg (Hrsg.), Visualizing (Fn. 23), S. 23 (39).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

von einem Subjekt ausgehend, als neutral wahrgenommen werden.[70] Dem Überdecken der Kleidung durch die Robe sowie dem Fehlen individuell gewählter besonderer Merkmale wird demnach rechtlich zugeschrieben, einen gewissen Grad an Unpersönlichkeit zu erzeugen und hierdurch Distanz herzustellen.[71] Besonders deutlich tritt diese Annahme im Rahmen der Auseinandersetzung über die Vereinbarkeit der Sichtbarkeit von Tätowierungen mit der Amtsfunktion, konkret dem Polizeivollzugsdienst, zu Tage, weil Tätowierungen als besondere Form der Individualität, die über die Kleiderwahl hinausgeht, angesehen werden.[72] Ebenso lässt sich die Kontroverse über das Verbot des Tragens von Kopftüchern im Richteramt bzw. Referendariat in bestimmter Hinsicht als Disput darüber rekonstruieren, inwieweit die Individualität jedes am Rechtssystem Beteiligten gegenüber der ästhetischen „Neutralität" von Recht zurückzustehen hat.[73]

2. *Der Anschein von Neutralität als rechtstheoretische Voraussetzung der Wirksamkeit von Recht?*

Inwieweit eine in einem bestimmten Rechtskreis historisch bedingt allgemein als neutral angesehene Ästhetik demnach als rechtstheoretische Voraussetzung für die Wirksamkeit von Recht betrachtet werden kann, ist bislang vornehmlich im amerikanischen Rechtsraum mit Blick auf die richterliche Robe diskutiert worden. In Bezug hierauf ist deutlich geworden, dass der Robe sehr unterschiedliche Wirkungen zugesprochen werden: Einerseits ein Mystizismus sowie eine abträgliche Enthumanisierung des Rechts, welche dazu führe, dass eine Distanz des Rechts zu den Bürgern geschaffen werde, die einem demokratischen Verständnis nicht entspreche.[74] Andererseits wird die Robe als Symbol einer Rollenerwartung mit welcher Neutralität und Legitimität einhergehe betrachtet, wobei die Robe signalisiere, dass die Individualität des Trägers hinter seine Rolle zurück-

70 Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2007, 781 (783); OVG NRW, Beschluss v. 28.5.2014, – 6 B 523/14 -, juris Rn. 5, 8. Die historischen Hintergründe der Anordnung von Roben, insbesondere deren konkrete, zurückgenommene, einheitliche Gestaltung, siehe hierzu die Allgemeinverfügung des Justizministers vom 12. Juli 1879 (JMBl. S. 172, 204), verweisen ebenfalls darauf, dass das Verhältnis von Gesetzgebung zu Gesetzesanwendung hierdurch ästhetisch zum Ausdruck gebracht werden soll.

71 *Goodrich*, Emblems (Fn. 4), S. 2.

72 Vgl. *Watt*, Suits (Fn. 69), S. 25.

73 So ebenfalls *Watt*, Suits (Fn. 69), S. 39 f.

74 *J. Frank,* Courts on trial, Princeton, N.J 1949, S. 254 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

trete.[75] Teils wird sogar dem Akt des Überstreifens der Robe eine Bewusstmachung der Amtsfunktion zugeschrieben.[76] Auf den amerikanischen Rechtskreis bezogene empirische Versuche zeigen etwa, dass einem Verfahren eine höhere Legitimität zugesprochen wird, sofern der Richter in Robe anstatt mit regulärer Kleidung das Verfahren führt.[77] Die positive Reaktion auf das gerichtliche Zeremoniell, die spezifische Architektur sowie die mit der Robe stilisierte Einheitlichkeit und Gleichgesinntheit der Richterschaft werden daher als für die Wirkung des Rechts maßgeblich erachtet.[78] Grund hierfür ist, dass mit der Robe Richterinnen nicht mehr als Personen, sondern als Amtsträgerinnen wahrgenommen werden. Eine Betonung der Individualität soll somit verhindert werden.[79] Die Hintanstellung von Identität und gleichzeitig individueller Überzeugung wird hierdurch ästhetisch inszeniert.[80] Dies bewirkt zugleich einen gewissen ästhetischen Konfrontationsschutz.[81] Hauptsächlich geht es jedoch darum, die Konformität der Rechtsdurchsetzung ästhetisch zu stilisieren.

VI. Der doppelte Anspruch rechtlicher Ästhetik als Grund für ästhetische Widersprüche des Rechts

Betrachtet man die verschiedenen ästhetischen Eigenheiten des Rechts zeigt sich an mehreren Stellen indes, dass – insoweit ergibt sich eine weitere Parallele zur Bauhaus-Ästhetik – tiefgreifende Widersprüche bestehen:[82] Dass überhaupt Metaphern genutzt werden, um Vorstellungen zu prägen

---

75 *R. A. Kessler,* The Psychological Effects of The Judicial Robe, American Imago 1, 1962, S. 35 (39); *O. G. Chase/J. Thong,* Judging Judges: The Effect of Courtroom Ceremony on Participant Evaluation of Process Fairness-Related Factors, Yale Journal of Law & the Humanities 1, 2012, S. 221 (226).

76 *Kessler*, Robe (Fn. 75), S. 49 ff., der hierüber hinausgehend noch verschiedene andere symbolische Erwägungen hinsichtlich der Robe – als Symbol von Männlichkeit und Macht bzw. des Mutterleibs und Vertrauens – anstellt.

77 *Kessler*, Robe (Fn. 75), S. 38 ff.; *W. B. Kennedy,* The Cult of the Robe: A Dissent, Fordham Law Review 1945, S. 192 (194 f.); *Chase/Thong*, Judges (Fn. 75), S. 228 ff.

78 *Goodrich*, Emblems (Fn. 4), S. 1 f.; *Watt*, Suits (Fn. 69), S. 29 ff. Kritisch hierzu *Frank*, Courts (Fn. 74), S. 254 ff., der die Robe für antiquiert erachtet, kritisch hierzu wiederum *Kennedy*, Cult (Fn. 77.), S. 194 ff.

79 BVerwGE 125, 85 (91 f.); *A. Reus/P. Mühlhausen*, Anmerkung, NJW 2017, 2337 (2337). Kritisch hierzu *Masuch*, Polizist (Fn. 68), S. 709.

80 BVerwG NJW 2018, 1185 (1188 f.); BVerwGE 125, 85 (91).

81 BVerfGE 93, 1 (15 f.); 138, 297 (336); BVerfG NJW 2017, 2333.

82 *Douzinas/Nead*, Law (Fn. 5), S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

und das Recht zugänglich zu machen, widerspricht der Vorstellung von der Eindeutigkeit und Klarheit der Rechtssprache.[83] Ferner irritiert, dass bei der Beschreibung von Recht organische sowie mechanische Metaphern nebeneinander Verwendung finden, obgleich hiermit ausdrücklich divergente Verständnisvarianten der Funktionsweise von Recht zum Ausdruck gebracht werden.[84] Auch die architektonische Stilisierung von Gerichtsgebäuden weist mit ihrer partiellen Offenheit, gleichzeitig jedoch Schließung, welche sowohl in fehlenden Lobbys und Wartebereichen sowie der Undurchdringlichkeit vieler Gerichtsgebäude zur Geltung kommt als auch rituell mit dem Auf- und Abgang der Richter deutlich wird,[85] Gegensätze auf. Das sehende Auge des Gesetzes, die gleichzeitig jedoch blinde Justitia machen diesen im Recht prinzipiell angelegten Widerspruch in besonderer Weise sichtbar. [86]

Dass Recht darauf angewiesen ist, ästhetisch zu wirken, zeigt sich etwa daran, dass Gerichtsverfahren nur teils schriftlich geführt, Recht weitgehend indes öffentlich im Rahmen eines stilisierten Verfahrens durchgesetzt wird.[87] Hierüber hinaus macht auch die teils explizite Zurschaustellung inszenatorischer Anteile des Rechts, ihr gegenläufig weitgehendes Verdecken in anderen Bereichen deutlich,[88] dass Recht divergente Ästhetiken nutzen muss, um seine Funktion erfüllen zu können. Dieser bestehenden ästhetischen Widersprüche bedarf es, weil Recht verschiedene Spannungsverhältnisse ästhetisch verarbeiten muss: Erstens muss es an allgemeinen ästhetischen Vorstellungen anknüpfen, um wirksam zu sein. Zweitens hat es als demokratisches Recht ästhetische Heterogenität zuzulassen und muss somit eine plurale, indes zugleich zurückgenommene Ästhetik pflegen.[89] Zugleich soll es drittens ebenfalls eine Identifikation ermögli-

---

83 Vgl. *Münkler*, Metaphern (Fn. 34), S. 205 ff.

84 Vgl. *Münkler*, Metaphern (Fn. 34), S. 193 f.

85 Vgl. hinsichtlich der Architektur *Resnik*, Representing (Fn. 14), S. 341 f.; *Dahlberg*, Visualising (Fn. 23), S. 1 f.; zum Auf- und Abgang der Richter *Müller-Mall*, Szenen (Fn. 15), S. 46 ff.

86 Zu den Hintergründen und Konnotationen der Blindheit von Justitia siehe *Jay*, Justice (Fn. 7), S. 19 ff.

87 *Douzinas/Nead*, Law (Fn. 5), S. 8.

88 *L. Münkler/J. Stenzel*, Einleitung, in: L. Münkler/J. Stenzel (Hrsg.), Inszenierung (Fn. 1), S. 8 (12 f.); *Münkler*, Inszenierung (Fn. 1), S. 31 ff.

89 Vgl. *C. Lefort*, Die Frage der Demokratie, in: U. Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, Frankfurt a. M. 1990, S. 281 (293), der neben der Nichtdarstellbarkeit betont, dass kein Individuum und keine Gruppe den Ort der Macht in einer Demokratie zu besetzen vermöge. Dies ästhetisch deutend *J. Rebentisch*, Die Kunst der Freiheit, Berlin 2012, S. 329 f.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

chen, um nicht als fremd, sondern eigen – im Sinne von selbst gesetzt – wahrgenommen zu werden. Viertens muss es die Spannung zwischen Gerechtigkeit durch die Abstraktizität und Generalität von Recht auf der einen Seite, die gleichzeitige jedoch bestehende Notwendigkeit der Wahrnehmung des Individuellen verarbeiten. Ebenso wie das Bauhaus verfügt das Recht daher nicht über eine ungebrochene Ästhetik. Vor diesem Hintergrund lässt sich indes erwägen, ob nicht grundsätzlich doch mehr Raum für plurale ästhetische Vorstellungen im Recht geschaffen werden könnte. Hierzu bedürfte die Rechtsästhetik indes einer stärkeren empirischen Fundierung.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Darstellen als Problem der Gerechtigkeit

Eva Schürmann

Kurzzusammenfassung

Der Beitrag entfaltet die These, dass juristisch zu beurteilende Sachverhalte im Wesentlichen von den Formen abhängen, die ihnen mittels einer Vielzahl von Darstellungs-Medien, -Techniken und -Tätigkeiten gegeben werden, in gerechtigkeitstheoretischer Hinsicht. In einem Verfahren wird notwendig nur über ausschnitthafte Wahrnehmungsperspektiven und Auslegungsfragen geurteilt, weil das Dargestellte nicht mit einem an und für sich gegebenen, formlosen Material verglichen werden kann. Die Frage, ob oder wie eine Darstellung ihrem Gegenstand gerecht *wird, oder ihn verkürzt, verfälscht oder missdeutet, erweist sich dadurch als Kernproblem jeder Urteilsbildung. In Abschnitt 2 wird am Fall der Geschichtsschreibung erläutert, warum jede Darstellung einen zwar unbestimmten, aber maßgeblichen Gerechtigkeitsbezug aufweist. Abschnitt 3 zeigt mit Hilfe eines paradigmatischen Gerichtsfilmes, dass ein Urteil umso gerechter ausfällt, je genauer und kritischer einzelne Darstellungen untereinander abgeglichen werden. Abschnitt 4 unterzieht den zurückgelegten Gang der exemplifizierenden Argumentation einem Resümee, indem die Verschränkung von Besonderem und Allgemeinem in der reflektierten ästhetischen Erfahrung nachgezeichnet wird. Urteilskompetenz erweist sich darin als Vermögen der Unterscheidung von Darstellung und Vorstellung sowie von Form und Formiertem.*

Die Leitfrage dieses Bandes, welchen konstruktiven Beitrag die Rechtsästhetik zur rechtsphilosophischen Selbstverständigung der Akteure des Rechts leisten kann, wird im Folgenden auf dem Wege einer Darstellungstheorie[1] beantwortet. Unter Darstellen verstehe ich eine Formgebungs- und Vermittlungsleistung von konstitutiver Tragweite. Deren Resultate sind die schriftlich und mündlich, aber auch bildlich und körperlich präsentierten Berichte und Plädoyers, Zeugenaussagen und Aktenmaterialien, die dem Dargestellten jeweils nur mehr oder weniger, aber aus prinzipiel-

1 Die ich in einer Monographie ausführlich entfaltet habe: *E. Schürmann*, Vorstellen und Darstellen. Szenen einer medienanthropologischen Theorie des Geistes, Paderborn 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

len Gründen nie ganz gerecht werden können. Diese Problematik wird zunächst mit einem Exkurs in eine nicht-juristische und nicht-ästhetische Darstellungspraxis entfaltet, nämlich anhand der Geschichtsschreibung. Danach wird mit Rekurs auf einen exemplarischen Kinoklassiker die Gerechtigkeitsproblematik von Zeugendarstellungen und Urteilsbildungsprozessen erläutert, womit ich zugleich vorführen werde, welche Klärungsgewinne durch eine solche exemplifizierende Argumentation erzielt werden. Es wird sich zeigen, dass der Gerechtigkeitsanspruch ein Kriterium zur kritischen Unterscheidung von besseren und schlechteren Darstellungen bereithält. Mittels ästhetischer Urteilskompetenzen können die Prozesse darstellerischer Formgebung besser durchschaut werden.

I. Das Recht als Frage der Darstellung

Ausgangsbefund der hier vorgestellten Überlegungen ist die Annahme, dass die hermeneutische Verfassung des Rechts nicht ausschließlich auf seinem sprachlichen bzw. rhetorischen Zuschnitt beruht. Denn es sind keineswegs nur Sprache und Texte, durch die Rechtsangelegenheiten sich darlegen und verhandelt werden. Vielmehr sind es in einem umfassenderen Sinne *mediale* Darstellungstätigkeiten, die die Rechtspraxis prägen, nämlich Bildmedien, soziale und technische Medien, aber auch performative Vollzüge wie etwa das Erscheinen eines Zeugen vor Gericht, die Wahrnehmung seiner Erscheinung aus unterschiedlichen Perspektiven, etc. Solche Formen bildlicher und aisthetischer Vermittlung werden jedoch in der traditionellen Rechtstheorie gegenüber dem Primat des Rhetorikparadigmas vernachlässigt.

Wann immer wer immer etwas darlegt, erörtert oder sichtbar macht – er benutzt dazu Medien und Techniken der Präsentation und Repräsentation. Unter den bildlichen Dimensionen des Darlegens und Präsentierens von Rechtsfällen zur Urteilsbildung sind nicht nur konkrete Bilder zu verstehen, wie etwa fotografiertes Beweismaterial, Überwachungskameraaufnahmen oder dergleichen. Vielmehr beginnt ein Prozess bereits damit, dass ein Jurist sich in einem buchstäblichen (nicht nur metaphorischen) Sinn ein Bild macht, indem jemand sich und sein Problem ihm vorstellt, und er Wahrnehmungseindrücke sammelt und zusammenfügt. Hierbei spielen das körperliche Erscheinungsbild und habituelle Auftreten eines Klägers oder einer Beklagten eine wirksame Rolle, und zwar in jeder Phase eines juristischen Verfahrens, vom ersten Beratungsgespräch in der Kanzlei bis zur eidesstattlichen Aussage vor Gericht oder dem Schlussplädoyer der Staatsanwältin. Sie alle stellen körperlich und performativ etwas dar, das in

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

der Wahrnehmung der anderen Beteiligten bestimmte Eindrücke erzeugt, und zusammen bilden diese Darstellungs- und Wahrnehmungstätigkeiten ein Vermittlungsgefüge, das weit über die Sprache hinausreicht. Die Sprache ist nur eines von vielen Medien in diesem Gefüge von einander potenzierenden Medien, hinzu kommen noch die konkret-empirischen Medien[2] wie etwa Fernsehberichterstattungen[3] und technisch hervorgebrachte Beweisgegenstände.

Gleichgültig, ob in der Gerichtsrede, der Aktenlektüre oder den Prozessen der Urteilsbildung – das Sprachvermittelte kommt nur wahrnehmungs-vermittelt, bild-vermittelt, performativ und technisch vermittelt vor. Der allgemeinere Nenner, auf den man diese Vermittlungsdimensionen deshalb meiner These nach bringen sollte, ist der Begriff *Darstellung*. Jemand und etwas stellt sich jemandem dar und vor, das ist die Grundoperation, die mittels Sprache und Bild, Körper und Material, Performanz und Praxis jeder sozial konditionierten, geistigen Welterschließung zugrunde liegt.

Ein Gericht, das zusammenkommt, um ein Urteil zu fällen, ist auf Darstellungen über Darstellungen angewiesen: Ereignis- und Tathergänge müssen rekonstruiert werden, indem Eindrücke gesammelt, Zeugenaussagen verglichen, Anklageschriften formuliert werden und eine Gesamtdarstellung sich zu Schlussplädoyers und Urteilsbegründungen zusammenfügt. Am Ende müssen die Darstellungen und Auslegungen zu einem Abschluss kommen, weil eine Entscheidung zu treffen ist. Zweifellos sind etwa die Entscheidungen des sog. Richterrechts rational begründet und normativ geregelt, aber den Entscheidungen voraus liegen Wahrnehmungen und Auffassungsweisen, die unter Umständen unausdrücklich mitlaufen. Insofern ist es keine metaphorische façon de parler zu sagen, dass sich ein Fall einer Richterin buchstäblich vor- und darstellt, indem ihr bestimmte Auffassungsweisen präsentiert und nahegelegt werden, während andere zurückgewiesen oder abgeblendet werden.

Unter dem Recht jedoch immer noch nur jene vornehmlich sprachliche Auslegung von Gesetzestexten und Aktenmaterial zu verstehen, verfehlt die perzeptiven, praktischen und performativen Vollzugsformen, in denen

---

2 Zu einigen anderen Formen von Medien vgl. *C. Vismann*, Medien der Rechtsprechung, Frankfurt a. M. 2011, und *T. Vesting*, Die Medien des Rechts. 4 Bände: Sprache, Schrift, Buchdruck, Computernetzwerke, Weilerswist 2011-2015.

3 Vgl. bspw. *S. Baer*, „Wie lässt sich eine Unschuldsvermutung aufrechterhalten, wenn Liveberichte auf allen Sendern suggerieren, jemand sei schuldig?“, fragt die Bundesverfassungsrichterin zu Recht in: Vom Gericht zum Tribunal?, Taz vom 16.6.2011.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

der Diskurs als ganzer sich realisiert. Der Prozess der Urteilsbildung hängt nicht einfach von gegebenen Beweislagen ab, sondern von der darstellungsvermittelten Auswertung der Beweislagen. Zwischen Urteil und Fall liegen derart zahlreiche, interagierende und interdependente Vermittlungsleistungen.

Begriffsgeschichtlich geht das deutsche Wort Darstellung auf das griechische *Mimesis*, aber auch auf das lateinische *Repraesentatio* zurück. Daraus erklären sich gleich mehrere grundsätzliche Doppeldeutigkeiten. Erstens ist das, was unter Mimesis zu verstehen ist, wie wir aus vielen Debatten um die aristotelische Poetik wissen, nicht nur eine kopistische Verdoppelung, sondern zugleich poietische Neuschöpfung. Die aristotelische Annahme bestand nicht darin, dass die Kunst die Natur einfach nur nachahme, sondern es vielmehr so mache „wie die Natur", nämlich etwas produktiv hervorbringen. Mimesis bringt etwas hervor, was es ohne sie nicht oder nur anders gäbe. Darin besteht ein unleugbar konstruktives Moment jeder Darstellung, auch wenn ihre abbildlichen, re-konstruktiven Momente damit nicht bestritten werden müssen.

Zweitens aber kommt eine weitere begriffliche Doppeldeutigkeit dadurch hinzu, dass mit dem Begriff Repraesentatio gleichermaßen eine *mentale* Vorstellung im Sinne einer Auffassungsweise, als auch eine *medial* artikulierte Darstellung im Sinne einer äußerlich wahrnehmbaren Schilderung bezeichnet werden kann.[4] Ein systematischer Grund für diese Ambiguitäten von inner-mentalem und externalisiertem-medialem Repräsentieren besteht darin, dass Darstellungen gleichsam in der Vorstellung, die jemand sich macht, beginnen. Erst in der Entäußerung dieser Vorstellung in einem für andere wahrnehmbaren Medium wie einem Text, einem Bild oder einem Narrativ werden Vorstellungen intersubjektiv wahrnehmbar.

Darstellungen bilden also nicht einfach nur gegebene Sachverhalte ab, sondern artikulieren bestimmte Auffassungsweisen des Dargestellten, indem sie notwendig nur perspektivische Ausschnitte thematisieren. Das Aspektische jeder Darstellung bedeutet, dass sie etwas-als-etwas und aus einem bestimmten Blickwinkel heraus wahrnehmbar machen. Darstellungen macht jemand von etwas, das heißt sie enthalten oder zeigen einen Aspekt des Dargestellten aus der Warte von jemandem, der es sieht oder zeigt.

All dies zusammen genommen rechtfertigt es, Darstellungen als *Formen* und *Formierungen* von Vorstellungen zu begreifen. Darstellungen geben

4 Neben der dritten Bedeutung von Repräsentation als politischer Stellvertretung, die ich hier nicht weiter verfolge.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

den sonst unausdrücklich mitlaufenden Vorstellungen eine wahrnehmbare Form, indem sie mögliche Lesarten artikulieren und dadurch neue Vorstellungen formieren. Vorstellungen – sowohl im Sinne von Ideen als auch von Bildern – sind hermeneutische Möglichkeiten, wie und als-was wir etwas auffassen sollen. Insofern stellen sie Bezüge einerseits her, zwischen denen sie andererseits zugleich vermitteln. Denn dasjenige, von dem die Darstellung Darstellung ist, gibt es nicht völlig unvermittelt und formlos. So gibt es zum Beispiel den Tathergang in der Darstellung des Angeklagten oder in der Wahrnehmung bzw. Erinnerung der Zeugin, aber nicht ‚an und für sich'.

Die Unterscheidungen Form/Inhalt bzw. Form/Stoff sind analytisch sinnvoll, aber sie bilden keine isoliert anzutreffenden Sachverhalte ab. Denn auf Sachebene liegen weder der Inhalt einer Rede noch das Material einer Beweislage neutral gegeben vor. Die Unterscheidung ist gleichwohl suggestiv, zumal wenn man sie nach dem Modell eines Klumpen Tons oder Brockens Marmor denkt, aus denen ein Bildhauer eine Plastik bzw. Skulptur formt. Doch die Analogie ist irreführend für das, was in einem Gerichtsverfahren passiert, wo ein Sachverhalt sich erst nach und nach aus einer Fülle von einzelnen Perspektivierungen zu einem beurteilbaren Gesamteindruck herauskristallisiert. In der Rede wird ein Sachverhalt zunächst als ein spezifisch zugeschnittener erzeugt, in der Wahrnehmung formiert er sich nach und nach zu einem abschließenden Urteil.

Dass wir den Inhalt einer Rede überhaupt als eine gegebene Größe von ihrer Form unterscheiden, liegt an der Grammatik unserer substantialisierenden Sprache.[5] Man verwechselt dadurch die sprachliche Operation einer *Unterscheidung* mit einem ontisch gegebenen *Unterschied*, indem man davon ausgeht, dass es das, was die Rede darstellt, nach Art von Tischen und Stühlen gibt. Doch diese Vorstellung ist zu schlicht, denn jemand bezieht sich mittels einer Darstellung auf etwas, dem er dadurch zugleich eine Form gibt. Durch diese Form wird überhaupt erst Wahrnehmbarkeit geschaffen und eine bestimmte Auffassungsweise artikuliert.

Man muss also einen spannungsreichen Begriff von Darstellen zugrunde legen, um solche operativen Unterscheidungen wie Inhalt/Form, Darstellung/Dargestelltes, Sache/Interpretation in ihrer Problematik zu erkennen. Unverkennbar handelt es sich dabei um Grundbegriffe der Ästhetik. Welcher Diskurs könnte besser geeignet sein, um sich mit der Vielschich-

---

5 Vgl. *L. Wittgenstein,* Eine philosophische Betrachtung (Das Braune Buch), in: Werkausgabe, Bd. 5, Frankfurt a. M. 1989, S. 156: „von Substantiven verleitet, glauben wir an eine Substanz".

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

tigkeit dieser grundbegrifflichen Unterscheidungen und ihrer Bedeutung für die Urteilsbildung auseinanderzusetzen als die Ästhetik? Denn wenn wir etwa verschiedene Inszenierungen ein und desselben Theaterstücks betrachten oder eine Literaturverfilmung mit ihrer Romanvorlage vergleichen, erkennen wir, dass es zwar einen Plot oder Inhalt gibt, dass diese aber zugleich erst durch die Weise, wie sie verkörpert, inszeniert und in den Blick gerückt werden, konstituiert werden. Daher sind verschiedene Literaturverfilmungen niemals untereinander völlig identisch und sowieso stets etwas anderes als die Literaturvorlage. Was hier jeweils eine bessere Darstellung von einer schlechteren unterscheidet, ist nur anhand von im Einzelnen auszuweisenden Kriterien und Maßstäben zu beurteilen. Selbst fotografische Aufnahmen dokumentieren nicht einfach nur ein objektiv Gegebenes, sondern zeigen einen bestimmten Ausschnitt aus bestimmten Perspektiven[6], ganz abgesehen von ihrer technischen Manipulierbarkeit. Daher verhält sich selbst eine Dokumentation zu einem Roman nicht automatisch wie eine Wahrheit zur Lüge, sondern allenfalls wie eine belegte Darstellung zu einer ausgedachten Darstellung.

Halten wir vorerst fest, dass es sich beim Recht um eine brisante Darstellungspraxis handelt, d.h. um eine Praxis, in der Handlungen dargestellt werden und ein Fall medial, intentional und perspektivisch aufgearbeitet wird. Es wäre mindestens Vermittlungs- und Formvergessenheit, wenn die Akteure der Rechtspraxis die Konstitutionsleistungen solchen Darstellungshandelns übersähen. Sie müssen durchschauen, auf welche Weise Darstellungen Aufmerksamkeit lenken, indem sie etwas verdeutlichen oder simplifizieren, und welche Aspekte dabei von wo aus perspektiviert werden. Die klassische juristische Methodenlehre[7] behandelt selbstverständlich die einschlägigen Richtlinien begründeten Argumentierens und Auslegens. Aber die hier vertretene Wahrnehmungs- und Darstellungstheorie setzt gewissermaßen früher an, nämlich bei den Tätigkeiten, die der Subsumtion noch voraus liegen. Die Interpretation von Gesetzestexten mag etwas sehr anderes sein als die von Romanen, aber die Wahrnehmung

6 Selbst wenn man neben dem Kameramann gestanden hätte, würde man nicht exakt dasselbe gesehen haben, was die Fotografie zeigt. Vgl. dazu: *E. Schuermann*, Erscheinen als Ereignis – zeittheoretische Überlegungen zur Fotografie, in: E. Alloa (Hrsg.), Erscheinung und Ereignis, Paderborn u.a. 2013, S. 17–38.

7 Ansätze zu einer Erweiterung der klassischen Methodenlehre zu einer ‚psychologisch-aufgeklärten' finden sich bspw. bei: *B. Lomfeld*, Emotio Juris: Skizzen zu einer psychologisch aufgeklärten Methodenlehre des Rechts, in: S. Köhler/S. Müller-Mall/F. Schmidt/S. Schnädelbach (Hrsg.), Recht Fühlen, München 2017, S. 19–32.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

von menschlichem Auftreten oder darstellerischen Strategien dürfte vor Gericht keinen gänzlich anderen Typus von Urteilskraft verlangen als im Leben oder der Kunst, denn sie beginnt mit genauem Hinsehen und -hören, geht weiter mit dem Vergleichen von Perspektiven und verlangt eine grundlegende Reflexion auf die Form. Ich werde diese Überlegungen im Abschnitt III anhand eines Filmklassikers konkretisieren können. Zunächst geht es mir darum, die Wahrnehmungs- und Darstellungsabhängigkeit sozialer Praxis anzuerkennen, ohne ihre Wahrheitsansprüche aufzugeben. Die Oppositionsschemata von Inhalt und Form, objektiver Wahrheit versus subjektivem Anschein u.a.m. sind viel zu grob, um über wahrnehmbare Wirklichkeiten etwas aussagen und die Qualität einer Darstellung beurteilen zu können.

II. Gerechtigkeit als Problem der Darstellung

Durch den aufgezeigten Doppelcharakter von hervorbringenden und abbildlichen Qualitäten jeder Darstellung, wird das Problem, auf welche Weise es das, was die Darstellung darstellt, eigentlich gibt, freilich zur Gretchenfrage. Wir kennen dieses Problem in seiner epistemischen Version als Frage, was die Übereinstimmung unserer Erkenntnisse mit der Wirklichkeit überhaupt sicherstellt. Im rechtsphilosophischen ebenso wie im ästhetischen Kontext kehrt dieses Problem aber in einer normativen Gestalt wieder, nämlich als Frage, ob die Darstellung dem Dargestellten *gerecht* wird. Um dieses wesentliche Charakteristikum eines Gerechtigkeitsanspruchs, der zwar nie ganz erfüllt werden kann, trotzdem aber als Maßstab zur kritischen Beurteilung von Darstellungen fungiert, ist es mir im Folgenden zu tun.

Wenn wir nach der Qualität einer Romanverfilmung oder Theaterinszenierung fragen, geht es nicht vornehmlich um Wahrheit oder Faktizität, sondern um eine Art ‘Treue’ zum Original. Aber das Original ist ja seinerseits eine Darstellung, die im Akt des Lesens, wie wir durch eine reich erforschte Rezeptionsästhetik[8] wissen, quasi neu entsteht. Kann eine Darstellung dem Dargestellten also überhaupt jemals gerecht werden, wenn es das Dargestellte doch an sich gar nicht gibt? Skeptiker melden hier berechtigte Zweifel an. Ich behaupte, dass diese Frage zwar nur im jeweiligen Einzelfall beantwortbar ist, dass aber jede Darstellung das graduelle Poten-

8 Ich denke hier nicht nur an Wolfgang Iser u.a., sondern bereits an Goethes Diktum, es sei ebenso schwierig, einen Roman zu schreiben, wie einen zu lesen.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

tial hat, ihrem Gegenstand *mehr oder weniger* gerecht zu werden. Wir werden im Rekurs auf das filmische Fallbeispiel sehen, wodurch sich kritische Kompetenz im Umgang mit Zeugendarstellungen auszeichnet. Zuvor aber möchte ich nachweisen, dass alle Darstellungen einen inhärenten Gerechtigkeitsbezug aufweisen, der unhintergehbar mitläuft. Das heißt, sie führen den Anspruch auf Gerechtigkeit unabweisbar mit sich, wie man sowohl aus historischen wie auch aus ästhetischen Debatten ersehen kann.

Um nicht ausschließlich auf künstlerischem Terrain zu argumentieren, gegen das einzuwenden wäre, dass es ja nur mit fiktiven Plots und Figuren aufzuwarten vermag, möchte ich auf kurz auf eine Darstellungspraxis eingehen, die den Tatsachen gegenüber nicht indifferent sein kann, und dennoch mehr auf Gerechtigkeit als auf Wahrheit setzen muss, nämlich die Geschichtsschreibung. Man denke an die häufig ebenso leidenschaftlich umkämpften wie kontrovers beurteilten Historiker-Streits. Immerhin beruhen sie bei guter Quellenlage durchaus auf einigen faktischen Daten, die nicht zu bestreiten sind. Dennoch ist die Auffassung, welche Akteure was beabsichtigten oder verfehlten, welche Kausalketten dabei eine Rolle spielten etc. Gegenstand der umstrittensten Interpretationen. Geschichtsschreibung ist ein fortlaufender Prozess der iterativen Deutung von aspektischem Quellenmaterial. Die Darstellungen historischer Ereignisse und Personen sind daher ein Paradigma von Formierungsleistungen, bei deren Beurteilung anhaltend gefragt wird, ob wir dem Dargestellten gerecht werden. Vorwürfe des Revisionismus oder der Geschichtsfälschung beruhen selbstverständlich auf dem Anspruch, besser beurteilen zu können, wie es wirklich war. Dergestalt ist, um eine Formulierung Reinhart Koselleck aufzugreifen, die Geschichtsschreibung seit Herodot auf ein „Ethos der Gerechtigkeit" verpflichtet.[9] Sie unterwirft sich damit zugleich einer unmöglichen Forderung, denn um zu beurteilen, was sich in der Vergangenheit wirklich zutrug, und ob man sich darüber ein angemessenes Urteil bildet, müsste man die Darstellung mit einem Gegebenen vergleichen können, das es gerade nicht mehr gibt. Und doch kann man die Zeugnisse und Darstellungen des Vergangenen befragen, vergleichen und immer neuen Perspektivwechseln unterziehen, die unter Umständen bis dahin unbemerkte Aspekte enthüllen oder eine Umwertung früherer Darstellungen nach sich ziehen. Auf diese Weise vollstreckt die Geschichtsschreibung vielleicht kein Gerechtigkeitsgeschehen, aber sie verfolgt unabdingbar einen Gerechtigkeitsanspruch, indem sie bewahrt, Rechenschaft ablegt und neu beleuchtet. Dabei muss man der Geschichte nicht unterstellen,

9 *R. Koselleck*, Zeitschichten. Studien zur Historik, Frankfurt a. M. 2003, S. 338.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ein Ziel zu haben, um dennoch zu finden, dass es Ereignisse von weltumspannender Bedeutung gibt.

Es liegt m.E. nahe, hier auf Schillers Wort von der Weltgeschichte als Weltgericht zu sprechen zu kommen. Auch wenn wir heute nicht mehr – wie Fichte – die Geschichte als ‚*Werden der Freiheit*' lesen, sind doch gewisse Emanzipations- und Freiheitsfortschritte im Allgemeinen nicht zu leugnen. Schiller selbst war keineswegs naiv-optimistisch, sondern formuliert den Gedanken in einem als ‚Phantasie' bezeichneten Gedicht, das nicht zufällig den Titel ‚Resignation' trägt, und den postmortalen Streit zwischen einer Seele und der Ewigkeit schildert.[10] Fürs erste ist bemerkenswert, dass die Entscheidungen, die ein Caesar am Rubikon, ein Napoléon im Russlandfeldzug oder ein Rommel in der Normandie trafen, was sie taten bzw. unterließen, *Weltgeschichte* „schreiben", auch wenn „Weltgeschichte [...] ein die Empirie übersteigendes Einheitskonzept der Vernunft"[11] ist. Vor so einer imaginären Instanz treffen Urteile sich gleichsam von allein ohne Richter. Die Historikerin, der Romanautor oder ein Filmteam rekonstruieren später im Rückblick etwas, das sich ihnen gemäß ihrer Perspektiven, Klärungsinteressen und Fragestellungen darstellt. Retroaktiv wird dabei unter Umständen etwas erkennbar, das den Zeitgenossen nicht vor Augen gestanden haben kann. Dergestalt ist die Vergangenheit nicht ausschließlich vergangen und Geschichte der Vollzug ihrer selbst. Geschichtsschreibung ist daher ein prinzipiell unabgeschlossener Prozess, der sich ständig selbst revidiert und fortschreibt. Doch auch hier – darauf will ich hinaus – müssen die Darstellungen sich am Maßstab der Idee der Gerechtigkeit nicht weniger als einem allgemeinen Wahrheitsanspruch bemessen lassen.

Die Narrativität der Geschichtsschreibung[12] ist ein intensiv beackertes Forschungsfeld, nicht zuletzt durch Autoren wie Arthur C. Danto, Paul Ricoeur oder Hayden White. Zahlreiche Autoren haben klar gemacht, dass das Erklären in den Geisteswissenschaften mehr mit der Stiftungsleistung einer verständlich machenden Erzählung zu tun hat als mit einer nomolo-

---

10 Vgl. *F. Schiller*, Werke und Briefe, Frankfurt a. M. 1987, S. 835: „Nähert man sich nur der Geschichte mit großen Erwartungen von Licht und Erkenntnis – wie sehr findet man sich da getäuscht!".

11 *R. Bubner,* Hegel am Jahrhundertwechsel, in: R. Bubner/W. Mesch (Hrsg.), Die Weltgeschichte – das Weltgericht?, Stuttgarter Hegel-Kongress 1999, Stuttgart 2001, S. 34–55 (34).

12 Früh schon versammelt erhellende Kommentare der Band von *R. Koselleck/W.-D. Stempel* (Hrsg.), Geschichte, Ereignis und Erzählung, München 1973. In neuerer Zeit vgl. bspw.: *M. Aumüller* (Hrsg.), Narrativität als Begriff. Analysen und Anwendungsbeispiele zwischen philologischer und anthropologischer Orientierung, Berlin 2012.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

gischen Erklärung. Aber die organisierenden Prinzipien, nach denen eine Erzählung Ereignisfolgen und Akteursperspektiven anordnet, sind normativ nicht neutral. Narrative folgen einem Verstehensanspruch, der dem zu Verstehenden gerecht werden will. Anders wäre es nicht plausibel, dass wir den historischen Quellen jenes berühmte ‚Vetorecht'[13] zusprechen, und sei es auch nur, indem die Quelle bestimmt, was nicht gefolgert werden darf. Wenn man die Veränderungen, die aus Handlungs- und Systemrationalitäten folgen, erklären und verstehen will, vollzieht man qua narrativer Anordnung der Geschehnisse und Akteure einen Urteilsprozess.

Hegel übernimmt den Gedanken einer Weltgeschichte als Weltgericht bekanntlich von Schiller, und beide verabschieden die Vorstellung eines Jüngsten Gerichtes, das post mortem durch einen extramundanen Schöpfergott vollzogen wird. Insofern ist die Rede von der Weltgeschichte ohnehin eine bereits säkularisierte Vernunftidee.[14] Wenn überhaupt vollzieht das Vernunftgericht sich beiden Autoren zufolge nur prozessförmig in der Geschichte selbst. Das Individuum ist nach Hegel dabei völlig gleichgültig. Er nimmt Schillers Formulierung zum Ausgangspunkt einer höchst spekulativen Geschichtsphilosophie, die nicht zufällig auch den Schlussstein seiner Rechtsphilosophie bildet, und erst im Zusammenhang seiner Theorie der Selbstentfaltung des Absoluten zu verstehen ist. Zwar ist auch seine Beschreibung der Geschichte als „Fortschritt im Bewusstsein der Freiheit"[15] nicht naiv optimistisch, doch werde ich dies hier nicht weiterverfolgen, da es mir nicht um die Fragwürdigkeit oder Legitimität von Geschichtsphilosophie[16] zu tun ist, sondern um Gerechtigkeit als kriterielle Bezugsgröße von Geschichtsschreibung als einer besonderen Form von Darstellungspraxis.

Und dafür ist Schillers Gedanke vom sich in der Geschichte vollziehenden Weltgericht ein wichtiger Anknüpfungspunkt. Schiller zufolge ist der ‚philosophische Historiker' befähigt, der Gerichtsbarkeit der Geschichte zur Artikulation zu verhelfen. Nota bene spricht Schiller nicht vom Histo-

13 *R. Koselleck*: „Die Quellenkontrolle schließt aus, was nicht gesagt werden darf. Nicht aber schreibt sie vor, was gesagt werden kann." in: Darstellung, Ereignis, Struktur, in ders: Vergangene Zukunft, Frankfurt a. M. 1989, S. 144–157 (153).

14 Vgl. dazu die Einleitung von *K. Löwith*, Weltgeschichte und Heilsgeschehen, Stuttgart 2004.

15 *G.W.F. Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte. Bd. 1: Die Vernunft in der Geschichte, Hamburg 1955, S. 32.

16 Vgl. *T. Lessing,* Geschichte als Sinngebung des Sinnlosen, München 1921; *G. Simmel,* Probleme der Geschichtsphilosophie, München 1923; *E. Angehrn* Geschichtsphilosophie, Stuttgart u.a. 1991; und *M. Schlossberger,* Geschichtsphilosophie, Berlin 2013.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

riker, sondern vom *philosophischen Geschichtsschreiber*, der Einheit dort stiftet, wo sie sonst unerkennbar ist: „Nicht was er treibt, sondern wie er das, was er treibt, behandelt, unterscheidet den philosophischen Geist".[17] Dass solche Geschichtsschreibung auch auf Spekulation und Konstruktion angewiesen ist, gibt Schiller unumwunden zu: „Der philosophische Geschichtsforscher wird geneigt, was er als Ursache und Wirkung ineinandergreifen sieht, als Mittel und Absicht zu verbinden. [...] Eine Erscheinung nach der anderen fängt an, sich dem blinden Ohngefähr der gesetzlosen Freiheit zu entziehen, und sich einem übereinstimmenden Ganzen (das freilich nur in seiner Vorstellung vorhanden ist) als passendes Glied einzureihen".[18]

Es ist daher nur konsequent, dass Schiller selbst eine derartige Geschichtsdarstellung nicht nur in seinen historischen Schriften betreibt, sondern ebenso seine künstlerischen Produktionen daran ausrichtet, indem seine Dramendichtung ihren Stoff der Geschichte entlehnt. Sein Wallenstein oder seine Maria Stuart sind historische Figuren, deren ‚Originaltreue' – sofern sie überhaupt beabsichtigt war – strittig ist, die aber gleichwohl charakteristische realhistorische Problemkonstellationen herausarbeiten. Bedenkt man, dass es von Schillers Stücken wiederum zahllose Bühnenadaptationen, Hörspiele, Verfilmungen gibt, wird deutlich, dass es sich bei unserem Verhältnis zur Vergangenheit um eine iterative Häufung von dargestellten Vorstellungen handelt.

Doch eben darin zeigt sich, dass die Darstellungspraxis der Geschichtsschreibung nur einer von vielen Fällen geistiger Welterschließung ist. Es ist für geistige Welterschließung typisch, auf Narrativen, Rekonstruktionen und anderen Darstellungen zu beruhen, die einem wie auch immer gearteten Stoff eine bestimmte Form geben. Keine Darstellung kann dem Dargestellten dabei für sich allein genommen gerecht werden, dazu ist jede Darstellung notwendig zu ausschnitthaft und perspektivisch. Aber wir werden einer Person oder Sache umso gerechter, je mehr Darstellungen wir heranziehen und kritisch beurteilen. Wenn man so Schillers Wallenstein mit dem vergleicht, was wir historisch von dem (äußerst ökonomisch handelnden) Feldherrn wissen, wird seine Beurteilung umso differenzierter und sachkundiger ausfallen. Keine dieser Darstellungen ist eine aperspektivische Abbildung, jede ist eine Spiegelung im Sinne einer „Reflexion", und in solcher Reflexion vollzieht sich tatsächlich ein retroaktives

17 *F. Schiller,* Was heißt und zu welchem Ende studiert man Universalgeschichte?, Werke FA 6, S. 416.

18 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Umdeuten der Vergangenheit für die Zukunft, das man durchaus als den Rechtsfortschritt eines zu sich selbst kommenden Freiheitsbewusstseins beschreiben könnte. Mir scheint es jedenfalls eine vergleichsweise unproblematische und der Metaphysik unverdächtige Annahme, dass wir uns mit Geschichte(n) über die Herkunft bestimmter Ideen und Zustände verständigen, und dass solche Selbstklärung eine kritische und emanzipatorische Funktion hat, indem zum Beispiel deutlich ein Unrecht und seine Ursachen aufgeklärt werden.

Das Zusammentragen und Vergleichen unterschiedlicher Quellen hat zu untersuchen, wer etwas, wann und zu welchen Zwecken, von wo aus und auf welche Weise darstellt. Nur durch die meta-theoretische und reflexive Berücksichtigung dieser Fragen, die alle möglichen Facetten einer Darstellung beleuchtet, kann herausgefunden werden, welche Form sie dem Dargestellten verleiht. Und dies kann in weiteren Schritten erörtert werden, indem bspw. Zweifel an dem Ausschnitt angemeldet werden, der gewählt wurde, oder indem Darstellungsstrategien durchschaut werden oder indem Gegendarstellungen erprobt werden.

Erst wenn die Maßstäbe der Beurteilung reflexiv mit thematisiert werden ist ausweisbar, welche Form von wo aus als angemessen oder unangemessen[19] zu beurteilen ist. Doch dies kann nicht mehr allgemein und ein für allemal ausgesagt werden, sondern nur noch von Fall zu Fall.

Dabei handelt es sich indessen um genuin ästhetische Urteilskompetenzen. Ästhetik ist der diskursive Ort, in dem Darstellungen als Formgebungsprozesse systematisch analysiert und auf ihre Hergestelltheit hin untersucht werden. Zirkularität und Iterativität sind daher unvermeidlich, deswegen ist das Gerechte nur jenes approximativ anzuvisierende Ideal und keine empirische Realität.[20]

Geschichte und Geschichtsschreibung, halten wir dies als vorläufiges Ergebnis der angestellten Überlegungen fest, sind inhaltlich und methodisch selbst die Austragungsorte des Ringens um Gerechtigkeit, sofern und indem sie sich darstellt und dargestellt wird.

---

19 Zum Problem der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit vgl. die Ausführungen von Hilge Landweer in diesem Band.

20 Über verfehlte Gerechtigkeit als Ausgangspunkt von Rechtskritik vgl. die Studie von: *J. Reinhardt*, Der Überschuss der Gerechtigkeit. Perspektiven der Kritik unter Bedingungen modernen Rechts, Weilerswist 2009.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

III. Gerechtes Urteilen als Misstrauen gegenüber den Darstellungen

Am Material eines Kinogeschichte geschrieben habenden Klassikers möchte ich nun meine Überlegungen zum Zusammenhang von wenigstens graduell gerechterer Urteilsbildung und einer kritischen Kompetenz im Umgang mit Darstellungen konkretisieren. In *Twelve Angry Men* (Abbildung 1) aus dem Jahr 1957 haben Regisseur Sidney Lumet und Drehbuchautor Reginald Rose ein preisgekröntes Kammerspiel über ein Geschworenen-Gremium realisiert.[21]

Abbildung 1: Die 12 Geschworenen (12 Angry Men), Regie: Sidney Lumet, Drehbuch: Reginald Rose, Produktion: Henry Fonda und Reginald Rose, Orion-Nova, USA, 1957, DVD (c) 2013 Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., Twentieth Century Fox Home Entertainment Deutschland GmbH, Frankfurt am Main. Screenshot bei 00:10:41.

Was ich mit Hilfe des Films zeigen möchte, ist, dass ein Urteil umso mehr Chancen hat, gerecht auszufallen, je mehr es den Darstellungen misstraut, ihre Hintergründe durchschaut und viele Darstellungen miteinander ver-

21 Ich erwähne aus den zahlreichen Kommentaren zu diesem Filmklassiker nur diese rechtstheoretischen: *M. Asimow,* 12 Angry Men: A Revisionist View, Chicago-Kent Law Review 82 (2), 2007, S. 711–717 und *J. Abramson*, Anger at Angry Jurors, Chicago-Kent Law Review 82 (2), 2007, S. 591–611.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

gleicht. Es ist das Bewusstsein für die Gemachtheit von Formen, das wir aus dem Umgang mit Kunstwerken kennen bzw. daran trainieren, wenn wir fragen: Wer zeigt was von welchem Standpunkt aus mit welcher Zeigeabsicht? Solches Bewusstsein eröffnet ein Gespür für die Differenzen von Form, Stoff und Inhalt anstatt Formen als Gegebenheiten unkritisch hinzunehmen. Wir werden im Folgenden sehen, warum sich mit Hilfe der ästhetischen Erfahrung des Films Einsichten ausweisen lassen, die meine These vom Zusammenhang von Gerechtigkeit und Darstellen konkretisieren.

Systematisch lotet *Twelve Angry Men* aus, was hinter den Zeugenaussagen, den Grundannahmen, dem Beweismaterial stecken könnte. Und weil dabei eine Gewissheit nach der anderen wegbricht, ändern sich in immer neuen Abstimmungsrunden die Verhältnisse von denjenigen, die für schuldig plädieren, zu denjenigen, die von der Unschuld des Angeklagten ausgehen.

Angeklagt ist ein 18jähriger Junge aus äußerst schlechten Verhältnissen, der seinen gewalttätigen Vater mit einem Messer ermordet haben soll, worauf ihn die Todesstrafe erwartet. Es geht also in mehrfacher Hinsicht um Leben und Tod, den des Vaters und den des Sohnes.

Ohne Statisterie oder großen Dekorationsaufwand, mit einer ausnehmend präzisen Ökonomie der darstellerischen Mittel (der ganze Film spielt lediglich in einem einzigen Raum, in dem die kontroversen Positionen im Wesentlichen durch close ups gegeneinander gestellt werden) thematisiert der Film das Prozedere der Urteilsbildung. In einem quasi bilderbuchhaften Exposé werden die namenlosen, durchnummerierten Geschworenen charakterlich typisiert, sehr schnell werden Grundhaltungen deutlich, wer die Sache ernst nimmt, und wer sie schnell abhandeln möchte, wer persönliche Motive mitbestimmen lässt und wer an einem fairen Verfahren interessiert ist. Bereits hier taucht auf Plotebene das Motiv auf, Gerechtigkeit als Fairness zu verstehen.

Nachdem in einem eiligen Verfahren dermaßen viel belastendes Material zu einem scheinbar einfachen Fall zusammengetragen wurde, sind 11 Geschworene von der Schuld des Angeklagten überzeugt. Lediglich ein Geschworener macht den Unterschied, indem er eine Beratungsrunde fordert, in der die belastenden Faktoren noch einmal resümiert werden sollen. Seine Interpellation besteht zunächst nur darin, dass er zweifelt und einen schmalen Möglichkeitsspielraum für den Zweifel offenhalten möchte, um das Todesurteil nicht allzu rasch abzuwickeln. Mehr als eine Unschuldsvermutung leitet ihn ein allgemeines Ethos, denn er nimmt Anstoß daran, dass noch nicht einmal der Anwalt des Angeklagten sich für diesen

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

besonders engagierte und empfindet eine Verpflichtung dem jungen Mann gegenüber, die seinem Gerechtigkeitsgefühl entspringt.

Den nächsten Unterschied macht es, dass jener Zweifler in einer anonymen Abstimmung über das weitere Vorgehen Unterstützung bekommt durch einen zweiten Geschworenen,[22] der zunächst einmal erkennt, dass das Unbehagen des zweifelnden Geschworenen an der richtigen Stelle entstand und man sich Zeit für weitere Auseinandersetzung nehmen sollte.

Abbildung 2: Die 12 Geschworenen (wie Abbildung 1) Screenshot bei 00:33:16.

Im Folgenden wird sich dieser Geschworene (Abbildung 2, rechts) noch wiederholt als wertvoll für das Verfahren erweisen, weil er mit einer feinen und genauen Beobachtungsgabe Aspekte bemerkt, die alle anderen übersehen, die jedoch zu weiteren, maßgeblichen Abstimmungsveränderungen führen. Im Ästhetischen kennen und schätzen wir solche Beobachtungsgabe als ‚aesthetic discernment', und sie ist es, die manche Theoretikerinnen für die entscheidende Qualität ästhetischer Erziehung halten.[23] So bemerkt

22 Diese beiden Geschworenen sind die einzigen, die in der letzten Einstellung des Films einen Namen erhalten, indem der Eine den Anderen fragt, wie er heiße und sich ihm seinerseits vorstellt.

23 Vgl. *M. C. Nussbaum*, The Fragility of Goodness, Cambridge: Cambridge University Press 2001.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

er an den für Brillenträger typischen Druckstellen am Nasenflügel eine Unglaubwürdigkeit der Augenzeugin u.a.m.

Insgesamt gibt es sieben Abstimmungsrunden, in denen sich das Verhältnis von denjenigen, die auf Freispruch plädieren, zu denjenigen, die für schuldig votieren, jeweils ändert. Die Aussage des Ohrenzeugen wird bezweifelt, nachdem herausgefunden wurde, dass sich die Tatort-Wohnung an einer lauten Zugstrecke befindet, deren Lärm es angesichts der Weitläufigkeit der Wohnung und der lahmenden Gehweise des Zeugen unmöglich macht, all das gehört zu haben, was er gehört haben will. (Abbildung 3)

Abbildung 3: Die 12 Geschworenen (wie Abbildung 1), Screenshot bei 00:53:12.

Die Aussage der Augenzeugin wird demontiert, indem rekonstruiert wird, dass sie mit jener vom genauen Beobachter bemerkten Sehschwäche aus einer anderen Wohnung heraus nicht das gesehen haben kann, was sie aussagte. So werden die Wahrnehmungsperspektiven der Zeugen wie auch mögliche Motive ihrer Darstellungen von den Geschworenen sorgfältig hinterfragt. Entscheidend trägt auch der Abgleich verschiedener Darstellungen untereinander zu sachgerechteren Urteilen bei, indem der Vielzahl unterschiedlicher Perspektiven Rechnung getragen wird: Wie kann der Ohrenzeuge gehört haben, was er behauptet, wenn die Augenzeugin beteuert, dass zum Tatzeitpunkt ein Zug vorbeifuhr, der zu viel Lärm machte, um etwas zu hören.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

All diese Schritte loten sehr gründlich aus, wie gut man daran tut, die Darstellung nicht mit dem Dargestellten zu identifizieren, sondern in ihren formgebenden Dimensionen zu durchschauen. Weil Darstellen eben nicht mit Abbilden zu verwechseln ist, muss man ein Bewusstsein für die Differenzen zwischen Darstellendem und Dargestellten offen halten.

Kunstvoll wird es zudem dadurch, dass die Darstellung im Film und die Darstellung des Films einander wechselseitig spiegeln und potenzieren: denn es geht bereits auf Plotebene um die Frage, wer was wie und von wo aus aufgefasst und dargelegt hat, und dies stellt der Film seinerseits durch seine filmspezifischen darstellerischen Mittel wie Kameraführung, Schnitt und Montage, Casting und Dialogregie dar.

Sodann ist das Problem der Gerechtigkeit ebenso inhaltlich wie methodisch thematisch. Der leitende Gesichtspunkt aller detaillierten Klärungsbemühungen ist der Anspruch, dem Angeklagten gerecht zu werden und die Überzeugung, ihm ein faires Verfahren schuldig zu sein. Natürlich teilen nicht alle Geschworenen diese Überzeugung, weil nicht alle gleichermaßen normativ ansprechbar sind und nicht dieselbe moralische Verpflichtung empfinden. Aber jene Abweichler geraten zunehmend unter Legitimationsdruck und dies zeigt, dass der Gerechtigkeitsanspruch eben auch dann noch wirksam ist, wenn er geleugnet wird.

Dadurch wird der Film zu einem systematischen Paradigma für meine rechtsästhetische Betrachtung zur Gerechtigkeit als implizitem Maßstab des Darstellens. Denn das methodisch betriebene Misstrauen in sämtliche vor Gericht vorgetragenen Darstellungen enthüllt nach und nach die Tragweite eines kritischen Bewusstseins für die nur begrenzte, ausschnitthafte Belastbarkeit jeder einzelnen Darstellung. Mit solcher kritischen Darstellungskompetenz steht und fällt jede Chance auf eine gerechte Urteilsbildung. Je genauer die verschiedenen Darstellungen befragt und miteinander abgeglichen werden, umso eher kann jede einzelne als tendenziös, ungenau oder befangen beurteilt werden und umso mehr Chancen hat das Verfahren, im Ganzen gerechter zu werden. Je mehr die Perspektiven, aus denen heraus wahrgenommen und dargestellt wird, und die Aspekte, die dadurch erkennbar oder im Gegenteil übersehen werden, in den aufmerksamen Blick geraten, umso beurteilbarer wird der dargestellte Sachverhalt bzw. der rekonstruierte Tathergang.

Diesen Zusammenhang wollte ich mit Hilfe des filmischen Kunstwerkes ausweisen. Und ich behaupte, dass ich das mit ihm besser kann, als ich es ohne ihn könnte, weil die Bilder und Konkretionen mehr Evidenzen erzeugen als eine rein sprachliche Beschreibung. Freilich ist zu konzedieren, dass dieser gedruckte Vortragstext wiederum nur die sprachliche Darstellung der ästhetischen Erfahrung einer Filmrezeption ist, noch dazu in

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

einer der Textlängenbegrenzung geschuldeten Knappheit. Schaut man den Film (wie ich es getan habe) mit Studierenden zum Zwecke methodischer Untersuchungen, tritt man ein in einen rezeptiven und didaktischen Prozess, dessen Erschließungskraft sowohl auf Anschauungen wie auch auf Begriffen beruht. Nähme man derartige Veranstaltungen in die Juristenausbildung auf, würde die intensive Auseinandersetzung mit Wahrnehmungsschulungen dieses Typs die Studierenden in den Stand setzen, ihre Urteilskompetenz anhand des kritischen Misstrauens in die Formierungsprozesse des Darstellens zu trainieren.

Allerdings ist es nicht die ästhetische Erfahrung allein, die jene Evidenz erzeugende Kraft hat. Erst wenn man das, was der Film anschaulich zeigt, begrifflich einholt, kann es zu Einsichten von allgemeinerer Tragweite kommen. Hierzu kann die Rechtsästhetik indessen ihren entscheidenden Beitrag leisten. Denn sie ist, wenn man Kants Diktum[24] von der leeren Anschauung und den blinden Begriffen folgt, derjenige Diskurs, in dem Begriffe anschaulich werden und die Bilder über den besonderen Einzelfall hinaus begreifbar werden.

Mit Anschaulichkeit ist im Fall meines Argumentierens mit dem Film nicht allein ein versinnlichtes, sondern auch ein plausibleres Verständnis dessen gemeint, was mit ‚Gerecht-werden' überhaupt gemeint sein kann: Das genaue Zuhören, die Bereitschaft zur Fairness, der kritische Vergleich – all das sind konkrete Schritte, mit denen eine graduell gerechtere Urteilsbildung zustande kommt. Wie sehr es dazu eines genuin ästhetischen Vermögens bedarf, das Kant als Leistung der reflektierenden Urteilskraft[25] beschrieben hat, werde ich nun abschließend noch erörtern.

IV. Exemplifikation als ästhetisches Verfahren

Um genauer zu zeigen, was der Rückgriff auf die Filmbetrachtung für unsere Frage nach dem, was Rechtsästhetik sein und zur Selbstklärung des Ju-

---

24 *I. Kant,* Kritik der reinen Vernunft, Akademie Ausgabe (im folgenden „AA") Bd. IV, Berlin 1968, S. 48 (A 52 / B 76): „Der Verstand vermag nichts anzuschauen, und die Sinne nichts zu denken".

25 Reflektierend im Unterschied zu bestimmend: Kant nennt diejenige Urteilskraft bestimmend, wenn ein Allgemeines gegeben ist, unter das sie ein Besonderes subsumiert. Und reflektierend, wenn sie vom Besonderen ausgeht, zu dem sie das Gesetzmäßige erst eigentlich finden muss, also das Prinzip ihrer Reflexion aus sich selbst heraus zu finden hat. *I. Kant,* Kritik der Urtheilskraft, AA Bd. V, Berlin 1968, S. 385 f.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ridischen beitragen kann, muss der zurückgelegte Weg einer erneuten Reflexion unterzogen werden. Zunächst einmal gilt es festzuhalten, dass Recht und Kunst durch ein gemeinsames, konstitutives Strukturmoment geprägt sind, nämlich durch die Grundspannung zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen. Ein Kunstwerk stellt einen je besonderen Individualfall dar, bildet dabei aber nicht einfach ‚naturgetreu' ab, sondern arbeitet – jedenfalls wenn wir Hegels Ästhetik[26] darin folgen – etwas Charakteristisches heraus, durch das das Dargestellte sowohl spezifiziert wird als auch als etwas allgemein Interessantes thematisch wird. „Was wir im neueren Sinne charakteristisch nennen"[27], ist – merkwürdig genug – zugleich typisch als auch unverwechselbar. Das Charakteristische ist bereits eine paradoxe Synthese von spezifizierter Allgemeinheit. Eine Darstellung ist uncharakteristisch, wenn, so Hegel, „dieselben Züge [...] nun ebensosehr für andere Interessen und Verhältnisse passend"[28] sind. Einer gehaltvollen Darstellung muss es also gelingen, etwas allgemein Typisches am besonderen Einzelfall erkennbar zu machen.

Für welches Interesse ein individuelles Werk jedoch passend ist, liegt keineswegs offen zutage. Vielmehr bedarf es der Kompetenz des ästhetischen Urteils, eine ästhetische Erfahrung daraufhin reflexiv zu befragen.[29] Dies habe ich im vorangegangenen Abschnitt gezeigt, indem ich den Film als charakteristische Darstellung eines Urteilsbildungsprozesses beschrieb. Ich konnte mit seiner Hilfe genauer, anschaulicher und konkreter ausweisen, dass die Dreh- und Angelpunkte der Urteils- und Entscheidungsfindung in jenem kritischen und vergleichenden Befragen der für ein Gerichtsverfahren relevanten Wahrnehmungsperspektiven und Darstellungsleistungen liegt, die sich an einem zwar unbestimmten, aber maßgeblichen Gerechtigkeitsanspruch bemessen.

---

26 Hothos Vorlesungsmitschrift von 1835: *G. W. F. Hegel*, Vorlesungen über die Ästhetik. Werke in zwanzig Bänden, Bd. 13-15, Frankfurt a. M. 1986.

27 *G. W. F. Hegel*, Ästhetik (Fn. 26), Bd.15, S. 100. Hegel erläutert seine Forderung anhand der Porträtkunst. Denn da diese zwangsläufig auch Ähnlichkeit verpflichtet sei, könne sie als allzu abbildliche Gattung leicht geistlos ausfallen. Das Gesicht des Porträtierten müsse charakteristische Züge herausstellen. „In dieser Rücksicht, kann das Porträt sehr naturtreu, jedoch geistlos, eine Skizze dagegen mit wenigen Zügen von einer Meisterhand hingeworfen unendlich lebendiger und von schlagender Wahrheit sein." ebd., S. 103.

28 *G. W. F. Hegel*, Ästhetik (Fn. 26), Bd. 15, S. 106.

29 Man könnte dies auch mit der analytischen Unterscheidung von type und token beschreiben: es geht darum, den Typus zu einem gegebenen Vorkommnis zu finden und umgekehrt.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Lumets Film als solcher kann zweifellos in vielen anderen Hinsichten befragt werden, bspw. gruppentheoretisch[30], filmwissenschaftlich,[31] komparativ[32] oder als 'teaching ressource'.[33] Exemplarisch für den Gerechtigkeitsanspruch einer kritischen Darstellungskompetenz wird er jedoch dadurch, dass jemand die ästhetische Erfahrung daraufhin befragt und mit ihr argumentiert. Durch einen solchen Rekurs aufs Exemplarische ist, wie ich behaupte, ein Doppeltes gewonnen: Die theoretische Überlegung gewinnt an konkreter Evidenz und die ästhetische Erfahrung wird reflexiv auf etwas hin überstiegen, das verallgemeinerungsfähig ist.

Das Exemplarische unterscheidet sich allerdings vom bloß illustrierenden Beispiel. Ein Beispiel wird erst als exemplarisch für etwas anderes herausgearbeitet durch den argumentierenden Rekurs auf ein besonderes Charakteristikum, das heißt durch ein methodisches und, wie ich behaupte, spezifisch ästhetisches Verfahren. Ich habe dieses Verfahren anderswo näher erläutert als ‚exemplarisches Philosophieren mit Kunst'.[34] Exemplarisches Philosophieren verfährt ästhetisch, indem es mit künstlerischen Darstellungen etwas *exemplifiziert*, das sich ohne sie nicht oder nur schwächer zeigen lässt. Von einer Exemplifikation sprechen wir dann, wenn etwas selbst die Eigenschaften aufweist, die es denotiert. Wie eine Stoffprobe[35] beim Schneider oder Raumausstatter nicht als stellvertretendes, arbiträres Zeichen auf etwas verweist, das ganz anders geartet ist, sondern selbst die Probe aufs Exempel abgibt, hat eine Exemplifikation eine Evidenz erzeugende Kraft. Denn sie ist

30 Vgl. *J. M. Tyler/T. Reynolds*, Using Feature Films to teach Group Counselling, The Journal for Specialists in Group Work 23 (1), 1998, S. 7–21.

31 Vgl. *M. Niehaus,* Evidenz – Die Wahrheit des Films und die Wahrheit des Verfahrens, in: S. Machura/S. Ulbrich (Hrsg.), Recht im Film, Ruhr-Universität Bochum 2002, S. 19–35.

32 *S. Machura*, The German Response to 12 Angry Men, Chicago-Kent Law Review 82 (2), 2007, S. 100–113.

33 *J. E. Champoux,* Film as a Teaching Resource, in: Journal of Management Inquiry 8 (2), 1999, S. 240–251.

34 Vgl. dazu *E. Schuermann,* Ästhetik als exemplarisches Philosophieren mit Kunst, in: Denken und Disziplin: Workshop der deutschen Gesellschaft für Ästhetik (2017) www.dgae.de › uploads › 2017/06 › dgaeX_dud_schuermann.pdf (zuletzt aufgerufen am 3.3.2020).

35 Ich kann hier aus Platzgründen nicht näher auf Nelson Goodmans vielzitiertes Stoffproben-Beispiel eingehen, sondern muss es bei dem Hinweis belassen, dass er es nicht zufällig im Zusammenhang seiner Problematisierung des Induktionsproblems entfaltet. „Exemplification is possession plus reference", das heißt das Stoffmuster besitzt Eigenschaften, auf die es zugleich Bezug nimmt. Vgl. *N. Goodman*, Languages of Art. An Approach to a Theory of Symbols, Indianapolis: Hackett Publishing 1968, S. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

zugleich das, was sie zeigt, und weist diejenigen Eigenschaften, auf die es in einem jeweiligen Kontext ankommt, selbst paradigmatisch auf. Wenn der Rekurs auf die ästhetische Erfahrung also ein Besonderes als charakteristischen Fall eines Allgemeinen herausarbeitet, wird erst eigentlich erkennbar, wofür ein einzelnes Vorkommnis typisch ist.

Um diese Verschränkung des Besonderen wie des Allgemeinen geht es in der Ästhetik wie im Recht. Wie wir wissen, muss bei einem juristischen Fall erst je und je geprüft werden, unter welches Gesetz er überhaupt fällt. Wie Hans Lipps einmal – nicht zufällig im Zusammenhang seiner Erörterungen des Exemplarischen bzw. des Beispiels – entfaltet hat, besteht die Subsumtionslogik des Rechts ja keineswegs in einer bloßen Regelanwendung, sondern darin, eine Sache *zu einem Fall* zu machen, auf den Gesetze in ihrer Normenhaftigkeit anzuwenden sind.[36] Exemplifikationskraft kommt einem Gegenstand oder Thema dabei nicht von sich aus zu, sondern sie zu erkennen verdankt sich den Verfahrensweisen der Urteilskraft, die das gemeinsame Strukturmoment des Rechts wie der Ästhetik sind, denn ihre Leistungen bestehen bekanntlich darin, „das Besondere als enthalten unter dem Allgemeinen zu denken".[37] Als reflektierende Urteilskraft ist sie fähig, einem Besonderen den Begriff zu verschaffen, sie geht also induktiv vor, exemplarische Beispiele und Analogien sind ihre Produktionen oder Resultate ihrer Verfahrensweise, denn das Besondere *als solches* ist nicht schon exemplarisch, es wird erst dazu, wenn und weil die reflektierende Urteilskraft etwas *als paradigmatisch* erkennt, mit dem pars pro toto argumentiert wird. Ein Einzelnes ist als Fall betrachtet also bereits eine Syntheseleistung.

Das Recht operiert laufend sowohl mit der reflektierenden als auch mit der bestimmenden Urteilskraft, denn es hat das Allgemeine in Form von Gesetzen, Prinzipien und Regeln und das Besondere in Form der jeweiligen Fälle zum Gegenstand. Urteilsakte bestehen in der Anwendung von Begriffen im Sinne allgemeiner Bestimmungen auf besondere Fälle sowie im Schließen auf Allgemeines.

Hierzu sind sie allerdings auf ein weiteres von Kant expliziertes Vermögen angewiesen, nämlich die Einbildungskraft. Wie insbesondere Hannah Arendt[38] in ihrer Auseinandersetzung mit Kant betont, lebt die Allianz von Einbildungs- und Urteilskraft von der Zeigeleistung eines gut gewählten Beispiels: Das Beispiel ist „das Besondere, das einen Begriff oder eine

---

36 *H. Lipps,* Beispiel, Exempel, Fall und das Verhältnis des Rechtsfalls zum Gesetz, in: ders., Die Verbindlichkeit der Sprache, Werke Bd. IV, Frankfurt a. M. 1977, S. 39–66.

37 *I. Kant,* Kritik der Urtheilskraft, AA Bd. V, Berlin 1968, S. 179.

38 Vgl. *H. Arendt,* Das Urteilen. Texte zu Kants politischer Philosophie, München 2012.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

allgemeine Regel in sich enthält".[39] Ein Urteil habe „exemplarische Gültigkeit in dem Maße, in dem das Beispiel richtig gewählt wird".[40] Ist es paradigmatisch geeignet, vermittelt es, wie ich meine, zwischen einzelwissenschaftlicher Beobachtung, die sich im Detail verliert, und grundlagentheoretischer Systematik, die ihren Gegenstand in der Abstraktion einbüßt. Der jeweilige Mangel besteht darin, dass es dem mikroskopischen Blick aufs Detail an Überblick fehlt, während dem panoramatischen Blick aufs große Ganze die Nuancen entgehen. Will man dagegen zu einer theoretischen Schau im gehaltvollen Sinn gelangen, ist man auf das angewiesen, was sich im Kunstwerk zeigt, indem es für die Reflexion sagbar wird.

Begriffene Anschauung ist deshalb meinem Verständnis nach nicht einfach eine Addition zweier Komponenten, sondern die Verschränkung von Vollzügen, die erst im Vollzug eine Evidenz erzeugen. Diese Evidenz muss sich nicht für jedermann immer schon von selbst verstehen, aber sie kann argumentativ nachgewiesen werden. Für die Methode ästhetischer Exemplifikation gilt, dass sich darin etwas zeigt, das sich nicht genauso gut sagen lässt. Aber würde man das, was sich zeigt, nicht doch wiederum begrifflich entfalten, bliebe das Singuläre ohne Rückschlüsse aufs Allgemeine. Das Dritte, das aus der Allianz von ästhetischer Erfahrung und begrifflicher Reflexion hervorgeht, ist – so meine These – etwas, das sich zeigen muss, damit es sich sagen lässt.

Die mit gerechter Urteilsbildung befasste Rechtspraxis und die Ästhetik als Diskurs reflexivierter ästhetischer Erfahrung operieren mit Urteilskompetenzen, die umso mehr Chancen haben, gerecht auszufallen, je mehr sie Darstellungen und Vorstellungen zu unterscheiden vermögen. Dazu gilt es, die Form vom Formierten zu differenzieren und die Darstellungsstrategien zu durchschauen, aber auch die perspektivische und aspektische Natur von Darstellungspraxen zu begreifen. Mit der Aufmerksamkeit auf Wahrnehmen und Darstellen als Formgebungsleistungen, bewegen wir uns auf einem ureigenen Terrain der Ästhetik und rufen ihre kritischen Urteilskompetenzen auf. Mit dem Rekurs auf Kunstwerke lassen sich Zusammenhänge zeigen *und* sagen, didaktisch vermitteln und einer Klärung näherbringen. Hierzu leistet die Ästhetik als reflektierter Rekurs auf das Exemplarische einen nicht zu ersetzenden Beitrag.

39 *Arendt*, Das Urteilen (Fn. 38), S. 128.
40 *Arendt*, Das Urteilen (Fn. 38), S. 128.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Schein und Sein des Rechts in Film und Fernsehen

Stefan Machura

Kurzzusammenfassung

Rechtsfilme und -serien sind wichtig zum Verständnis von Rechtskultur. Sie bilden eine der Quellen, aus denen sich das Wissen und Meinungen über Recht speisen. Zieht man die Bilanz aus den Formen und Inhalten, in denen Film und später Fernsehen das Recht dargestellt haben, so kann man folgern, dass sie im Wesentlichen eine klassisch liberale Sicht auf Recht nahelegen. Letztlich laden sie dazu ein, in die Rechtsinstitutionen zu vertrauen. Zu dem Konservatismus dieser Formate tritt aber auch eine mediale Veränderungslogik, die das Publikum dahin lenkt, inkrementalen Wandel zu akzeptieren. Das Publikum bevorzugt eine Variation des Bekannten und die Medienmacher haben oft eigene künstlerische oder politische Ambitionen. Dazu tritt das Vorbild internationaler, insbesondere US-amerikanischer, Produktionen.

Einleitung

Soziales Handeln ist tief in Recht verankert, daher ist es für ein Verständnis der Gesellschaft und des „Rechts in der Gesellschaft" wichtig, zu beschreiben, woher Menschen ihr Wissen und ihre Einstellungen zum Recht beziehen. Wir alle wachsen mit dem Fernsehen auf, so George Gerbner,[1] und heute müsste man Derivate aus dem Internet hinzuzählen. Schon eher zu den besonderen Ereignissen gehört der Kinobesuch, doch finden sich Kinofilme vielfach im Fernsehprogramm, auf DVDs und bei Streamingservices. Wie also zeichnen Film und Fernsehen die Welt des Rechts?

Im weiten Spektrum der „Law and"-Studien unterfällt das Thema dem Gebiet der „populären Rechtskultur". Hier geht es mit Lawrence Friedman um „ideas, opinions, values, and attitudes about law, that people carry

1 *G. Gerbner*, Die Kultivierungsperspektive: Medienwirkungen im Zeitalter von Monopolisierung und Globalisierung, in: A. Schorr (Hrsg.), Publikums- und Wirkungsforschungen, Wiesbaden 2000.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

about with them in their heads."[2] Das größte Forschungsinteresse haben Darstellungen des Rechts und seiner Institutionen, auch seines Personals, wie vor allem Anwälte, in Unterhaltungsmedien gefunden. Recht selten geraten dabei Juristen als Konsumenten in den Blick, eher geht es in Arbeiten zur „populären Rechtskultur" um Rechtslaien, was sie konsumieren, und was sie über das Recht denken.

Eine Definition rechtsbezogener Filme findet sich bei Greenfield, Osborn und Robson: „In order to qualify as a law film the following characteristic(s) must be present in some shape or form: the geography of law, the language and dress of law, legal personnel and the authority of law."[3] Allerdings gibt es auch gelegentlich Filme und Fernsehsendungen, die nicht vor Gericht oder in Anwaltsbüros spielen, bei denen nur Rechtslaien als Protagonisten auftreten, und die dann auch jedenfalls die Juristensprache nicht nutzen.[4] In diesem Text werden auch solche Produkte in die Analyse miteinbezogen.

Juristen haben häufig besorgt auf Darstellungen ihrer Zunft, des Rechts und der Gerichte reagiert. So lösten die Fernsehgerichtsshows der Privatsender, wie „Richterin Barbara Salesch" (Deutschland 1999-2012), Kommentare aus, als sie zu Beginn des Milleniums auf deutschen Bildschirmen erschienen.[5] Schnell wird vermutet, dass die Sendungen die Profession herabwürdigen und das Vertrauen in das Recht untergraben. Im Folgenden wird gezeigt, dass das wohl eher nicht die Wirkung von rechtsbezogenen Filmen und Fernsehserien sein wird. Allerdings können Zuschauer Medien unterschiedlich nutzen und aufnehmen. Plausibel ist die Annahme, dass es Menschen gibt, die sich sehr für menschliche Konflikte und Recht interessieren und die sehen wollen, was Recht ist, wie (und dass!) Justiz funktioniert. Genauso werden manche eine Darstellung der Medien von vornherein nicht für voll nehmen, vielleicht sogar ablehnen, weil sie ihren persönlichen Wahrnehmungen widerspricht. Als Beispiel dafür können die Jugendlichen in einer belgischen Studie angeführt werden, die das

2 *L. Friedman*, Transformations in American Legal Culture 1800–1985, ZfRSoz 6 (2), 1985, S. 191 (191).

3 *S. Greenfield/G. Osborn/P. Robson*, Film and the Law. London: Cavendish 2001, S. 24.

4 *S. Machura*, Law and Cinema Movement, in: C. J. S. Picart/M. H. Jacobsen/C. Greek (Hrsg.), Framing Law and Crime: An Interdisciplinary Anthology, Lanham, Maryland: Fairleigh Dickinson University Press/Rowman and Littlefield 2016, S. 25 (28).

5 Z.B.: *N. Festenberg/D. Hipp*, TV-Justiz – „Das ist emotionales Theater", Der Spiegel 42, 2002, S. 188–189.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

schmeichelhafte Bild, das „Reality Police Shows" zeichneten, nicht nachvollziehen konnten.[6] Dagegen legten Untersuchungen mit Studierenden in Nordwales nahe, dass solche Sendungen das Vertrauen steigerten.[7] Der andere Befragtenkreis, die anderen Erfahrungen und Wahrnehmungen, machen den Unterschied.

Es kommt auch darauf an, welche Vorlieben das Publikum hat. Die Darstellung von Anwälten in US-Produktionen wandelte sich, wie Michael Asimow dargelegt hat.[8] Wer Filme aus der klassischen Zeit der Gerichtsdramen von den Dreißiger- bis Fünfzigerjahren liebt, erhält ein anderes Bild, als wer das Kino der vom Vietnamkrieg und Watergate geprägten Jahrzehnte, mit ihrem zynischeren Blick auf die amerikanischen Institutionen, bevorzugt. Was zum Wandel beitrug, ist das Nachlassen der Selbstzensur der amerikanischen Filmindustrie, deren Regeln bestimmten: „Law, natural or human, shall not be ridiculed, nor shall sympathy be created for its violation."[9] Bevor das Fernsehen in alle Haushalte vorgedrungen war, verbrachten auch Familien generationenübergreifend ihre Abende im Kino. Dann aber sprach das Kino vor allem ein jüngeres Publikum an, das mehr Action und kontroversere Darstellungen suchte. Mittlerweile ist durch das Internet und Streamingservices das Sehverhalten noch weiter individualisiert. Dem deutschen Publikum wird schon alleine im Fernsehen eine ungeheure Vielzahl von Angeboten gemacht: Es reicht von aktuellen Beiträgen bis zu der Wiederholung von Fernsehgerichtsshows und ameri-

---

6 *A.Dirikx/D. Gelders/J. Van den Bulck*, Adolescent Perceptions of the Performance and Fairness of the Police: Examining the Impact of Television Exposure, Mass Communication and Society 16 (1), 2013, S. 109 (126–128). In „Police Reality Shows" verfolgen Kameras den Einsatz von Polizisten: *E. Rapping*, Law and Justice as Seen on TV, New York: New York University Press 2003, S. 55–66.

7 *S. Machura/T. Love/A. Dwight*, Law Students' Trust in the Courts and the Police, International Journal of Law, Crime and Justice 42, 2014, S. 287 (297), die Befragten waren Studierende der Rechtswissenschaft; sowie *S. Machura/S. Almjnoni/J. Brown/B. Vavrik/E. Williams*, Welsh Nationalism and Students' Distrust in the UK Police, International Journal of Politics, Culture, and Society (im Erscheinen) mit Studierenden verschiedener Fächer. Anders wiederum eine Studie, die über Studierende hinausgeht und einen breiteren Kreis von Befragten einbezieht: *S. Machura/S. O. P. Jones/A. Würgler/J. Cuthbertson/A. Hemmings*, National Identity and Distrust in the Police: The Case of North West Wales, European Journal of Criminology 16 (1), 2019, S. 60 (70, 72).

8 *M. Asimow*, Bad Lawyers in the Movies, Nova Law Review 24, 2000, S. 533.

9 The Motion Picture Code of 1930 (Hays Code), http://www.artsreformation.com/a001/hays-code.html (zuletzt aufgerufen im Mai 2015).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

kanischer Serien, und über meist ältere Kinofilme bis zur Ausstrahlung von Produktionen aus der Zeit des Nationalsozialismus und der DDR.[10]

Ganz entscheidend für eine Bestimmung von Medienwirkungen ist die Inhaltsanalyse, was genau dargestellt wird.[11] Welche Lesart wird dem Publikum nahegelegt? Hier werden die Weichen dafür gestellt, welchen Effekt Medien haben. Wenn es um fiktionale Darstellungen geht, dann ist das dominante Muster eine Geschichte, in der Protagonisten ihr Recht durchsetzen.

Meta-Erzählung, Hauptbotschaft, Unterstützungshypothese

Tatsächlich lässt sich eine Meta-Erzählung identifizieren, der rechtsbezogene Filme und Fernsehserien typischerweise folgen. In der Ausgangssituation werden Rechte verletzt, meist wird ein Verbrechen begangen. Das Recht wird mobilisiert, Klage wird erhoben, oder eine Straftat angezeigt. Mit Hilfe engagierter Anwälte (und zunehmend auch Anwältinnen) werden Hindernisse aus dem Weg geräumt. Diese können schon die Feststellung der fallspezifischen Tatsachen betreffen. Meist aber muss der Widerstand einer „injustice figure" überwunden werden. Mit diesem Ausdruck bezeichnet Nicole Rafter eine Person, die durch ihr Handeln die Verwirklichung von Gerechtigkeit zu verhindern droht.[12] Schließlich wird typischerweise trotz alledem ein Sieg vor Gericht errungen. An dem Ort also, der die Justiz des Staates mehr als alles andere versinnbildlicht.

Neben einer Meta-Erzählung gibt es auch eine Hauptbotschaft, die Rezipienten aus rechtsbezogenen Fernseh- und Kinofilmen heraushören können. Zum einen erfährt das Publikum von Rechten, die ihm eingeräumt sind. Ferner erscheint das Recht als potentiell effektiver Mechanismus zur Verhaltensregulierung. Eingebaut ist, wie im Folgenden weiter gezeigt

10 Für Auswertungen des Fernsehangebots: *S. Machura/M. Böhnke*, Germany, in: P. Robson/J. Schulz (Hrsg.), A Transnational Study of Law and Justice on TV, Oxford: Hart 2016, S. 99–112. In dem Band finden sich auch Beiträge zu weiteren Ländern, wie der Schweiz, Frankreich, dem Vereinigten Königreich, Israel und den USA.

11 *S. Machura*, An Analysis Scheme for Law Films, Baltimore Law Review 36 (3), 2007, S. 329.

12 *N. Rafter*, Shots in the Mirror. Crime Films and Society, 2. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2006, S. 136. Den Gegensatz bildet die "Justice Figure", die nach Gerechtigkeit strebt.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

werden wird, eine liberale Perspektive, wobei Anwälte und das Rechtssystem als die Garanten von Gerechtigkeit erscheinen.[13]

Jedenfalls in Nord- und Westeuropa vertraut die Mehrheit dem Recht, seinen Institutionen und seinem Personal. Die international vergleichende Meinungsforschung zeigt dies seit Jahrzehnten auf.[14] In diesem Umfeld unterstützen die vielen positiven Darstellungen des Rechts den Legitimitätsglauben und das vorhandene Vertrauen.[15] Anders in Diktaturen, hier legen die gleichen medialen Inhalte die Defizite offen und das Publikum wird eher zur Unzufriedenheit mit den Verhältnissen bewegt. Instruktiv ist Emile Durkheims Soziologie. Nach Durkheim haben alle Mitglieder einer Gesellschaft ein prinzipielles Interesse am sozialen Zusammenhalt der Gesellschaft. Deren weithin geteilte Normen sollen aufrechterhalten und Normbrecher sanktioniert werden. In dem Maße, wie dies gelingt, er-

---

13 *S. Machura*, Representations of Law, Rights and Criminal Justice, in: N. Rafter/M. Brown/K. Biber/E. Carrabine/G. Cavender/S. Machura/J. Schept (Hrsg.), Oxford Encyclopedia of Crime, Media, and Popular Culture, New York: Oxford University Press 2018, S. 190 (203–204).

14 *S. Machura*, Media Influence on the Perception of the Legal System, in: K. Papendorf/S. Machura/K. Andenæs (Hrsg.), Understanding Law in Society, Zürich: Lit Verlag 2011, S. 239 (244–249); *S. Machura*, Laypersons – Attitudes to, Experiences with Law, in: A. Kretschmann/G. Mouralis/U. Zeigermann (Hrsg.), Laypersons in Law – Social Science Perspectives on Legal Practices of Non-professionals, London: Routledge, in Vorbereitung.

15 *M. Asimow/S. Greenfield/J. Guillermo/S. Machura/G. Osborn/P. Robson/C. Sharp/R. Sockloskie*, Perceptions of Lawyers – A Transnational Study of Student Views on the Image of Law and Lawyers, International Journal of the Legal Profession 12, 2005, S. 407 (428) fanden, dass der Konsum von rechtsbezogenen Fernsehsendungen negativ mit der Bewertung von Anwälten durch schottische Jurastudierende zusammenhing, ganz entgegen dem sonstigen Trend in der internationalen Studie. Peter Robson schlug als Erklärung vor, dass das schottische Recht ein Gegenstand nationalen Stolzes sei und daher die Mediendarstellungen nur hinter dieses positive Bild zurückfallen können.
In einer Telefonbefragung im Raum Bochum hielt, wer mehr klassische Gerichtsdramen gesehen hatte, Anwälte für weniger vertrauenswürdig und schrieb ihnen geringeres soziales Prestige zu; und wer sich sehr durch Romane, Film und Fernsehen informiert ansah, meinte häufiger, sie verdienten das Einkommen nicht, das sie erzielen. Jedoch war der Einfluss dieser und anderer Faktoren zusammengenommen eher gering mit 3,5 bis 6,9% erklärter Varianz: siehe *S. Machura*, Empirische Beobachtungen zum Prestige der deutschen Anwälte, in: W. Kohte/N. Absenger (Hrsg.), Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs: Festschrift für Armin Höland, Baden-Baden 2015, S. 396 (408 f.). Eine mögliche Erklärung dafür wäre, dass aus dramaturgischen Gründen erforderliche „injustice figures" einen – wenn auch nicht großen – Eindruck hinterlassen haben.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

scheint die Gesellschaft als stabil.[16] Darüber hinaus beschrieb Durkheim, dass vom Staat zusätzlich der Schutz des Einzelnen und seiner Rechte erwartet wird. Er spricht vom „Kult des Individuums".[17]

International vergleichende empirische Forschung ergab, dass Menschen Institutionen und Verfahren, aber auch das Personal des Rechts danach beurteilen, ob Verfahren „fair" ablaufen und Betroffene „fair" behandelt werden. Verfahren werden als „fair" angesehen, so Leventhal, wenn sie konsistent angewendet werden, Entscheider unvoreingenommen sind, Beweise sorgfältig erhoben werden, die Betroffenen repräsentiert und Entscheidungen korrigierbar sind, und wenn Verfahren den gesellschaftlichen Normen und Werten entsprechen.[18] Nach der an Durkheim erinnernden Group Value Theory von Lind und Tyler lernen Individuen die in der Gesellschaft (oder ihrer Gruppe) geltenden sozialen Normen für faire Verfahren.[19] Sie erwarten, dass diese dann auch entsprechend ablaufen und die Autoritäten, wie etwa im Falle der Gerichte die Richter, entsprechend vorgehen. Der Zustand des Gemeinwesens und der dem einzelnen gewährte soziale Status werden am Verhalten derer abgelesen, die die Gruppe (den Staat, die Gesellschaft) repräsentieren.[20] Werden diese Erwartungen enttäuscht, tritt eine Vertrauenskrise ein, die Institutionen, Personen und Professionen verlieren an Legitimität und Unterstützung. Es gibt darüber hinaus Hinweise darauf, dass Menschen nicht nur selbst fair behandelt werden wollen, sondern dies auch für andere wollen.[21]

---

16 *E. Durkheim*, Regeln der soziologischen Methode, 4. Aufl., René König (Hrsg.), Neuwied 1976, S. 181.

17 *E. Durkheim*, Physik der Sitten und des Rechts−Vorlesungen zur Soziologie der Moral, H. P. Müller (Hrsg.), Frankfurt a. M. 1999, S. 100 (119 f.).

18 *G. S. Leventhal*, What Should Be Done With Equity Theory?, in: K. J. Gergen/M. S. Greenberg/R. H. Willis (Hrsg.), Social Exchange: Advances in Theory and Research, Bd. 9, New York: Plenum 1980, S. 27 (39–46).

19 *E. A. Lind/T. R. Tyler*, The Social Psychology of Procedural Justice, New York: Plenum 1988; *T. R. Tyler*, Why People Obey the Law, New Haven: Yale University Press 1990.

20 *E. A. Lind/C. T. Kulik/M. Ambrose/M. V. de Vera Park*, Individual and Corporate Dispute Resolution: Using Procedural Fairness as a Decision Heuristic, Administrative Science Quarterly 38 (2), 1993, S. 224.

21 Z.B.: *K. A. Rasinski/T. R. Tyler*, Fairness and Vote Choice in the 1984 Presidential Election, American Politics Quarterly 16 (1), 1988, S. 5; *S. Machura*, Fairneß und Legitimität, Baden-Baden 2001. Anders z.B. bei *R. J. Boeckmann/T. R. Tyler*, Commonsense Justice and Inclusion Within the Moral Community. When Do People Receive Procedural Protections From Others?, Psychology, Public Policy, and Law 3 (2-3), 1997, S. 362.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

In genau diese sozialen Mechanismen, wie sie Durkheim beschrieben hat und wie sie in der Procedural Justice-Forschung aufscheinen, hinein entfaltet sich die liberale Botschaft von rechtsbezogenen Filmen und Fernsehsendungen. Es wird erwartet, dass gesellschaftliche Werte gelten und verteidigt werden, und dass insbesondere Verfahren fair ablaufen und Rechte geschützt werden. Gerade weil Kriterien für Verfahrensgerechtigkeit weithin konsentiert sind, können Medienrezipienten auch Film- und Fernsehhandlungen verstehen, die in ganz anderen Ländern, Kulturen, Rechtssystemen, und zu anderen Zeiten spielen.[22]

„Verstehen" meint hier einen ungefähren Nachvollzug der Geschichte und der Handlungsweisen der Charaktere. Mehr wird von einem Publikum in der Regel nicht verlangt, wenn es unterhalten werden soll, oder wenn ihm eine grobe Orientierung geboten werden soll. Man muss also kein Kenner japanischer Kultur sein, um dem Film „Rashomon" (Japan 1950, Regie: Akira Kurosawa) etwas abgewinnen zu können. Das hier gebotene Verwirrspiel sich völlig widersprechender Zeugenaussagen funktioniert für den Zuschauer unter anderem deshalb, weil er eine Vorstellung vom Verhalten von Zeugen und vom Ablauf eines Gerichtsverfahrens hat. Und das Gros der Filme und Fernsehsendungen ist viel einfacher gestrickt als „Rashomon". Es tut dem Funktionieren des Films für ein westliches Publikum keinen Abbruch, ob der Zuschauer der Darstellung des Räubers, der Frau des Samurais, des Holzfällers, oder des Geistes des getöteten Samurai folgt, ob er versteht, wieso dieser über ein Medium aussagen kann, ob er den Film für „typisch japanisch" hält, oder für zu sehr durch westliche Vorbilder beeinflusst, wie die zeitgenössische japanische Kritik, ob er die vom Regisseur intendierte Anspielung auf die Zustände im Nachkriegsjapan versteht, oder gar, dass die Angeklagte die Frau des Samu-

22 *S. Machura*, Procedural Unfairness in Real and Film Trials: Why Do Audiences Understand Stories Placed in Foreign Legal Systems?, in: M. Freeman (Hrsg.), Law and Popular Culture, Oxford: Oxford University Press 2005, S. 148. – Während über Kriterien fairen Verhaltens weithin Einverständnis besteht, ist es mit Kriterien gerechter Verteilung oder auch Bestrafung anders. Hier liegen die drei Grundprinzipien der Entscheidung nach Gleichheit, nach „Bedürftigkeit" – hier denkt man im Bereich des Strafrechts an die Individualprävention und Rehabilitation – und nach „Equity" (einem Proportionalitätskalkül) im ewigen Streit (*M. Deutsch*, Equity, Equality, and Need: What Determines Which Value Will Be Used as the Basis of Distributive Justice?, Journal of Social Issues 31 (3), 1975, S. 137).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

rais ist und nicht der Räuber, und wie das mit dem Ethos der Samurais zusammenhängen könnte.[23]

Die vorherrschende Darstellung in Rechtsfilmen und rechtsbezogenen Fernsehsendungen ist positiv: Anwälte erscheinen als Helden der Geschichten, Richter, soweit sie Tiefe der Darstellung erhalten, denn meist sind sie, jedenfalls in Filmen und in den meisten Serien, nur Nebenfiguren, als kompetent und „weise". Insgesamt erscheint das Recht als nützlich, unabdingbar und das Justizsystem als gut. Sofern es nur, wie Greenfield, Osborn und Robson darlegen, in den Händen der richtigen, lauteren Akteure sei.[24]

Die Darstellung der Anwälte reicht vom Überhelden in „Young Mr. Lincoln" (USA 1939, Regisseur: John Ford, siehe Abbildung 1) bis zum „rechtlichen Familiendoktor" in der Serie „Liebling Kreuzberg" (Deutschland 1986 bis 1998). Lincoln erntet am Filmende nicht nur die Bewunderung der Stadt, sondern die Figur des Darstellers wird gar mit der Statue des Lincoln-Memorial in Washington überblendet, während ein Chorgesang mit „Glory Halleluja" einsetzt.[25]

Der fachgerechte Einsatz filmischer Produktionsmittel unterstreicht auch die Autorität des Richters. Dies selbst in einer als „leichte Unterhaltung" definierten Serie wie der englischen Fernsehgerichtsshow „Judge Rinder" (seit 2014), wo man mit dem Richter lacht, oder damals in der Sendung „Königlich-Bayerisches Amtsgericht" (1969–1972), die das Bild partriarchalischer Autorität in ländlich-kleinstädtischem Idyll zeichnete.[26] Die Richterin als Vertrauensperson des Volkes bildete das Schema auch der deutschen Fernsehgerichtsshows. Nach dem Vorbild von Serien aus den USA entschieden „Richterin Barbara Salesch" (Deutschland 1999–2012) und Co. die Fälle mit einem Verständnis für Gerechtigkeit, das half, das Erlaubte vom Unerlaubten zu unterscheiden.[27] Allerdings zeigten die

23 Zum Film: *O. Kamir*, Judgment by Film: Socio-legal Functions of Rashomon. Yale Journal of Law and the Humanities 12 (1), 2000, S. 39–88.

24 *Greenfield/Osborn/Robson*, Film (Fn. 3), S. 27.

25 *M. Böhnke*, Myth and Law in the Films of John Ford, in: S. Machura/P. Robson (Hrsg.), Law and Film, Oxford: Blackwell 2001, S. 47 (53–57).

26 *L. J. Moran*, The Wit of Judge Rinder: Judges, Humour and Popular Culture, Oñati Socio-Legal Series 9 (5), 2019, S. 771 (776 ff.); *S. Machura*, Television Judges in Germany, in: P. Robson/J. Silbey (Hrsg.), Law and Justice on the Small Screen, Oxford: Hart 2012, S. 251 (252 f.).

27 *H. Porsdam*, Legally Speaking, Contemporary American Culture and the Law, Amherst: University of Massachusetts Press 1999, S. 102–104; *Machura*, Television Judges (Fn. 26).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

deutschen Fernsehrichterinnen und -richter mehr demonstrative Fairness für die Betroffenen, die vor der Richterbank auftraten.[28]

Abbildung 1: Historisches, im Original vierfarbiges, Werbematerial für den Film „Young Mr. Lincoln" (USA 1939). Man sieht den späteren US-Präsidenten u.a. auf dem Zentralbild als strammen Jüngling beim Studium des Common Law, beim Schlichten eines Nachbarschaftsstreits im zweiten kleinen Bild von links, und schließlich als Anwalt vor Gericht und wie er ganz allein einen Lynchmob aufhält auf dem Bilderreigen rechts. http://www.cliomuse.com/young-mr-lincoln-1939.html, zuletzt aufgerufen am 28. 02. 2017.

Ein Fund des Autors im Privatarchiv von Richterin Dr. Ruth Herz von der Serie „Das Jugendgericht" (Deutschland 2001–2007) verdeutlicht die hier im Anschluss an Durkheim vertretene Perspektive, dass das breiteste Publi-

28 *Machura,* Television Judges (Fn. 26), S. 251; *G. Olsen*, Intersections of Gender and Legal Culture in Two Women Judge Shows: Judge Judy and Richterin Barbara Salesch, in: H. Peterson/J. M. Vilaverde/I. Lund Andersen (Hrsg.), Contemporary Gender Relations and Changes in Legal Culture, Copenhagen: Djøf 2013, S. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

kum sich wünscht, Rechtsverstöße geahndet zu sehen und dabei auf die prozedurale Fairness achtet. Da war ein Brief mit etwa vierzig Unterschriften aus einem Frauengefängnis. Die Unterzeichneten seien Gefangene und Justizvollzugsbeamtinnen, jeden Nachmittag schauten sie gemeinsam „Das Jugendgericht" und sie bewunderten die Urteilsgerechtigkeit und Fairness von Dr. Herz. Selbst Menschen, die aus der Gesellschaft auf Zeit ausgeschlossen worden sind, schätzen also die Figur des fairen (Medien-)Richters.

Allein, so disziplinlos und rüpelhaft wie die Angeklagten in „Das Jugendgericht" hätten sie sich vor Gericht nicht benommen, erklärten die Strafgefangenen in ihrem Brief. Empirische Untersuchungen zeigen, dass Vielseher der deutschen Gerichtsshows begannen, es als erwartbar anzusehen, dass Menschen vor Gericht hart angegangen werden und emotional leiden.[29] Einerseits erlebte das Publikum der Fernsehgerichtsshows also das angenehme Gefühl, dass die Fernsehrichterin die durch Verbrechen herausgeforderte Ordnung wiederherstellte, andererseits aber musste es dafür den Preis entrichten, durch das dramatisierte Verhalten vor Gericht auch wieder ein Stück weit verunsichert zu werden.[30] Insgesamt eine Konstellation, die viele dauerhaft als Zuschauer band und damit im Interesse der Produzenten und Fernsehkanäle war. Klassische Medienformate wie das „Königlich-Bayerische Amtsgericht", oder die amerikanische Fernsehserie „Perry Mason" (1957–1966) waren da eindeutiger affirmativ. Der positive Effekt von Darstellungen des Rechts wurde besonders deutlich in einer Studie, in der die befragten Schüler sich dann eher für die Anzeige einer möglichen Sexualstraftat aussprachen, wenn sie mehr klassische Filme mit heroischen Anwaltsdarstellungen gesehen hatten.[31] Das legt nahe, dass rechtsbezogene Filme und Fernsehsendungen die Zuschauer ermutigen, Vertrauen in das Recht zu zeigen und es nötigenfalls zu mobilisieren.

---

29 *B. Thym*, Kultivierung durch Gerichtsshows. Eine Studie unter Berücksichtigung von wahrgenommener Realitätsnähe, Nutzungsmotiven und persönlichen Erfahrungen, M.A. Dissertation, Ludwig-Maximilians-Universität München 2003; *Machura*, Television Judges (Fn. 26), S. 260–262.

30 *Machura*, Television Judges (Fn. 26), S. 266 f. In einer Telefonbefragung im Raum Bochum fand sich dann auch kein Zusammenhang zwischen Konsum von Fernsehgerichtsshows und Vertrauen in die Gerichte, *Machura*, Media Influence (Fn. 14), S. 261.

31 *S. Machura/A. Kammertöns*, Deterred From Going to Court? A Survey at German Schools on Media Influences, Entertainment and Sports Law Journal 8 (2), 2010, S. 13 (online).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Negative Darstellungen um Unterstützung zu mobilisieren

Nun existiert auch eine beachtliche Zahl an Filmen und Fernsehserien, in denen das Recht als Konfliktlösungsmechanismus versagt, wo Anwälte und Repräsentanten des Staates korrupt und inkompetent sind, die Schuldigen davonkommen und die Schwächsten leiden. Allerdings fügen sich auch die meisten dieser Darstellungen in das bereits gezeichnete Bild, dass ein liberales Rechtsverständnis befördert wird.

Es lassen sich Teilbereiche der populären Medienproduktion identifizieren, in denen auf den ersten Blick negative Darstellungen dominieren. Dies betrifft Kriegsgerichtsdramen, das Social Issue Drama und typische Produktionen etwa des französischen und italienischen Films und Fernsehens. Sie sind oft dem Wunsch entsprungen, Fehlentwicklungen aufzuzeigen, bestimmte Themen auf die Tagesordnung zu setzen, und Unterstützung für soziale, politische und rechtliche Reformen zu mobilisieren. Das Mittel dazu ist, den „Sinn für Gerechtigkeit" des Publikums durch die Darstellung unhaltbarer Situationen zu wecken. Auf die gezeigte skandalöse Ungerechtigkeit soll es mit dem Ruf nach Veränderung reagieren.

Da ist das „Social Issue Drama", das von Michael Kuzina analysiert worden ist.[32] Himmelschreiende Ungerechtigkeit widerfährt Akteuren, mit denen das Publikum im Verlauf der Erzählung mitleidet. Das geltende Recht, und die Art, wie es von meist staatlichen Akteuren praktiziert wird, erscheint als unhaltbar and die Filme legen eine Lösung nahe. Zu den bekannten Beispielen gehört John Fords Verfilmung des Romans von John Steinbeck „The Grapes of Wrath" (Buch 1939, Film USA 1940), über das Schicksals der „Okies", Farmer aus Oklahoma, die in der Zeit der Weltwirtschaftskrise durch eine Umweltkatastrophe von ihren Höfen vertrieben wurden.[33] Sie strebten dem reicheren Kalifornien zu, wo sie von Unternehmern gnadenlos ausgebeutet und von lokalen Behörden diskriminiert wurden. In „I, Daniel Blake" (Großbritannien 2016, Regie: Ken Loach und Laura Obiols) zappelt ein arbeitsloser älterer Mann hilflos im Netz der Kontrollen und Anforderungen einer computerisierten, auf Eigenverantwortlichkeit pochenden Sozialbürokratie, deren Regeln er nicht gerecht werden kann, und in der kein Personal mehr vorhanden ist, um

32 *M. Kuzina*, The Social Issue Courtroom Drama as an Expression of American Popular Culture, in: S. Machura/P. Robson (Hrsg.), Law and Film, Oxford: Blackwell 2001, S. 79.

33 *L. A. Frolik*, The Grapes of Wrath (1940). Can Justice Be Found on Route 66?, in: R. Strickland/T. E. Foster/T. Lovell Banks (Hrsg.), Screening Justice – The Cinema of Law, Buffalo/N.Y.: William S. Hein 2006, S. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Hilfe zu leisten. Als Antwort des Zuschauers auf solche Darstellungen soll der Ruf nach besseren Rechtsregeln, nach Kontrolle staatlicher Akteure etc. erfolgen.

Kriegsgerichtsdramen zeigen wie der einzelne Soldat zum Opfer einer Maschinerie wird, die rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht entspricht.[34] Das Erster Weltkriegsdrama „Paths to Glory" (USA 1987, Regie Stanley Kubrick) zeigt einen Kommandeur, der die Kollektivbestrafung seiner Männer durch die französische Armee nicht verhindern kann. Eine sehr deutsche Geschichte wird in „Kriegsgericht" (Deutschland 1959, Regie Kurt Meisel) erzählt, wo drei Matrosen durch die Nazijustiz das Leben verlieren. In „Breaker Morant" (Australien 1979, Regie Bruce Beresford) werden drei Leutnante als Sündenböcke verurteilt, zwei zur Todesstrafe und ein Dritter, obwohl klar unschuldig, zu Zwangsarbeit, um Friedensverhandlungen eröffnen zu können.[35] Die Mitschuld der Armeeführung an den Kriegsverbrechen wird durch einen befohlenen Meineid sowie die Komplizenschaft der Militärrichter und des Anklagevertreters vertuscht. Der Film nach einem historischen Fall kann bereits für eine weitere Kategorie kritischer Filme angeführt werden.

Darstellungen nach historischem Vorbild sind ebenfalls oft negativ. Das liegt daran, dass die Fälle dem Publikum dadurch im Gedächtnis geblieben sind, dass sie entweder ungelöst erscheinen, oder eine kritische Diskussion ausgelöst haben.[36] Für dieses Subgenre kann das Drama nach dem Vorbild eines Falles in den Niederlanden „Lucia de B." (Niederlande/Schweden 2014, Regie: Paula van der Oest) stehen. Es fiel auf, dass Säuglinge gehäuft auf einer Krankenstation starben und eine Schwester wird schnell dafür verantwortlich gemacht. Selbst als gegen Mitte des Films das Publikum schon von ihrer Unschuld und von der Manipulation der Staatsanwaltschaft überzeugt ist, bestätigt die Berufungsrichterin die Haftstrafe. Als sie weggeführt wird, wendet sich die Frau in Verzweiflung zu ihren Lieben im Zuschauerbereich, genau in die Kamera – uns, den Zuschauern, zugewandt – ruft sie: „Ik heb det niet gedaan."

---

34 *M. Kuzina*, Das Kriegsgerichtsverfahren als Filmsujet: US-amerikanische Erzählmuster, in: S. Machura/R. Voigt (Hrsg.), Krieg im Film, Lit 2005, S. 185.

35 *D. L. Kershen*, Breaker Morant (1979), in: R. Strickland/T. E. Foster/T. Lovell Banks (Hrsg.), Screening Justice – The Cinema of Law, Buffalo/N.Y.: William S. Hein 2006, S. 35.

36 *S. Machura/M. Böhnke*, The Legal System in German Popular Culture, in: N. Rafter/M. Brown/K. Biber/E. Carrabine/G. Cavender/S. Machura/J. Schept (Hrsg.), Oxford Encyclopedia of Crime, Media, and Popular Culture, New York: Oxford University Press 2018, S. 451 (457, mit weiteren Beispielen).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Rechtsdarstellungen aus Frankreich und Italien sind häufig durch eine starke herrschaftskritische Strömung geprägt. Hier geht es um eine Kritik der gesellschaftlichen Verhältnisse, wobei insbesondere die Verquickungen der Eliten mit dem organisierten Verbrechen und auch die Sonderrechte, die sich die Mächtigen herausnehmen, angeprangert werden. Es fehlt der grundständige Optimismus vieler Hollywoodproduktionen. Die Hauptperson der bekanntesten italienischen Fernsehserie, ausgestrahlt in Deutschland unter dem bezeichnenden Titel „Allein gegen die Mafia" (Italien 1984), war ein Kommissar, der in seinem zunehmend aussichtslosen Kampf seine Familie und schließlich das Leben verliert.[37] Polizei, Politik, alle Institutionen sind hier als durchdrungen von mafiösen Netzwerken dargestellt. Die französische Serie „Engrenages" (englischer Titel „Spiral", Staffeln 6 und 7, 2017 und 2019), porträtiert die Pariser Behörden, Politik, Anwaltschaft und Wirtschaft als beherrscht von eigensüchtigen Intriganten, die bereit sind zu einer Kollaboration mit mächtigen kriminellen Interessen. Auch die zur Identifikation einladenden Charaktere beginnen das Recht zu brechen, manche um einer höheren Gerechtigkeit willen, andere weil sie trickreich in Machenschaften einbezogen werden oder weil sie private Rache suchen. Anwältin Joséphine Karlsson (Abbildung 2) zum Beispiel überfuhr einen gewalttätig gewordenen Kollegen in der Tiefgarage. Knapp entgeht sie einer Verurteilung und beginnt ihre Karriere von neuem in der Kanzlei eines älteren Anwalts, der einen Geldwäscher vertritt. Als sie herausfindet, dass der vermeintliche Wohltäter sie hintergeht, wendet sie sich gegen ihn und seinen Mandanten. Die Zuschauer sehen auch, wie sie es erreicht, dass eine Mitgefangene, die sie im Untersuchungsgefängnis kennengelernt hatte, vor Gericht mildernde Umstände erhält. Die Anwältin hat also durchaus ein Gerechtigkeitsgefühl, ist aber doch bereit gegen das Recht zu handeln. Das letztere trifft auch auf weitere Figuren der Serie zu, allen voran die Hauptfiguren, eine Polizistin und einen Polizisten. Selbst der sonst positiv gezeichnete Untersuchungsrichter zeigt zwischenzeitlich einen Mangel an Urteilskraft und läuft in eine Falle. Nichts ist gut am Ende der Staffel: Polizei, Justiz, die Gesellschaft befinden sich in einer Spirale nach unten. – Produkte der populären Rechtskultur werden zu einem Instrument der Kritik, das dem Publikum die Idee eines besseren Rechts nahelegen soll, eines Rechts, das die Missstände hinter sich lässt.

37 *F. Spina*, Italy, in: P. Robson/J. Schulz (Hrsg.), A Transnational Study of Law and Justice on TV, Oxford: Hart 2016, S. 142 (147).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Abbildung 2: Anwältin Joséphine Karlsson (gespielt von Audrey Fleurot) beginnt ein Doppelspiel im Dienst von und gegen organisierte Kriminelle. In dieser Szene hat sie einen korrupten Unternehmer dazu gebracht, den Übergriff der zwei Hauptpersonen der Serie auf ihren Mandanten anzuzeigen. Filmstill von „Engrenages", Serie 7, Folge 9 (Frankreich 2019). Screenshot des Autors vom BBC iplayer, 4. 12. 2019.

Negative Darstellung von Alternativen zum Recht und zur Justiz

Viel ist in der Rechtswissenschaft und in den Socio-legal Studies aus „Alternativen zum Recht" oder alternativen Verfahren „im Recht" gemacht worden. Die populäre Rechtskultur war immer skeptisch gegenüber „Alternativen" zum staatlichen Recht und seinen Verfahren. In der amerikanischen Anwaltsserie „The Good Wife" (2009–2016), erscheint Mediation als willkürlich und gefährlich für die, die sich auf sie einlassen.[38] „Der junge Lincoln" wird von zwei Farmern in seinem Anwaltsbüro aufgesucht und gebeten, einen hartnäckigen Streit zwischen ihnen zu schlichten (Abbildung 1). Lincoln ist erst erfolgreich, nachdem er beiden weismacht, dass er einmal die Köpfe zweier Burschen so heftig gegeneinandergeschlagen habe, dass sie platzten. Offenbar nicht eines Besseren belehrt, entlohnt einer der Farmer Lincoln für seine Dienste mit einer Falschmünze.

38 *S. Machura/Ll. Davies*, „Law is an Odd Thing" – Liberalism and Law in the TV-series „The Good Wife", KJ 2013, 279 (283).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

„Entführung im Kaukasus“ (1967, Regie Leonid Gaidai), die wohl beliebteste sowjetische Komödie, entfaltet die Geschichte eines vom Dorfvorsitzenden entführten Mädchens, das von ihren Freunden befreit wird. Bewaffnet suchen sie ihn nachts heim und drohen, mit ihm nach dem „Recht der Berge“ zu verfahren. Auf Knien bittet der Schurke um einen Prozess vor einem sowjetischen Gericht, dessen geordnete, moderne Erscheinung dann ganz mit dem Eindruck des rückständigen Bergdorfes kontrastiert. Für die populäre Rechtskultur steht der Staatsapparat und die staatliche Justiz, aber auch das moderne Anwaltswesen im Mittelpunkt einer meist doch am Ende positiven Darstellung.

Der amerikanische Western, dessen Hauptmotiv die Etablierung einer modernen Zivilisation ist, enthält viele Beispiele für die Verderblichkeit ungeordneter Suche nach Gerechtigkeit. Zu den Eindrucksvollsten gehört „The Ox-Bow Incident“ (USA 1942, Regie William A. Wellman).[39] Drei Cowboys werden von einem Aufgebot gestellt, das eine Bande Viehdiebe und Mörder fassen möchte. Vergeblich spricht sich die Minderheit der Reiter für die drei aus, von blinder Wut getrieben schreitet die Mehrheit zur sofortigen Exekution. Wenige Minuten später trifft der Sheriff ein und mit ihm die Nachricht, dass andere die Gesuchten waren. Clint Eastwood verkörpert in „High Plains Drifter“ (USA 1973, Regie Clint Eastwood) einen Rächer, der einen Ort dafür büßen lässt, dass er seinen Marshall Banditen ausgeliefert hat. Zu den Strafmaßnahmen, die er ergreift, zählt ein Übergriff auf eine Bewohnerin.[40] Beispiele für die abschreckende Darstellung illegitimer Gewalt finden sich auch in anderen Genres zuhauf. Die wichtigste neuere Fernsehserie in Italien – nach den sehr populären Romanen von Andrea Camilleri – ist „Montalbano“ (1999–2019), mit einem Spin-off, der den Charakter des jungen Polizeikommissars leuchten lässt („The Young Montalbano“, Italien 2012, 2015). Inspektor Montalbano leitet die Kriminalpolizei eines sizilianischen Städtchens, was viele Geschichten zu erzählen erlaubt, die um einen antiquierten patriarchalischen „Ehren“kodex und die grausame Parallelwelt der Mafia kreisen (Abbildung 3).

---

39 *P. Bergman/M. Asimow*, Reel Justice, Kansas City: Andrews and McMeel 1996, S. 248–251.

40 *P. Robson*, Developments in Revenge, Justice and Rape in the Cinema, International Journal of the Semiotics of Law 2019, doi: 10.1007/s11196-019-09614-7 (online).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

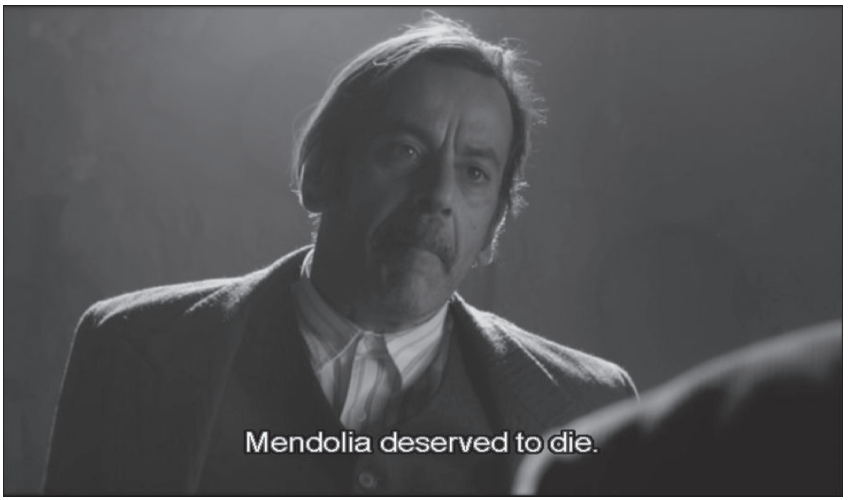

Abbildung 3: In „The Young Montalbano" (Serie 2, Folge 2 „Room Number Two", Italien 2015) erfährt der Polizeikommissar, dass der reisende Vertreter Saverio Custunaci (gespielt von Nicola Rignanese) in Wirklichkeit davon lebt, Streitigkeiten zwischen Mafiafamilien zu schlichten. Screenshot des Autors vom BBC i-player, Aufnahmedatum im Januar 2016.

Weniger Darstellungen von Zivilprozessen

Unter den Erzeugnissen der populären Rechtskultur dominiert die Darstellung von Verbrechen und der Kriminaljustiz. Das kann man mit dem Sensationseffekt und dem Unterhaltungswert erklären.[41] Für jeden nachvollziehbar wird die Gesellschaft durch schwere Verbrechen herausgefordert und der Wunsch nach ausgleichender Gerechtigkeit geweckt. Fast gar nicht geht es um Verwaltungsgerichtsverfahren oder um Prozesse vor einem Verfassungsgericht. Immerhin zeigt Stephen Spielbergs „Amistad" (USA 1997) wie sich ein Verfahren vor dem US Supreme Court sehr effektiv dramatisieren lässt. Überhaupt dominieren die Eingangsgerichte, wo und insoweit die Fälle durch umfängliche Beweisaufnahmen gekennzeichnet sind. Es gibt jedoch einen Korpus herausragender Filme zu Zivilprozessen.

41 Zu Aspekten des Unterhaltungswerts rechtsbezogener Filme und Fernsehsendungen: *Machura*, Representations (Fn. 13), S. 192–195.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Vor der Zivilgerichtsbarkeit legen zwei Parteien ihre Sicht eines Falles dar. Mit Ausnahme der amerikanischen Civil Jury begegnet das Publikum hier nur Berufsrichtern. Das Hauptproblem der Zivilprozesse aus Sicht der populären Rechtskultur bildet ein Machtungleichgewicht zwischen den Parteien. Typischerweise folgt die Darstellung dem „David gegen Goliath"-Muster. Eine wirtschaftlich schwächere Partei ist gezwungen, bei Gericht gegen eine wirtschaftlich stärkere anzutreten, die alle ihre Ressourcen einsetzen kann.

Anwälte sind auch Unternehmer, ihr Handeln ist daher auch von Erwerbsinteressen geprägt. In amerikanischen Filmen und Fernsehserien wie „The Good Wife", wird dieser Aspekt deutlich hervorgehoben. Es gibt in den USA zwei Arten der Anwaltsgebühren. Eine Abrechnung nach geleisteten Stunden, aber auch die „Contingency Fee": das heißt die Entlohnung nur bei Gewinnen des Prozesses und dann mit einem vereinbarten Prozentsatz von der Zahlung der Gegenseite. Anwälte haben im System der „Contingency Fee" einen Anreiz, nur aussichtsreiche Fälle zu übernehmen, verschätzen sie sich, kann es ernste wirtschaftliche Konsequenzen haben. Dies wird der Kanzlei von Anwalt Schlichtman in dem Drama „A Civil Action" (USA 1998, Regie Steven Zaillian) zum Verhängnis.[42] Eine Gerberei hat das Grundwasser vergiftet und Anwohner sind schwer erkrankt. Jedoch geht den Anwälten der Kläger das Geld aus. Sie müssen einen (niedrigen) Vergleich akzeptieren und sind am Ende bankrott. Schlichtman bleibt nur noch, seine Beweissammlung an die Umweltbehörde weiterzugeben, die dann auch zur Ehrenrettung des amerikanischen Systems prompt reagiert. David, die Geschädigten und ihre Anwälte, unterliegt also Goliath, den verantwortlichen Unternehmen, und dieser dem Behemoth, dem Staat.

Sozialer Wandel

Jedenfalls soweit es das Recht betrifft, erweisen sich Film und Fernsehen als eher konservative Mächte (im Umfeld liberaler Rechtsstaaten), jedoch mit einem eingebauten Trend zur Veränderung. Zunächst spricht vieles dafür, dass dem breiten Publikum etwas Vertrautes oder annähernd Vertrautes dargestellt werden muss. Überforderte oder gelangweilte Zuschauer verweigern sich. Medienmacher setzen bei dem an, was von einer brei-

42 *M. Asimow/S. Mader*, Law and Popular Culture, 2. Aufl., New York: Peter Lang, S. 241–270.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ten Schicht verstanden wird. Alles andere ist etwa Arthouse Kino für den besonderen Geschmack, oder wird im Fernsehen zu nachtschlafender Zeit gebracht und erreicht eben nur wenige. Genauso verderblich wäre es aber, immer nur exakt das Gleiche zu bringen. Das Publikum erwartet eine Variation, etwa die unerwartete Kombination zweier oder gleich mehrerer Genres, oder gestattet dem Film, von Konventionen ausgehend, den Horizont zu erweitern. Gezeigt werden also auch Variationen der bewährten Darstellungen des Rechts. Dazu ein Beispiel. In „To Kill a Mockingbird" (Roman von Harper Lee 1960, Film USA 1962, Regie Robert Mulligan) verteidigt ein weißer Anwalt einen als hilflos gezeigten schwarzen Angeklagten vergeblich. Das entspricht dem traditionellen Muster des Anwalts, der sich ganz für einen ansonsten völlig aufgeworfenen Mandanten einsetzt. Teil der Attraktion des Films „Philadelphia" (USA 1993, Regie Jonathan Demme) ist dagegen, dass ein schwarzer Anwalt einen an Aids erkrankten weißen Mandanten vertritt, der selbst auch Anwalt ist. Und es ist dieses Opfer gesellschaftlichen Vorurteils, das dem Fall die entscheidende Wende gibt, indem er ein anwendbares Präjudiz entdeckt.

Dazu tritt der Einfluss aus anderen Ländern, der über populäre Rechtskultur vermittelt wird. Produkte populärer Rechtskultur machen das Publikum mit Aspekten des Rechtssystems bekannt, mit Teilchen des geltenden Rechts, mit Elementen der Rechtspraxis und bestimmten Seiten ihrer Akteure. Sie benutzen sie aber nicht für eine systematische und detailgenaue Darstellung, sondern folgen Gesetzmäßigkeiten der Medienindustrie.[43] Sie sind, um mit Luhmanns Gesellschaftsanalyse zu sprechen, mehr Teil der Systeme der Medien und der Kunst als des Rechts.[44] Innerhalb der Medienbranche, und auch wenn es um Darstellungen des Rechts geht, dominieren noch immer vor allem amerikanische Vorbilder. Das hat zur Folge, dass das deutsche Publikum eben teilweise mit einem ausländischen Rechtssystem vertraut gemacht wird. So halten doch manche Deutsche die Jury für eine Institution ihres Landes. Sie wurde aber bereits vor schon bald 100 Jahren abgeschafft. Das Strafverfahren läuft in Deutschland anders als in den USA ab. Nach dem Untersuchungsprinzip fällt dem deutschen Strafrichter eine zentrale Rolle im Strafverfahren zu, er erhebt die Beweise, während im amerikanischen Parteiverfahren die Anwälte dem Gericht zwei konkurrierende Versionen des Falls vorlegen. Deutsche Zu-

43 *S. Machura/S. Ulbrich*, Recht im Film: Abbild juristischer Wirklichkeit oder filmische Selbstreferenz? ZfRSoz 20 (1), 1999, S. 168.

44 *Machura/Ulbrich*, Recht im Film (Fn. 43), S. 178–180. Für Luhmanns Theorie: *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993; *N. Luhmann*, Die Kunst der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1997.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

schauer mögen also einen viel aktiveren Anwalt erwarten, wenn sie vor Gericht sind. Anekdotisch ist überliefert, dass Anwälte etwas auf Show gemacht haben, um Erwartungen ihrer Mandanten, die durch Fernsehgerichtsshows geweckt wurden, zu entsprechen. Oder auch dass Richter Zeugen belehrten: „Hier müssen Sie die Wahrheit sagen, sie kennen das ja von [der Fernsehrichterin, SM] Barbara Salesch". Auch das aggressivere Auftreten der Parteien und Zeugen in Gerichtsshows soll im deutschen Gerichtsalltag bemerkbar gewesen sein.[45]

In das Bild einer eher konservativen Botschaft der Rechtsfilme und -fernsehsendungen gehört der Legitimitätsglaube, der geweckt wird, und oben bereits diskutiert wurde. Zum Konservatismus gehört aber auch die Bereitschaft zum Wandel, bewahrt wird, was als Bewahrens wert angesehen wird. Die Dinge können sich ändern und man ändert sich mit. Zu den zwei Haupteffekten des Bekanntmachens mit Recht und des Nährens von Vertrauen in ein liberales Rechtssystem und in die rechtmäßig ins Amt gelangten Autoritäten, kommt ein dritter, der immerhin auch nachweisbar ist: Die Ankündigung oder Verstärkung von gesellschaftlichem Wandel.[46] In der zur besten Sendezeit ausgestrahlten Polizeiserie „Der Alte" (Deutschland, seit 1977) gab es einen schwarzen Assistenten, lange bevor Polizeibeamte, die keine weiße Hautfarbe haben, eingestellt worden sind. Weitere Beispiele ließen sich aus der Darstellung von Geschlechterrollen, oder von gesellschaftlich nicht-akzeptierter Sexualität anführen.[47] Popularität wird genutzt, vielleicht auch ein Stück weit riskiert, um neue Wege aufzuzeigen, überkommenes und vertrautes Verhalten zu problematisieren. So findet sich in der beliebten amerikanischen Sitcom „Frasier" eine Folge („A Day in May", 2001), die überhaupt nicht lustig ist, die dem Publikum aber eine mehr auf Rehabilitation setzende Reaktion auf Verbrechen nahelegt. Der ehemalige Polizist Martin wurde im Dienst von einem Räuber angeschossen, schwer verwundet, und musste den Beruf aufgeben. Jedes Jahr wohnt er einer Anhörung des Parole Board bei. Jedes Jahr begegnet er dort der Mutter des Gefangenen, hört, wie der Mann sich müht, sein Leben zu ändern, und wieder lehnt er es ab, ein Zeichen zu geben, dass er mit einer Freilassung einverstanden sein könnte. Sollte es einmal einen Wandel der punitiven Einstellung der Mehrheit der Amerikaner ge-

45 *S. Ulbrich*, Gerichtsshows als mediales Format und ihre Bedeutung für das Recht, in: S. Machura/S. Ulbrich (Hrsg.), Recht – Gesellschaft – Kommunikation, Baden-Baden 2003, S. 161.

46 *Machura/Böhnke*, Legal System (Fn. 36), S. 460 f.

47 *Machura/Böhnke*, Legal System (Fn. 36), S. 460 f.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ben, dann wird er wohl kaum ohne den Einfluss der populären Rechtsdarstellungen gekommen sein.

Schluss

Rechtsfilme und -serien sind wichtig zum Verständnis von Rechtskultur. Sie bilden eine der Quellen, aus denen sich das Wissen und Meinungen über Recht speisen. Zieht man die Bilanz aus den Formen und Inhalten, in denen Film und später Fernsehen das Recht dargestellt haben, so kann man folgern, dass sie im Wesentlichen eine klassisch liberale Sicht auf Recht nahelegen und mehr noch, den Zuschauern eine Rolle zuweisen, sollten ihre Rechte einmal verletzt werden. Sie bilden, bei allen Unterschieden im Einzelnen und mit Abweichungen je nach Subgenre und Produktionsumständen, eine große Erzählung von den Leiden der Gesellschaft und davon, wie sie gleichwohl zusammengehalten wird.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Ästhetik des Urheberrechts

Eberhard Ortland

Kurzzusammenfassung

Das Urheberrecht (bzw. Copyright Law) setzt bestimmte ästhetische Theorien als unverzichtbares Element seines Begründungskontextes voraus. Es bleibt auch im alltäglichen Geschäft der Entscheidungen urheberrechtlicher Streitfragen auf kunstphilosophische Theorien und ästhetische Urteile angewiesen und bringt selbst kunstphilosophische Einsichten hervor. Die größtenteils implizite Ästhetik des Urheberrechts reguliert, was für Gestaltungsformen in Kunst und Alltag benutzt werden und Beachtung finden können. Für die Anwendung des geltenden Rechts wie auch für die Auseinandersetzung um die Akzeptanz und um die wünschenswerte Ausgestaltung der Urheberrechte sollten die ästhetischen Implikationen des geltenden Rechts sowie ggf. der zur Diskussion stehenden Änderungsvorschläge nach Möglichkeit explizit gemacht werden.

1. Ästhetiken

Der Name „Ästhetik" wird seit dem 18. Jahrhundert für höchst unterschiedliche Zwecke verwendet: Sei es, dass das irreduzible Eigenrecht der sinnlichen Wahrnehmung, Empfindung oder Vorstellung gegenüber der logisch-begrifflichen Erkenntnis einsichtig gemacht und begründet werden soll, oder dass die unterschiedlichen Darstellungspotenziale verschiedener Zeichensysteme erörtert werden; sei es, dass die Besonderheit der Erfahrung des Schönen oder auch des Erhabenen, des Hässlichen, des Kitschigen usw. gegenüber den Erfahrungen anderer, verobjektivierbarer Qualitäten oder auch intersubjektiv verbindlicher Wertigkeiten reflektiert und erklärt werden soll; sei es, dass die Ästhetik sich auf den Geltungsanspruch der Geschmacksurteile und dessen Unterscheidung von den Ansprüchen, die für logische, informative oder normativ relevante Urteile typischerweise erhoben werden, konzentrieren soll; sei es, dass die Unterscheidung zwischen ‚Kunstwerken' (oder allgemeiner ‚ästhetischen Gegenständen') und anderen Artefakten oder Gegenständen der Erfahrung überhaupt systematisiert werden soll; sei es, dass die Sinnhaftigkeit bestimmter Formen oder Stile je für sich oder in einem bestimmten geschichtlichen

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Kontext oder auch des polyphonen Zusammenspiels einer Vielzahl von unterschiedlichen Künsten und Kunstgattungen einsichtig gemacht werden soll, oder dass bestimmte Kriterien für die kunstkritische Unterscheidung zwischen vorzüglichen und weniger beachtenswerten Kunstwerken entwickelt und begründet werden sollen oder allgemeiner normativ-evaluative Kriterien für Geschmacksurteile über den ‚ästhetischen' Vorzug oder Makel bestimmter Gegenstände, Formen, Ereignisse, Situationen oder Handlungen – die Heterogenität der Gegenstände, Erkenntnisinteressen und Methoden, die im weiten Feld der Ästhetik für maßgeblich erklärt worden sind, ist auf den ersten und auch noch auf den zweiten Blick verwirrender, als man es aus anderen Gebieten der Philosophie gewohnt ist.[1] Auch außerphilosophisch wird das Wort „Ästhetik" vielfältig verwendet, z.B. zur Bezeichnung, Empfehlung oder Kritik bestimmter Gestaltungspräferenzen in der Kosmetik, Prothetik oder plastischen Chirurgie, in Entscheidungsverfahren über Naturschutzgebiete oder Bauvorhaben, in der Produktgestaltung oder im Grafikdesign, oder auch für mehr oder weniger weit reichende, unter Umständen sogar kulturprägende, wahrnehmungsstrukturierende Präferenzordnungen. Man spricht von einer Ästhetik der Natur, der Landschaft, der Atmosphäre, des Himmels, des Lichts, des Schattens, des Alltags, der Sitten, der Antike, des Mittelalters, der Moderne, der Postmoderne, der Architektur, der Tonkunst, des Pop, des Punk, des Hip Hop, der bildenden Kunst, des Klassizismus, der Romantik, des Jugendstils, des Expressionismus, des Informel, der arte povera, der Dichtung, der Empfindsamkeit, des Romans, des Tragischen, des Komischen, der Allegorie, des Festes, des Spiels, des Performativen, des Tanzes, der Inszenierung, des Kinos, des Neorealismus, des Plötzlichen, des Schreckens,

1 Einen ersten Eindruck von der Heterogenität der Gegenstände, Erkenntnisinteressen und Methoden, die unter dem Namen „Ästhetik" in Betracht kommen, vermittelt der einschlägige Artikel in der deutschsprachigen *Wikipedia*, https://de.wikipedia.org/wiki/Ästhetik (zuletzt abgerufen 28. 2. 2020). Im Vergleich damit erscheint die entsprechende Seite der englischsprachigen *Wikipedia*, https://en.wikipedia.org/wiki/Aesthetics (zuletzt abgerufen 28. 2. 2020), deutlich aufgeräumter durch entschiedene, allerdings nicht begründete Fokussierung auf eine bestimmte Tradition und deren Fragestellungen. Für eine eingehendere Orientierung vgl. auch den begriffs- und disziplingeschichtlichen Überblicksartikel von *K. Barck/D. Kliche/J. Heininger*, Ästhetik/ästhetisch, in: K. Barck et al. (Hrsg.), Ästhetische Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart 2000, S. 308–400, sowie *J. Levinson* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Aesthetics, 2. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2005. Proben dessen, was gegenwärtig unter Philosophen international unter dem Label „aesthetics" diskutiert wird, versammelt *G. Fløistad* (Hrsg.), Contemporary Philosophy, Vol. 9: Aesthetics and Philosophy of Art, Dordrecht 2007.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

der Gewalt, des Hässlichen, des Politischen, der Masse, der Organisation, der Wahrnehmung, der Oberfläche, des Erscheinens, des Wandels, der Ruine, des Unsichtbaren, der Absenz – und nicht zuletzt auch des Rechts.

Die verwirrende Vielfalt und nicht selten auch Konfusion der diversen Ästhetik-Begriffe und Paradigmen wurde seit dem 18. Jahrhundert immer wieder beklagt und kritisiert. An Versuchen, die Diskussion zu vereinfachen, indem bestimmte Fragestellungen, Methoden oder Gegenstände für entscheidend, andere für irrelevant oder gar für irreführend erklärt wurden, hat es nicht gefehlt. Vereinzelt war ihnen ein gewisser Erfolg zumindest insofern beschieden, als die ästhetischen Debatten eine neue Wendung nahmen und die Auseinandersetzung über manche, bis dahin eifrig diskutierte Probleme aufgegeben wurde. Aber eine überzeugende Systematisierung, die begründen könnte, welche Fragestellungen und Gegenstände in der Ästhetik Beachtung verdienen und in was für einem Zusammenhang sie untereinander stehen, hat sich in den über 280 Jahren seit der Einführung des Disziplintitels[2] trotz erheblicher Anstrengungen, die zu solchen Zwecken unternommen wurden, nicht etablieren lassen.

Angesichts der irreduzibel erscheinenden Pluralität der Gegenstände, Fragestellungen und Methoden im ebenso weiten wie unübersichtlichen Feld der Ästhetiken erscheint es wenig überraschend, dass die Diskussion über die mögliche Relevanz ästhetischer Erfahrungen, Präferenzen, Urteile oder Kriterien für die Begründung, Ausgestaltung, Anwendung oder Kritik des Rechts beziehungsweise bestimmter rechtlicher Normen oder Verfahrensweisen nicht von einem einheitlichen Ästhetik-Konzept ausgehen kann, sondern die Pluralität der Ästhetiken gewissermaßen reproduziert, sei es auch selektiv im Hinblick auf die Fragestellungen, die aus der Rechtspraxis besonders dringlich erscheinen.[3]

---

2 Vgl. *A.G. Baumgarten*, Meditationes philosophicae de nonnullis ad poema pertinentibus (1735), hrsg. u. übers. v. H. Paetzold, Hamburg 1983, § 116; ders., Aesthetica (Bd. 1, 1750), ND Hildesheim 1970, § 1.

3 Vgl. u.a. *H. Triepel*, Vom Stil des Rechts. Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts (1947), neu hrsg. v. A. v. Arnauld u. W. Durner, Berlin 2007; *S. Bufford*, Beyond the Eye of the Beholder: Aesthetics and Objectivity, Michigan Law Review 71, 1973, S. 1438–1463; *J.J. Costonis,* Law and Aesthetics: A Critique and a Reformulation of the Dilemmas, Michigan Law Review 80, 1982, S. 355-461, *R. Kevelson* (Hrsg.), Law and Aesthetics, New York, Berlin u.a. 1992; *P. Schlag*, The Aesthetics of American Law, Harvard Law Review 115, 2002, S. 1047–1118; *D. Damler*, Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016; die Beiträge im 1. Heft der Rechtsphilosophie: Zeitschrift für Grundlagen des Rechts (RphZ) 2015, sowie *J. Reinhardt/E. Schürmann*, Ästhetische Theorien des Rechts,

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Mit *Eva Schürmann* und *Levno von Plato* sind wir gut beraten, Rechtsästhetik eher als „Untersuchungsperspektive“[4] zu verstehen, statt als „Fach“ oder „Disziplin“.[5] Auch wenn es keine Disziplin gibt, die uns verbindlich lehren könnte, wie „das Schöne am Recht“[6] oder ‚schönes Recht‘ gemäß den Regeln der Kunst hervorgebracht und entsprechend gewürdigt oder vom weniger Schönen kritisch unterschieden werden sollte, scheint es in der Rechtspraxis und auch in der Rechtsphilosophie immerhin einen gewissen Bedarf an ästhetischer Urteilskompetenz und auch an ästhetischer Kritik zu geben.[7] Und es ist davon auszugehen, dass eine Mehrzahl verschiedener ästhetischer Untersuchungsperspektiven sich im Hinblick auf verschiedene rechtsphilosophische Fragestellungen als produktiv erweisen können.

---

in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 139–154.

4 *E. Schürmann/L. v. Plato*, Einleitung, in: E. Schürmann/L. von Plato (Hrsg.), Rechtsästhetik in rechtsphilosophischer Absicht, Baden-Baden 2020 (vorl. Band, S. 7).

5 Vgl. *Baumgarten*, Aesthetica (Fn. 2), § 62. *Baumgarten* hat das hier als Aufgabe in den Blick gefasste Projekt einer aesthetischen Disziplin bzw. Kunstlehre (ars) nicht ausführen können. Sein Hauptwerk blieb in dem als Grundlegung konzipierten ersten Teil der theoretischen Aesthetik stecken und brach mit dem zweiten Band 1758 ab. Über Baumgartens Vorstellungen vom Aufbau der Aesthetik informiert die Nachschrift einer Vorlesung (vmtl. aus dem Jahr 1750/51) in: *B. Poppe*, Alexander Gottlieb Baumgarten, seine Stellung in der Leibniz-Wolffischen Philosophie und seine Beziehung zu Kant, nebst Veröffentlichung einer bisher unbekannten Handschrift der Ästhetik Baumgartens, Leipzig/Borna 1907, sowie § 147 der aus *Baumgartens* Nachlass herausgegebenen Vorlesungsmaterialien zur Philosophia generalis (ed. J. Chr. Foerster, 1770), ND Hildesheim 1968.

6 Vgl. *C. Vismann*, Das Schöne am Recht, Berlin 2012; *K. N. Llewellyn*, On the Good, the True, the Beautiful in Law, Univ. of Chicago Law Review 9, 1942, S. 224–265.

7 Damit die Rechtsprechung in Streitfällen, bei denen es um Kunstwerke geht, den zu beurteilenden Werken so gut wie möglich gerecht werden könne, empfiehlt *C. H. Farley*, Judging Art, Tulane Law Review 79:4 (2005), 805–858, der US-amerikanischen Jurisprudenz und Gerichtsbarkeit die gründlichere Auseinandersetzung mit ästhetischen Debatten in ihrer kontroversen Breite; verworfen wird die dogmatische Festlegung auf eine bestimmte, als maßgeblich angenommene Kunsttheorie (809). – Allerdings ist lt. *C. Menke*, Die ästhetische Kritik des Urteils, in: J. Huber/P. Stoellger/G. Ziemer/S. Zumsteg (Hrsg.), Ästhetik der Kritik oder Verdeckte Ermittlung, Zürich 2007, S. 141–147, „ästhetische Kritik … nicht eine neue Weise des Urteilens,... vielmehr das Medium einer Selbstkritik des Urteilens: ebenso die Theorie wie die Praxis einer selbstreflexiven Infragestellung des Urteilens“ (a.a.O., 142).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Gegenstand der ästhetischen Kritik sind, ganz grundlegend, „Prozesse der Formwerdung und Formgebung“,[8] einschließlich der Formgebungsprozesse und -Praktiken, ohne die kein Recht existieren und prozedieren könnte[9] und die als solche zum Problemgegenstand einer ästhetischen Analyse werden können und in gewissem Sinn sogar werden müssen. Solche Untersuchungen stellen ein reichhaltiges Betätigungsfeld rechtsästhetischer Forschung dar. Doch das Feld sinnvoller Verwendungen ästhetischer Begriffe oder auch von Ästhetik-Begriffen in der rechtsphilosophischen Diskussion ist damit bei weitem nicht ausgeschöpft, wie auch in anderen Beiträgen dieses Bandes deutlich wird.

Neben den Formen und Formierungsprozessen des Rechts selbst, die Gegenstand einer rechtsästhetischen Untersuchung werden können und sollten, gibt es auch ganz konkret den Einfluss bestimmter positiv-rechtlicher Normen auf Formgebungs- und Formnutzungsprozesse in der Kunst wie im Alltagsleben bzw. rechtlich begründete und orchestrierte Eingriffe in derartige Prozesse. Daher scheint es sinnvoll, vielleicht sogar unumgänglich, auch in der kritischen Untersuchung des formierenden, bestimmte Formen privilegierenden, andere Formen ausschließenden Einflusses rechtlicher Normen auf gestalterische Praktiken in Kunst und Alltag ein Paradigma von Rechtsästhetik zu erkennen.[10] Unter den hier zu beachtenden rechtlichen Normen[11] spielt in der modernen Gesellschaft das Urheberrecht bzw. das Copyright Law (s.u. 3) eine zentrale Rolle.

---

8 *Schürmann/v. Plato*, Einleitung (Fn. 4); vgl. a. *E. Schürmann*, Das Recht als Gegenstand der Ästhetik, RphZ 1, 2015, S. 1–12 (4 f.).

9 Vgl. *B.N. Cardozo*, Law and Literature (1925), in: M. E. Hall (Hrsg.), Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo: The Choice of Tycho Brahe, New York: Matthew Bender 1980, S. 339–356.

10 Vgl. bereits *C. Douzinas/L. Nead*, Law and the Image: The Authority of Art and the Aesthetics of Law, Chicago: University of Chicago Press 1999.

11 Das Feld der in Betracht kommenden rechtlichen Normen ist weit und reicht von verfassungsrechtlichen Garantien der Kunstfreiheit über Bestimmungen zum Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen, zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder zum Jugendschutz über Denkmalschutz-, Tierschutz- und Umweltschutzbestimmungen mindestens bis zum Markenrecht, Designschutz oder Schutz gegen unlauteren Wettbewerb; vgl. u.a. *B. von Mickwitz*, Streit um die Kunst. Über das spannungsreiche Verhältnis von Kunst, Öffentlichkeit und Recht. Fallstudien aus dem 19. und 20. Jahrhundert mit dem Schwerpunkt Deutschland, München 1996; *G. Frankenberg/P. Niesen* (Hrsg.), Bilderverbot. Zu Recht, Ethik und Ästhetik der öffentlichen Darstellung, Münster 2004; *J.-B. Joly/C. Vismann/Th. Weitin* (Hrsg.), Bildregime des Rechts, Stuttgart 2007.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

2. These

Die These, die im Folgenden zur Diskussion gestellt werden soll, besagt ganz elementar, (1) dass es eine Ästhetik des Urheberrechts gibt und (2) dass es in der Tat kein Urheberrecht ohne eine ihm inhärente, näher zu bestimmende, durch es beförderte und normativ durchgesetzte Ästhetik gibt. Darüber hinaus möchte ich (3) dafür argumentieren, dass es für die Anwendung des geltenden Rechts wie auch für die Auseinandersetzung um die Akzeptanz und um die möglicherweise wünschenswerte Ausgestaltung der Urheberrechte relevant ist, die ästhetischen Implikationen des geltenden Rechts sowie ggf. der zur Diskussion stehenden Änderungsvorschläge explizit zu machen, weil diese ästhetischen Implikationen für die Rechtsprechung[12] wie für die politische Willensbildung über die wünschenswerte (Um-) Gestaltung der Urheberrechte eine nicht unerhebliche

12 Nach *G. Cheng*, The Aesthetics of Copyright Adjudication, UCLA Entertainment Law Review 19 (1), 2012, S. 113–169, kommt die Rechtsprechung zumindest im US-amerikanischem Copyright Law nicht umhin, sich mit Fragen der ästhetischen Beurteilung der in Copyright-Streitsachen umstrittenen Gegenstände auseinanderzusetzen, weil die urheberrechtliche Schutzfähigkeit in vielen Fällen davon abhänge, ob die in Frage stehenden Gegenstände (Werk des Klägers, Produkt oder Handlung des Beklagten) jeweils als Kunstwerk anzusehen sind oder nicht. Unter diesen Voraussetzungen ist es in der Tat ein Problem, wenn, wie *Cheng* darlegt (115 f.), die in der Rechtsprechung üblicherweise angewendeten Kriterien der „Originalität" und der „Nicht-Funktionalität" (Abgrenzung zum Design, für das ggf. andere Schutzinstrumente in Anspruch genommen werden können) den Qualitäten, um die es in zeitgenössischer (Avantgarde-) Kunst gehe, in vielen Fällen nicht mehr angemessen sind. Im Sinne der Gerechtigkeit, damit das Recht „allen Kunstwerken gleichen Schutz bieten" könne (117), sei eine Anpassung der durch die Fachgerichte in Copyright-Sachen anzuwendenden Kunsttheorie (diese – und nicht die im Folgenden erörterten ästhetischen Implikationen des geltenden Rechts – wird in dem Aufsatz von *Cheng* als „aesthetics of copyright adjudication" bezeichnet) erforderlich. Für die Anerkennung der Unvermeidlichkeit ästhetischer Urteile in der Rechtsprechung und für die Etablierung eines einheitlichen Standards, an dem die Gerichte sich in ihrer Urteilspraxis orientieren sollten, plädieren *R.K. Walker* & *B. Depoorter*, Unavoidable Aesthetic Judgments in Copyright Law: A Community of Practice Standard, Northwestern University Law Review 109 (2), 2015, S. 343–381. Die Einwände von *Farley*, Judging Art (Fn. 7), 809, gegen die Möglichkeit eines solchen einheitlichen Standards in aestheticis werden von *Walker* & *Depoorter* – trotz intensiver Auseinandersetzung mit ihrem Ansatz – offenbar nicht als prohibitiv für den empfohlenen kohärentistischen Lösungsvorschlag angesehen. Vgl. auch *C. Fuchs*, Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff. Eine Aktualisierung des Kunst- und Werkbegriffs im Verfassungs- und Urheberrecht, Wiesbaden 2000, die sich an entsprechenden Schwierigkeiten des deutschen Urheber- und Verfassungsrechts mit teilweise denselben

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Rolle spielen und weil es für die Möglichkeiten, wie die Rechtssubjekte sich zu den ästhetischen Implikationen des Rechts verhalten können – ob sie ihnen zustimmen, ihre Spielräume ausloten, oder sich an ihnen reiben –, etwas ausmacht, ob und wie die Dinge beim Namen genannt werden.[13]

Was genau in diesem Zusammenhang unter der angesprochenen „Ästhetik" bzw. „ästhetischen Implikationen" des Urheberrechts zu verstehen ist, bleibt zu klären. Grundsätzlich sind wir, wie eingangs in Erinnerung gerufen wurde, mit diversen Verwendungen des Ästhetik-Begriffs vertraut, in denen es nicht um die Philosophie des Schönen, der Künste, der ‚ästhetischen Erfahrung' oder des ‚ästhetischen Urteils' überhaupt geht, sondern um bestimmte partikuläre, mehr oder weniger anspruchsvolle Mode- oder Stil-Programme, die jeweils gewisse ästhetische Präferenzen in der Gestaltung und Beurteilung von Kunstwerken oder Gebrauchsgegenständen oder auch in der Wertschätzung bestimmter Umweltsituationen bevorzugen bzw. fordern und gegebenenfalls begründen, während andere Gestaltungsformen abgewertet oder kritisiert werden. Beispiele für derartige, mehr oder weniger weit ausgreifende Präferenzordnungen wären etwa die Ästhetik des Klassizismus, des Funktionalismus[14] oder auch die elaborierte Trash-Ästhetik des Post-Punk.[15] Auch in der interkulturell-komparativen Ästhetik ist es üblich, kulturspezifische ästhetische Profile zu untersuchen.[16] Freilich erschiene es gewagt, zu behaupten, das Urheberrecht

---

Entwicklungen in den Künsten abarbeitet und einen konzeptualistischen Lösungsvorschlag entworfen hat (S. 153 f.). Zu den Schwierigkeiten der Rechtsprechung, sich auf diesen Vorschlag einzulassen, vgl. a. *H. Schack*, Kunst und Recht, Köln 2004, S. 142 ff. (Rn. 347–357).

13 Für eine möglichst explizite Ausweisung der kunsttheoretischen Annahmen und ästhetischen Präferenzen, von denen Gerichte sich in ihrer Beurteilung der ihnen vorgelegten Fälle leiten lassen, plädieren auch *A.C. Yen*, Copyright Opinions and Aesthetic Theory, Southern California Law Review 71, 1998, S. 247–302, und *Farley*, Judging Art (Fn. 7).

14 Vgl. *T. W. Adorno*, Funktionalismus heute, in: ders., Ohne Leitbild. Parva Aesthetica, Frankfurt a. M. 1967, S. 104–127.

15 Vgl. *K. Sarkhosh*, ‚Trash' als ästhetische Kategorie der Postmoderne, in: A. Hölter (Hrsg.), Comparative Arts. Universelle Ästhetik im Fokus der Vergleichenden Literaturwissenschaft, Heidelberg 2011, S. 367–377.

16 Vgl. *E. Ortland*, Über Gegenstände, Methoden und Voraussetzungen komparativer Ästhetik, in: R. Elberfeld/G. Wohlfart (Hrsg.), Komparative Ästhetik. Künste und ästhetische Erfahrungen zwischen Asien und Europa, Köln 2000, S. 55–73; s.a. *A. Berleant*, The Idea of a Cultural Aesthetics, Dialogue and Universalism XIII 11–12, 2003, S. 113–122; *E. Deutsch*, Studies in Comparative Aesthetics, Honolulu: University of Hawaii Press 1975; *M. Hussain/R. Wilkinson* (Hrsg.), The Pursuit of

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

transportiere derart anspruchsvolle stilistische Präferenzen. Immerhin könnte es sich heuristisch als fruchtbar erweisen, der Frage nachzugehen, welche Arten von ästhetischen Praktiken,[17] welche Formen von (Kunst-) Werken und welche Formen der Bezugnahme auf bereits bestehende Werke durch bestimmte urheberrechtliche Normen jeweils unterstützt oder erschwert werden, und zu untersuchen, ob sich nicht auf längere Sicht doch so etwas wie eine kulturprägende Präferenzordnung ausmachen lässt, die sich in einer bestimmten Gesellschaft in einer bestimmten historischen Situation nicht zuletzt aufgrund der in ihr geltenden urheberrechtlichen Regeln durchsetzt. Wenn es möglich ist, nach dem spezifischen Gepräge der ästhetischen Sensibilität und der ästhetischen Präferenzen zu fragen, die sich unter dem britischen Merkantilismus entwickelt haben[18] – warum sollte es nicht auch möglich sein, die ästhetischen Implikationen des Urheberrechts oder spezifischer positiv-rechtlicher Copyright-Systeme[19] zu untersuchen?

An anderer Stelle habe ich dafür argumentiert, dass nicht nur jede urheberrechtliche Ordnung eine bestimmte, näher zu bestimmende Ästhetik im Sinne der hier angesprochenen Annahmen (1) bis (3) impliziert und durchsetzt,[20] sondern dass (4) zuvor bereits davon auszugehen ist, dass das Urheberrecht auch insofern von der Ästhetik – bzw. von einer bestimmten, näher zu bestimmenden Ästhetik, die notabene nicht identisch ist mit der laut Annahmen (2) und (3) aufzudeckenden impliziten Ästhetik des Urheberrechts – abhängig ist, als es ohne bestimmte Vorstellungen davon, was Kunst ist und sein soll und wie sie zustande kommt, gar nicht zur Eta-

---

Comparative Aesthetics: An Interface Between the East and West, Aldershot: Ashgate 2006.

17 Vgl. *M. Seel*, Zur ästhetischen Praxis der Kunst, in: ders., Ethisch-ästhetische Studien, Frankfurt a. M. 1996, S. 126–144; *M. Kauppert/H. Eberl* (Hrsg.), Ästhetische Praxis, Wiesbaden 2016; *R. Elberfeld/S. Krankenhagen* (Hrsg.), Ästhetische Praxis als Gegenstand und Methode kulturwissenschaftlicher Forschung, Paderborn 2017; *N. van der Meulen/J. Wiesel* (Hrsg.), Connectivity as Aesthetic Practice, Bielefeld 2020.

18 Vgl. *J. Bunn*, The Aesthetics of British Mercantilism, New Literary History 11, 1980, S. 303–23.

19 Vgl. in diesem Sinn bereits die detaillierte historisch-komparative Studie von *S. Teilmann-Lock*, British and French Copyright: A Historical Study of Aesthetic Implications, Kopenhagen: DJOF 2009, die allerdings auf eine Einordnung der von ihr verfolgten Untersuchungsperspektive im Verhältnis zu den diversen unter dem Namen „aesthetics" diskutieren Ansätzen verzichtet.

20 Vgl. *E. Ortland*, Urheberrecht als ästhetisches Regime, in: O. Kroeger/G. Friesinger/P. Lohberger/E. Ortland (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Originalität. Zur Politik der Wissens- und Kulturproduktion, Wien 2011, S. 77–93.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

blierung der Institutionen des Urheberrechts in der modernen Gesellschaft hätte kommen können.[21] Das Urheberrecht setzt bestimmte ästhetische Theorien nicht nur als unverzichtbares Element seines Begründungskontextes voraus, es bleibt (5) auch im alltäglichen Geschäft der Rechtsanwendung zur Entscheidung strittiger Fragen, die im Umgang mit Kunstwerken ständig aufkommen, auf kunstphilosophische Einsichten über die Konstitution der strittigen Gegenstände angewiesen.[22] Dabei erweisen sich allerdings (6) die Begriffe, Analogien und Distinktionen, die in den Schriftsätzen der Anwälte und Richter entwickelt werden, die jeweils eine bestimmte Sicht auf den in dem sie gerade beschäftigenden Streitfall relevanten Gegenstand begründen sollen, auch im Hinblick auf kunstphilosophische Fragen in manchen Fällen als durchaus produktiv. Wenn es auch bisher keine kohärente Gesamtdarstellung der kunsttheoretischen Einsichten gibt, die wir den mit Urheberrechtsproblemen befassten Juristen zu verdanken haben,[23] und eine solche Gesamtdarstellung auch kaum geleistet werden kann, da die begriffliche Arbeit der Anwälte und Richter sich stets auf die begrifflichen Vorgaben des jeweiligen Rechtssystems[24] bezieht, innerhalb dessen sie agieren, und etliche der jeweils in nationalen Gesetzen und maßgeblichen Gerichtsentscheidungen ihre Bestimmung er-

---

21 Vgl. *E. Ortland*, Urheberrecht und und ästhetische Autonomie, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 52 (5), 2004, S. 773–792 (775, 779 f., 782 ff.); *E. Ortland/R. Schmücker*, Copyright and Art, German Law Journal 6 (12), 2005, S. 1762–1776 (1768); *E. Ortland*, Die Schlüsselrolle der Kunst für das Urheberrecht, in: V. Djordjevic et al. (Hrsg.), Urheberrecht im Alltag: Kopieren, bearbeiten, selber machen, Bonn 2008, S. 311–315 (314 f.); vgl. a. *G. Plumpe*, Eigentum – Eigentümlichkeit. Über den Zusammenhang ästhetischer und juristischer Begriffe im 18. Jahrhundert, Archiv für Begriffsgeschichte 23, 1979, S. 175–196; *H. Bosse*, Autorschaft ist Werkherrschaft. Über die Entstehung des Urheberrechts aus dem Geist der Goethezeit, München 1981; *L. Zionkowski*, Aesthetics, Copyright, and the ‚Goods of the Mind', British Journal for Eighteenth-Century Studies 15, 1992, S. 163–174; *A. Strowel*, Liberté, propriété, originalité: Retour aux sources du droit d'auteur, in: B. Libois/A. Strowel (Hrsg.), Profils de la création, Brüssel 2019, S. 141–165.

22 Vgl. *Farley*, Judging Art (Fn. 7); *Cheng*, The Aesthetics of Copyright Adjudication (Fn. 12); *D.H. Hick*, Artistic License. The Philosophical Problems of Copyright and Appropriation, Chicago: University of Chicago Press 2017.

23 Immerhin gibt es schon einige wertvolle Überblicksdarstellungen für einzelne Rechtsordnungen, darunter *H. Schack*, Kunst und Recht, 3. Aufl., Tübingen 2017; *T. Hoeren/J. Werner*, Kunst und Recht. Ein Leitfaden für Künstlerinnen und Künstler, Münster 2018; für das US-amerikanische copyright law *Walker* & *Depoorter*, Unavoidable Aesthetic Judgments (Fn. 12).

24 Vgl. *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993, bes. S. 40 f., 67 u. passim; *ders*., Ausdifferenzierung des Rechtssystems (1976), in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt a. M. 1981, S. 35–52.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

fahrenden einschlägigen Begriffe sich kaum oder allenfalls sehr umständlich in eine gemeinsame Sprache übersetzen lassen, erscheint die Rede von einer ‚Ästhetik des Urheberrechts' immerhin insoweit berechtigt, als das Rechtssystem selbst – nolens volens – ästhetische bzw. kunstphilosophische Theorien produziert oder jedenfalls seinen Entscheidungen urheberrechtlicher Streitfragen bestimmte kunstphilosophische Annahmen zugrunde legen muss.[25] Die ‚implizite Ästhetik des Urheberrechts' – das die ästhetischen Praktiken prägende Selektionsprofil, das sich für die Akteure, die an der Produktion, Distribution oder Rezeption von Kunst im weitesten Sinn beteiligt sind, aus den jeweils zu beachtenden urheberrechtlichen Bestimmungen ergibt – beruht zu erheblichen Teilen auf einer positiven Ästhetik des Urheberrechts, die sich aus einer Vielzahl von Entscheidungen rekonstruieren ließe, ist jedoch nicht deckungsgleich mit dieser.

Die Äquivokationen, mit denen die Tradition der philosophischen Ästhetik sich schon seit langem herumschlägt, indem sie einerseits normativevaluative Kunstlehren und Geschmacksordnungen, auf die sie reflektiert, als ‚Ästhetik' (bzw. als spezifische ‚Ästhetiken') bezeichnet, andererseits aber auch die theoretische Praxis der Beschreibung und ggf. kritischen Reflexion der durch derartige Kunstlehren und Geschmacksordnungen geprägten ästhetischen Praktiken unter demselben Namen betreibt, mögen verwirrend erscheinen und sind zweifellos unbefriedigend. Nachdem allerdings die angesprochenen diversen Verwendungsweisen des Ausdrucks ‚Ästhetik' im Sprachgebrauch einmal etabliert sind, wird es schwierig, dem Problem durch einen terminologischen Differenzierungsvorschlag abzuhelfen. Denn jeder Vorschlag zur Reform unseres ästhetisch-kritischen Vokabulars würde Übersetzungsregeln erfordern, damit diejenigen, die sich künftig in einer hoffentlich klarer unterscheidenden Sprache über die diversen Fragestellungen verständigen wollten, die bisher unter dem verwirrenden Namen der Ästhetik verhandelt werden, für jeden sie noch interessierenden Satz, in dem der zugegebenermaßen verwirrende Ausdruck ‚Ästhetik' vorkommt, eindeutig entscheiden könnten, wie er in die klarere Reformterminologie zu überführen wäre. Solche Übersetzungsregeln müssten mindestens so komplex ausfallen, wie die Interpretationsaufgaben, die durch kompetente Teilnehmer der Diskussionen über ästhetische Gegenstände und Theorien gegenwärtig bewältigt werden müssen. In der Tat wäre die Aufgabe der Formulierung solcher Übersetzungsregeln sogar

25 Vgl. *E. Ortland*, The Aesthetics of Copyright, Proceedings of the XXII World Congress of Philosophy 1, 2008, S. 227–232; DOI: 10.5840/wcp22200811225; s.a. *Hick*, Artistic License (Fn. 22), S. 31–34.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

erheblich anspruchsvoller als die Herausforderungen, mit denen der gegenwärtige, weniger gut aufgeräumte Sprachgebrauch die Teilnehmer der Diskussionen über ästhetische Fragen konfrontiert, denn diese müssen in keinem Fall eine systematische Unterscheidung des Ästhetik-Konzepts, das in ihrem jeweiligen Interessenshorizont gerade relevant ist, von allen anderen Konzepten, die möglicherweise in Betracht kommen könnten, rekonstruieren, sondern können sich darauf beschränken, jeweils durch Ad-hoc-Unterscheidungen oder verdeutlichende Beispiele Missverständnisse auszuräumen, wenn sie sich ergeben.

Nach wie vor halten viele Juristen die Annahme, dass Ästhetik irgendetwas mit dem Inhalt oder der Legitimationsgrundlage der urheberrechtlichen Normen oder mit den Bedingungen ihrer Anwendung zu tun habe, oder gar, dass es eine spezifische, dem Urheberrecht inhärente oder signifikant mit ihm assoziierte Ästhetik gebe, für ein Missverständnis, wenn nicht für einen ausgemachten Fehler.[26] In welcher Norm des Urheberrechts werden ästhetische Anforderungen erwähnt, an die dann rechtliche Folgen geknüpft würden? Wann wurde zuletzt in einer gesetzgebenden Versammlung bei der Beratung über neu einzuführende oder anzupassende urheberrechtliche Bestimmungen auf ästhetische Argumente rekurriert?

Dagegen werde ich im Folgenden aufzeigen, warum und inwiefern man in der Tat von einer Ästhetik des Urheberrechts sprechen kann und sogar muss, und ich werde versuchen, die ästhetischen Präferenzen, die sich im Urheberrecht niedergeschlagen haben und als geltendes Recht die ästhetische Praxis folgenreich regulieren, zumindest anhand einiger Beispiele in Grundzügen zu charakterisieren, so dass es immerhin möglich werden sollte, die Frage nach den durch diese Festlegungen ausgeschlossenen Alternativen zu stellen. Dabei geht es mir vor allem darum, das Spektrum der ästhetischen Präferenzordnungen, die durch verschiedene urheberrechtliche Regimes jeweils gestützt und nahegelegt werden, wahrnehmbar zu machen und die Möglichkeit einer ästhetischen Kritik der betreffenden Regimes wie auch problematischer Entscheidungen im Einzelfall wiederzugewinnen.

---

26 Vgl. z.B. *M. Rehbinder/A. Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl., München 2018, Rn. 207; *H. Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Tübingen 1997, Rn. 158, 203; ders., Kunst und Recht (Fn. 12), Rn. 7; zur ausgeprägten Ästhetik-Scheu im US-amerikanischen Copyright Law vgl. *Yen*, Copyright Opinions (Fn. 13), S. 248, unter Verweis auf die weithin für maßgeblich gehaltene Entscheidung *Bleistein v. Donaldson Lithographing Company*, 188 U.S. 239 (1903); s.a. *Farley*, Judging Art (Fn. 7), S. 811 f. mit zahlreichen Belegen aus der neueren US-amerikanischen Jurisprudenz und Rechtsprechung.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

3. Urheberrecht

Das erst im späteren 19. Jahrhundert als Übersetzung des französischen Droit d'auteur[27] eingeführte deutsche Wort ‚Urheberrecht' suggeriert die Vorstellung von einem Recht, das dem Urheber eines Werkes und niemand anderem zustehen soll, eben weil es das betreffende Werk gar nicht gäbe ohne die schöpferische Leistung seines Urhebers, der es aus der Latenz des bloß unbestimmt Möglichen allererst in den auch Dritten zugänglichen Raum der Wirklichkeit gehoben hat, etwa wie jemand, der einen unter der Erde oder am Meeresgrund verborgenen Schatz ans Licht hebt. Das englische Wort ‚Copyright' evoziert keine solche Vorstellung. Dafür gibt es einen grundlegenden Hinweis auf den Inhalt des Rechts, das primär dem Autor, sekundär dem jeweiligen Inhaber dieses im Rahmen des Common Law als handelbar angesehenen Rechts zustehen soll: das ‚right to copy', das Recht, das betreffende Werk zu kopieren, es nachzumachen und zu vervielfältigen, ggf. auch in größeren Stückzahlen.[28]

Das aktuell geltende Urheberrecht (oder auch Copyright Law, gleich welchen Staates) geht über derart elementare Vorstellungen und Verhältnisse weit hinaus und regelt ein umfangreicheres Bündel von Rechten, die keineswegs nur Urhebern an ihren ureigensten Werken zugeschrieben werden, sondern unter bestimmten Voraussetzungen gegebenenfalls auch bestimmten Dritten, die an der Produktion, Distribution oder anderweitigen öffentlichen Zugänglichmachung von Texten, Bildern, Klängen, plastischen Gestalten, Bauwerken, audiovisuellen Medien, Software oder Datenbanken in einer bestimmten Weise beteiligt waren oder vertraglich oder durch einen Erbfall bestimmte Rechte übertragen bekommen haben oder die, last not least, als Nutzer mit urheberrechtlich oder durch sogenannte ‚verwandte Schutzrechte' geschützten Hervorbringungen zu tun bekommen.

Das geltende deutsche Urheberrecht gewährt in erster Linie – so steht es zumindest im Gesetz[29] – den Urhebern von „Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst" (§ 1 UrhG) Schutz in ihren „geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes" (§ 11 UrhG). Die Beziehung des Urhebers, respektive der Urheberin, zu seinem

27 Zuerst bei *A.-Ch. Renouard*, Traitè des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts. Bd. 1, Paris: Jules Renouard, 1838.

28 Vgl. *R. Deazley*, On the Origin of the Right to Copy. Charting the Movement of Copyright Law in Eighteenth-Century Britain (1695–1775), Oxford: Hart 2004.

29 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965 (UrhG), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 28. November 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

(ihrem) Werk bedarf des rechtlich garantierten Schutzes der Allgemeinheit immer dann, wenn Handlungen Dritter störend ins Spiel kommen. Konkret schützt das Urheberrecht Urheber – aber in vielen Fällen nicht nur die Urheber, sondern ggf. auch andere Inhaber von entsprechenden Rechten an den betreffenden Werken – davor, dass ihre Werke ohne oder gegen ihren Willen durch Dritte veröffentlicht werden (§ 12 UrhG). Es garantiert das Recht des Urhebers auf Anerkennung seiner Urheberschaft am Werk: Der Urheber – und nur der Urheber oder ggf. noch seine Erben – „kann bestimmen, ob das Werk mit einer Urheberbezeichnung zu versehen und welche Bezeichnung zu verwenden ist" (§ 13 UrhG).

Der Urheber hat zudem das Recht, „eine Entstellung oder eine andere Beeinträchtigung seines Werkes zu verbieten, die geeignet ist, seine berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen am Werk zu gefährden" (§ 14 UrhG). Dieses Recht, das keineswegs in allen Rechtsordnungen den Urhebern eingeräumt wird,[30] ist zumindest für Autoren und Künstler, die einem emphatischen Verständnis von Autorschaft anhängen, entscheidend: Ohne ein Abwehrrecht gegen Entstellungen oder andere Beeinträchtigungen seiner Werke durch Dritte könnte kein Urheber seiner Werke sicher sein, nachdem er sich ihrer einmal entäußert hat. Es ist freilich nicht unumstritten, da den Urhebern damit unter Umständen weitreichende Eingriffe in Rechte bzw. Handlungsspielräume Dritter zugestanden werden, etwa in das Recht des Eigentümers (§ 903 BGB), der einen Gegenstand, in dem ein urheberrechtlich geschütztes Werk verkörpert ist, rechtmäßig erworben hat und ihn nun nach seinen eigenen Vorstellungen nutzen oder verändern möchte,[31] oder in die künstlerische Freiheit z.B. eines

30 Laut Art. 6^{bis} (1) der Revidierten Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (Pariser Fassung vom 24. 7. 1971) haben sich inzwischen 177 Staaten wechselseitig verpflichtet, in ihrer Gesetzgebung dafür zu sorgen, dass „der Urheber" „unabhängig von seinen vermögensrechtlichen Befugnissen und selbst nach deren Abtretung … das Recht (behält), die Urheberschaft am Werk für sich in Anspruch zu nehmen und sich jeder Entstellung, Verstümmelung, sonstigen Änderung oder Beeinträchtigung des Werkes zu widersetzen, die seiner Ehre oder seinem Ruf nachteilig sein könnten". Doch ca. 20 Staaten sind der RBÜ nicht beigetreten, und selbst in den USA, die der RBÜ 1989 beigetreten sind, wird das Recht des Urhebers zur Abwehr von Entstellungen oder anderen Beeinträchtigungen seines Werkes nur sehr eingeschränkt anerkannt. Eine differenzierte Analyse bietet *C.P. Rigamonti*, Deconstructing Moral Rights, Harvard Law Journal 47 (2), 2006, S. 353–412.

31 Vgl. AG Tempelhof-Kreuzberg, 30. 7. 2014, 10 C 355/12; nachfolgend LG Berlin, 15. 6. 2016, 65 S 383/14: Abwehranspruch der Rechtsnachfolger eines Architekten gegen den nachträglichen Einbau eines Belüftungssystems mit umkofferten Abluftleitungen in einem urheberrechtlich geschützten Wohngebäude.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Theaterregisseurs, der seine Inszenierung eines urheberrechtlich geschützten Werks eines Bühnenautors nach seinen eigenen Vorstellungen gestalten möchte, dem dies aber durch den Autor oder ggf. dessen Erben untersagt wird, die meinen, eine Entstellung des Sprachwerks unterbinden zu müssen.[32]

Generell dürfen Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen eines fremden urheberrechtlich geschützten Werks nur mit Zustimmung des Urhebers des benutzten Werks veröffentlicht oder verwertet werden (§ 23 UrhG). Als „Bearbeitung" im Sinne dieser Bestimmung gilt nicht nur ein Eingriff, der den Bestand eines singulär instantiierten Werks der bildenden Kunst, etwa einer Zeichnung oder einer geschnitzten Skulptur, verändert oder einen nur in einer einzigen Handschrift vorliegenden Text manipuliert, indem etwas weggenommen oder hinzugefügt wird. Auch Übersetzungen, Verfilmungen, Remix-Produktionen,[33] Mashups[34] oder andere Variationen, die sich auf bestimmte wiedererkennbare Gestaltungselemente eines fremden, urheberrechtlich geschützten Werks beziehen, das in seinem Bestand unangetastet bleibt und dem nur etwas teilweise Ähnliches, teilweise Abweichendes zur Seite gestellt wird, jede fotografische Abbildung eines Werkes der bildenden Kunst[35] und unter Umständen sogar schon eine bloße Veränderung des Kontextes, in dem ein Werk der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird, gelten als „Bearbeitungen", deren Veröffentlichung nur mit Zustimmung des Urhebers der Vorlage gestattet ist.[36]

Insbesondere dadurch, dass – und inwieweit – das Urheberrecht den Inhabern der Urheberrechte an bestehenden Werken mittels des Bearbeitungsrechts die Kontrolle über alles zuweist, was nachfolgende Urheber in

32 Vgl. u.a. die Entscheidungen des BGH vom 29. 4. 1970, I ZR 30/69, „Maske in Blau", und des LG München I vom 18. 2. 2015, 21 O 1686/15, im Streit der *Brecht*-Erben gegen die Münchener Baal-Inszenierung von *Frank Castorf*; dazu auch *R. Podszun*, „Bitte nix mixen!", nachtkritik.de, 18. 2. 2015, https://nachtkritik.de/index.php?option=com_content&view=article&id=10584:streit-ums-urheberrecht-beobachtungen-vom-prozess-des-suhrkamp-verlags-gegen-das-residenztheater-wegen-frank-castorfs-qbaalq-inszenierung&catid=101:debatte&Itemid=84.

33 Vgl. *E. Navas*, Remix, in: E. Navas/O. Gallagher/x. burrough (Hrsg.), Keywords in Remix Studies, New York: Routledge 2018, S. 246–258; *P. Schulz*, „Remixes" und „Coverversionen", in: C. Schertz (Hrsg.), Festschrift für Paul W. Hertin, München 2000, S. 213–236.

34 Vgl. *F. Döhl*, Mashup in der Musik. Fremdreferenzielles Komponieren, Sound Sampling und Urheberrecht, Bielefeld 2016.

35 Vgl. *W. Bullinger*, Kunstwerke in Museen – die klippenreiche Bildauswertung, in: R. Jacobs (Hrsg.), Festschrift für Peter Raue, Köln 2006, S. 379–400 (382).

36 Vgl. *G. Schulze*, § 23 Bearbeitungen und Umgestaltungen, in: T. Dreier/G. Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, Rn. 1–8.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ihrer Auseinandersetzung mit dem Vorgängerwerk schaffen mögen, greift das Urheberrecht weitreichend in die intertextuellen[37] bzw. intrapoetischen,[38] interpiktorialen[39] usw. Verhältnisse zwischen den Werken ein. Es strukturiert darüber hinaus, vielleicht noch folgenreicher, auch den virtuellen Raum der unter Umständen möglich erscheinenden, (noch) nicht realisierten Werke, indem Künstler_innen sich bei allem, was ihnen reizvoll erscheinen mag, fragen müssen, ob durch die von ihnen gerade erwogene künstlerische Handlung möglicherweise fremde Rechte berührt werden, und sich in ihren künstlerischen Entscheidungen, wie immer die Einschätzung ausfallen mag, auf jeden Fall dazu verhalten müssen. Darüber, wie weit die Kontrolle der Inhaber des Urheberrechts an einer benutzten Vorlage über das, was andere – mehr oder weniger kreativ – in ihrer Auseinandersetzung mit einer oder auch mehreren Vorlagen schaffen, reichen sollte, wird immer wieder außergerichtlich und gelegentlich auch vor Gericht gestritten. In diesen rechtlichen Auseinandersetzungen konkretisiert sich das kulturprägende Profil der Ästhetik des Urheberrechts.

Zwei musikalische Beispiele mögen dies verdeutlichen:

(I) Das Verhältnis, in das *Wolfgang Amadeus Mozart* und sein Librettist *Lorenzo da Ponte* sich – vor der Einführung des Urheberrechts – mit ihrer Oper „Don Giovanni" (1787) zu der gerade uraufgeführten Don-Giovanni-Oper von *Giuseppe Gazzaniga* setzten, wäre unter heutigem Urheberrecht ausgeschlossen.

(II) Weniger eindeutig ist das Verhältnis, in das die zeitgenössischen Popmusiker *Pharrell Williams* und *Robin Thicke* sich 2013 bei der Produktion ihres Songs „Blurred Lines" zu den Stücken des legendären Soul-Sängers, Bandleaders und Komponisten *Marvin Gaye* (1939–1984) setzten. Um das Interesse des Publikums an ihrem neuen Song anzuheizen, erklärten *Thicke* und *Williams* leichtsinnigerweise in diversen Interviews, wie tief sie der Musik *Marvin Gayes* verpflichtet seien und dass sie ihm mit diesem Song ein Denkmal setzen wollten. Die Erben und Rechtsnachfolger *Marvin Gayes* nahmen dies zum Anlass, eine Verletzung des bei ihnen liegenden Copyrights an bestimmten Gaye-Songs zu beklagen, und konnten

---

37 Vgl. *J. Kristeva*, Wort, Dialog und Roman bei Bachtin (1967), in: J. Ihwe (Hrsg.), Literaturwissenschaft und Linguistik III, Frankfurt a. M. 1972, S. 345–375 (348); *R. Lachmann*, Gedächtnis und Literatur, Frankfurt a. M. 1990.

38 Vgl. *H. Bloom*, The Anxiety of Influence: A Theory of Poetry (1973), 2nd ed., Oxford: Oxford University Press 1997; ders., A Map of Misreading, Oxford: Oxford University Press 1975.

39 Vgl. *G. Isekenmeier* (Hrsg.), Interpiktorialität. Theorie und Geschichte der Bild-Bild-Bezüge, Bielefeld 2013.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

2015 eine Jury des Bundesgerichts in Los Angeles überzeugen, ihnen den größeren Teil der Einnahmen aus dem Hit von *Williams* und *Thicke* zuzusprechen,[40] obwohl auf der Ebene der musikalischen Textur so gut wie keine Übereinstimmungen zwischen den betreffenden Werken nachweisbar sind, die sich nicht auf urheberrechtlich nicht schutzfähiges musikalisches Gemeingut beschränkten.[41]

Vor einem deutschen Gericht wäre dieser Streit – aus verschiedenen Gründen, die mit dem anzuwendenden Urheberrecht, aber auch mit verfahrensrechtlichen Fragen zu tun haben – vermutlich anders entschieden worden. Doch in der globalisierten Unterhaltungsindustrie genügt es für Musiker und Produzenten, die das rechtliche Risiko, das mit einem neuen Projekt verbunden sein mag, möglichst gering halten wollen, schon lange nicht mehr, sich am Recht des Landes, in dem sie arbeiten, zu orientieren. Sobald eine Bezugnahme auf ein möglicherweise urheberrechtlich geschütztes fremdes Werk oder auch nur eine Inspiration durch ein solches fremdes Werk im Spiel sein könnte, ist jeweils auch die Rechtslage in anderen Staaten, in denen mögliche Kläger leben oder für das betreffende Werk relevante geschäftliche Beziehungen unterhalten, relevant.

Der zunehmende – und nach dem Beschluss des Europäischen Parlaments[42] demnächst zumindest für alle größeren Internet-Plattformen wohl zwingend erforderlich werdende – Einsatz von Contentfilter-Algorithmen zur automatisierten Detektion von Übereinstimmungen oder Ähnlichkeiten im Internet hochgeladener Dateien mit den Referenzdatenbanken der großen Produktionsfirmen und Verwertungsgesellschaften wird nicht nur dafür sorgen, dass die nicht autorisierte Verbreitung bzw. öffentliche Zugänglichmachung von digitalen Kopien urheberrechtlich geschützter Werke leichter unterbunden werden kann und so die Kontrolle der Rechteinhaber über die Distributionswege und Verwertungschancen gestärkt wird. Da durch die betreffende Software längst nicht mehr nur Komplett-Übereinstimmungen erkannt werden, sondern im Musterabgleich auch

40 Williams v. Bridgeport Music Inc., Case No. CV13-06004-JAK (AGRx), Dkt. 320, 321 (C.D. Cal. Mar 10, 2015); bestätigt durch U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, 15-56880, D.C. No. 2:13-cv-06004-JAK-AGR (20. 3. 2018).

41 Vgl. *E. Ortland*, Blurred Lines: A Case Study on the Ethics and Aesthetics of Copying, in: D.H. Hick/R. Schmücker (Hrsg.), The Ethics and Aesthetics of Copying, London: Bloomsbury Academic 2016, S. 225–247.

42 Art. 17 (4) Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

mehr oder weniger engmaschig partielle Übereinstimmungen festgestellt werden, verändert die zur automatisierten Durchsetzung des geltenden Rechts entwickelte Überwachungstechnologie auch den Umgang mit Bearbeitungen und anderen Umgestaltungen erheblich. Die in den letzten Jahren breit diskutierten Folgen des Einsatzes automatisierter Plagiatsprüfungsprogramme in akademischen Textkulturen können als Beispiel dienen zur Veranschaulichung dessen, was der flächendeckende Einsatz entsprechender Filtersoftware für die Bild- und Musikkulturen bedeutet. Wenn heute oder in absehbarer Zukunft mögliche Konflikte bzw. Ähnlichkeiten mit bestehenden Werken schneller bemerkt bzw. in der Regel dann auch schon im Produktionsprozess vermieden werden, bestimmt das Zusammenspiel von Rechtslage, Backlist und Filtersoftware das Profil der neuen Werke, die nun noch das Licht der Öffentlichkeit erblicken können.

Neben der Sicherung der Urheberpersönlichkeitsrechte und der Werkintegrität dient das Urheberrecht auch und für viele Rechteinhaber sogar in erster Linie „der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes" (§ 11 UrhG) – was immer im Einzelfall als „angemessen" gelten mag. Die Verwertungsrechte, die das Gesetz dem Urheber zuweist und über die dieser ggf. vertraglich verfügen kann, umfassen neben dem Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) das Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG), das Ausstellungsrecht (§ 18 UrhG) sowie das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht (§ 19 UrhG), das Senderecht (§ 20 UrhG), das Recht der Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger (§ 21 UrhG) und im Zeitalter der digitalen Online-Medien auch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) sowie das Recht der Wiedergabe von Funksendungen und von öffentlicher Zugänglichmachung (§ 22 UrhG).

Die Liste der Nutzungsarten, für die jeweils Verwertungsrechte geltend gemacht werden können, zeigt bereits an, dass das Urheberrecht bzw. Copyright Law, das seit dem 18. Jahrhundert zuerst in England in freilich sehr viel enger gefasster Gestalt als Marktordnungsrecht des Buchmarkts begründet worden war[43] und in den deutschen Ländern im 19. Jahrhun-

43 Vgl. *M. Rose*, Authors and Owners: The Invention of Copyright, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1993; *R. Deazley/M. Kretschmer/L. Bently* (Hrsg.), Privilege and Property: Essays on the History of Copyright, Cambridge: Cambridge University Press 2010; *E. Höffner*, Geschichte und Wesen des Urheberrechts, München 2010.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

dert zunächst nur zögerlich akzeptiert wurde,[44] im 20. Jahrhundert sukzessive zu einem umfassenden, alle möglichen Medien, Ausdrucksformen und Nutzungsweisen erfassenden Immaterialgüterrecht und zur Geschäftsgrundlage komplexer Medienindustrien ausgebaut worden ist.[45] In der modernen Gesellschaft weist es längst nicht mehr nur Urhebern bestimmte Rechte an ihren Werken zu; es ermöglicht auch Verlegern und anderen Intermediären, Rechte gegenüber Dritten zu erwerben und geltend zu machen, und es regelt eine Reihe von „verwandten Schutzrechten" für ausübende Künstler, Fotografen, die Musik- und Filmindustrie, wissenschaftliche Ausgaben, Datenbanken, Sendeunternehmen und Presseverlage.[46]

Allerdings werden die Rechte, Dritte von bestimmten Nutzungen auszuschließen oder das Erteilen einer Nutzungserlaubnis an bestimmte Bedingungen zu knüpfen, die das Urheberrecht den Urhebern und ggf. anderen Rechteinhabern zuweist, nicht unbeschränkt eingeräumt, sondern von vornherein nur befristet[47] und unter gleichzeitiger Anerkennung bestimmter Schranken oder Ausnahmen zugunsten gesetzlich erlaubter Nutzungen.[48] Einige dieser Schrankenregelungen haben erhebliche Auswirkungen auf die Bedingungen der Zugänglichkeit und Nutzbarkeit urheberrecht-

---

44 Vgl. *M. Vogel*, Grundzüge der Geschichte des Urheberrechts in Deutschland vom letzten Drittel des 18. Jahrhunderts bis zum preußischen Urheberrechtsgesetz, in: R. Dittrich (Hrsg.), Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Wurzeln, geschichtlicher Ursprung, geistesgeschichtlicher Hintergrund und Zukunft des Urheberrechts, Wien: Manz 1988, S. 117–134; *L. Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht. Die Entwicklung des Urheberrechts in Deutschland bis 1845, Göttingen 1995; *Höffner*, Geschichte und Wesen des Urheberrechts (Fn 43), Bd. 1, S. 384 ff., Bd. 2, S. 271 ff., 385 ff.

45 *P. Goldstein*, Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox (1994), rev. ed.n, Stanford: Stanford University Press 2003; *H. Siegrist*, Geschichte des geistigen Eigentums und der Urheberrechte: kulturelle Handlungsrechte in der Moderne, in: J. Hofmann (Hrsg.), Wissen und Eigentum, Bonn 2006, S. 64–80; *M. Domman*, Autoren und Apparate. Die Geschichte des Copyrights im Medienwandel, Frankfurt a. M. 2014.

46 Der 2013 in das deutsche Urheberrecht eingeführte § 87 f UrhG zum „Schutz des Presseverlegers" wurde 2019 durch eine Entscheidung des EuGH (C-299/17) für unwirksam erklärt, da ein solches Gesetz aufgrund der geltenden Richtlinie 98/34/EG vorab der Europäischen Kommission hätte vorgelegt werden müssen. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat inzwischen einen Gesetzentwurf vorbereitet, der erneut ein Leistungsschutzrecht für Presseverlage einführen will, das auch Art. 15 RL (EU) 2019/790 (Fn. 42) Rechnung tragen soll.

47 §§ 64–69 sowie 82, 87d und 87g UrhG.

48 §§ 44a–53, 55–61c sowie 83, 87c und 87g UrhG. Vgl. a. *European Copyright Society*, Limitations and exceptions as key elements of the legal framework for copyright

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

lich geschützter Werke durch Dritte, und es erweist sich als höchst relevant für die Ästhetik des Urheberrechts, wie die rechtlichen Schrankenregelungen und Ausnahmen jeweils gestaltet und gehandhabt werden.

Im internationalen Vergleich fallen diverse Unterschiede in der Ausgestaltung der Urheberrechte und Schrankenregelungen ins Auge. Diese Unterschiede sind unter Umständen folgenreich nicht nur für Geschäftsbedingungen der Medienunternehmen am jeweiligen Standort, sondern auch für das Spektrum kultureller Handlungsmöglichkeiten für alle übrigen Rechtssubjekte. So bestimmen unterschiedliche Rechtstraditionen, Gerichtsentscheidungen, Gesetzesänderungen oder internationale Verträge wesentlich mit, was für Werke und Gestaltungsformen im Geltungsbereich der betreffenden positiv-rechtlichen Ordnung entstehen und Beachtung finden können und was für Gestaltungsentscheidungen entmutigt oder sogar verhindert werden. Wenn man komparativ-kontrastiv nach den spezifischen ästhetischen Profilen fragt, die zum Beispiel mit dem deutschen Urheberrecht oder dem französischen Droit d'auteur verbunden sind oder mit dem Copyright Law aus der englischsprachigen Tradition des Common Law, zeigt sich die Relevanz der Unterschiede an vielen Stellen,[49] ungeachtet der seit Jahrzehnten betriebenen Anstrengungen zur Harmonisierung der urheberrechtlichen Regelungen im internationalen Rahmen und insbesondere in der EU.[50]

Bei allen, auch ästhetisch bzw. für die kunstbezogenen Praktiken folgenreichen, Unterschieden sind allerdings die Übereinstimmungen zwischen den unterschiedlichen Copyright- bzw. Urheberrechts-Ordnungen nicht zu vernachlässigen. Im längerfristigen diachronen Vergleich zeigt sich, dass die Unterschiede zwischen den Regelungen in modernen Gesellschaften, die irgendeine Form von Urheberrecht oder Copyright etabliert haben, insgesamt weniger gravierend sind als der Unterschied zwischen ihnen und den Produktions- und Kommunikationsbedingungen vormoderner Gesellschaften, die kein Urheberrecht kannten und in denen die Konflikte um Zugang, Kopier- und Bearbeitungsrechte sowie ggf. Verwertungsmöglichkeiten, die bei uns anhand der urheberrechtlichen Regelungen entschieden werden, teils keine Rolle spielten und im übrigen ziem-

---

in the European Union. Opinion on the Judgment of the CJEU in Case C-201/13 Deckmyn, 1 November 2014, https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/deckmyn-opinion-final-with-signatures.pdf.

49 Vgl. *Teilmann-Lock*, British and French Copyright (o. Anm. 19).

50 Vgl. u.a. *J. Ellins*, Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft, Berlin 1997.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

lich anders geführt und entschieden wurden.[51] Auch insofern erscheint die Untersuchung der im einzelnen wandlungsfähigen und teilweise unterschiedliche Profile ausbildenden Copyright-Systeme unter dem gemeinsamen Aspekt einer Ästhetik des Urheberrechts gerechtfertigt.

51 *J. Loewenstein*, The Author's Due: Printing and the Prehistory of Copyright, Chicago: University of Chicago Press 2002; Deazley/Kretschmer/Bently, Privilege and Property (Fn. 43); *Höffner*, Geschichte und Wesen des Urheberrechts (Fn. 43); *W.P. Alford*, Don't Stop Thinking About … Yesterday: Why There was No Indigenous Counterpart to Intellectual Property Law in Imperial China, Journal of Chinese Law 7 (3), 1993, S. 3–34.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Algorithmizität und Sichtbarkeit. Konflikte um Bilder in den sozialen Medien

Jörn Reinhardt

Kurzzusammenfassung

Die zunehmende Bedeutung der sozialen Medien hat eine Debatte über ihre digitale Infrastruktur ausgelöst. Verstärken ihre Algorithmen Phänomene wie Hassrede und fördern die Verbreitung von Desinformation? Nach welchen Gesichtspunkten wird Relevantes von Irrelevantem unterschieden, werden Inhalte unterdrückt oder Beiträge gelöscht? Die Diskussion um die Rolle oder die „Macht" der Algorithmen bei der Organisation von Sichtbarkeit in den sozialen Netzwerken und Kommunikationsplattformen ist vielschichtig. Sie bezieht sich sowohl auf die Selektion von Relevanzen, als auch auf den Umgang mit Content der Nutzerinnen und Nutzer. Ein Thema, das sich dabei durchhält, ist das Verhältnis von normativen Erwartungen, wie sie von Gesetzgeber und Gerichten formuliert werden, und der Funktionslogik technischer Verfahrensweisen. Beide lassen sich nicht ohne Weiteres in Einklang bringen. Der Beitrag erläutert dieses Spannungsverhältnis mit Blick auf die Konflikte um Bilder in den sozialen Netzwerken: Um mit der großen Menge an Bildmaterial umzugehen, sind die Diensteanbieter auf Algorithmen angewiesen. Deren Klassifikationsleistungen stehen jedoch häufig in Kontrast zu den rechtlichen Anforderungen im Umgang mit Bildmaterial. Eine kontextsensible Deutung kann in automatisierten Verfahren kaum geleistet werden. Da sich Algorithmizität im Sinn einer Grundbedingung digitalisierter Kommunikationsverhältnisse nicht aufheben lässt, wird vielfach eine Anpassung der normativen Standards an die technischen Realitäten befürwortet. Der Beitrag plädiert dafür, den rechtlichen Anforderungen stärker Rechnung zu tragen.

Die sozialen Medien prägen eine stark visuelle Kultur, in der äußerungsrechtliche Konflikte vielfach zu Konflikten um Bilder geworden sind. Auseinandersetzungen um die Sichtbarkeit von Akteuren, von Meinungen, von politischem Dissens haben eine bildliche Dimension. Eine Kontroverse aus der jüngeren Zeit betraf den Fall des „Napalm Mädchens" und Facebook. Ein Journalist hatte das bekannte Bild aus dem Vietnamkrieg gepostet. Es zeigt ein Mädchen, das neben anderen Kindern nach einem Na-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

palmangriff nackt und schreiend eine Straße entlangläuft. Die Aufnahme eines Kriegsreporters aus den 1970er Jahren wurde später mit dem Pulitzer-Preis ausgezeichnet. Trotz der Berühmtheit des Bildes wurde der Post des Journalisten von Facebooks Content-Moderatoren beanstandet und gelöscht.[1] Letztendlich entschied sich Facebook, den Post wiederherzustellen und das „Napalm Mädchen" nicht von der Plattform zu verbannen. In den Auseinandersetzungen um das Foto und ähnlich gelagerten Fällen wird die Bedeutung der Plattformen für die gesellschaftliche Kommunikation deutlich. Dass die sozialen Medien besonders bildzentriert sind, zeigt sich nicht nur an Plattformen wie Instagram, YouTube und TikTok, die von vornherein auf visuelle Kommunikation zugeschnitten sind. Auch in sozialen Netzwerken wie Facebook und Twitter sind Bilder ein wichtiges Mittel der Kommunikation. Sie werden öfter geteilt und erhalten mehr Aufmerksamkeit.[2] Oder eben auch nicht. Spätestens im Fall von Konflikten wird die gestaltende Rolle der sozialen Netzwerke thematisch und mit der Frage nach der Legitimität ihrer weitreichenden Entscheidungen verknüpft. Um über die Standards im Umgang mit Bildern und Äußerungen diskutieren zu können, muss man sich zunächst über die Bedingungen klarer werden, unter denen die Dienstanbieter in die Kommunikation auf den Plattformen eingreifen.

I. Behind the Screen*: Die Organisation von Sichtbarkeit*

Ein Film wie *The Cleaners* hat einem breiteren Publikum vor Augen geführt, in welchem Ausmaß die sozialen Netzwerke die Inhalte, die von den Nutzerinnen und Nutzern kontinuierlich hochgeladen werden, „moderieren".[3] Angesichts der immensen Quantität an Kommunikation, sind die Arbeiten entsprechend umfangreich. Sie werden in Call Center Strukturen

1 *T. Gillespie*, Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions that Shape Social Media, New Haven und London: Yale University Press 2018, S. 1 ff. Der Journalist, Chefredakteur des norwegischen *Aftenposten*, setzte sich dagegen zur Wehr, schrieb einen offenen Brief an Mark Zuckerberg und entfachte auf diese Weise die Debatte um das Foto.

2 *C. Brantner/G. Götzenbrucker/K. Lobinger/M. Schreiber* (Hrsg.), Vernetzte Bilder: Visuelle Kommunikation in sozialen Medien, Köln 2020.

3 Siehe www.thecleaners-film.de. Zum Content-Management der sozialen Netzwerke vgl. insbesondere *S. T. Roberts,* Behind the Screen: Content Moderation in the Shadows of Social Media, New Haven und London: Yale University Press 2019. Das Buch beschreibt diese bis dahin weitgehend undurchsichtig gebliebenen Strukturen und Praktiken. Die traumatischen Erfahrungen, die mit dieser Arbeit

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

erbracht. Die Content-Moderatoren bekommen die Inhalte zu sehen, die in irgendeiner Weise als problematisch gemeldet werden. Das Spektrum reicht von Äußerungsdelikten aller Art bis hin zu Selbstmordankündigungen, „revenge porn" und Terrorbildern. Die Content-Moderatoren bearbeiten und filtern diese Inhalte und löschen, was ansonsten ungefiltert auf den Plattformen erscheinen würde. Den normativen Hintergrund dieser Löschpraktiken bilden die Gemeinschaftsstandards der Unternehmen. Dieses private Regelwerk ist der Orientierungspunkt für die Entscheidungen der Content-Moderatoren und der sichtbarste Teil der Moderationspraktiken.

Über die Sichtbarkeit in den sozialen Medien entscheiden freilich nicht nur explizite normative Standards. Die Gestaltungsmacht der sozialen Medien zeigt sich nicht nur in kontroversen Entscheidungen über das Löschen oder Nicht-Löschen einzelner Bilder, über das „Flaggen" von Videos oder das Sperren von Nutzerinnen und Nutzern. Sie manifestiert sich bereits in der Infrastruktur selbst. Die für die digitale Kultur insgesamt kennzeichnende Algorithmizität, als ein besonderer Typus digitaler Informationsverarbeitung, bestimmt, wie Inhalte zur Darstellung kommen.[4] Die Räume, die die sozialen Medien eröffnen, sind durch Designentscheidungen geprägt, die weit über die Selektion problematischer Posts und Bilder hinausgehen. Die technischen Voreinstellungen und Anreizsysteme, die die Aufmerksamkeit kanalisieren, werden nicht in gleicher Weise explizit gemacht und können dennoch oder gerade aus diesem Grund besonders wirksam sein. Was im Newsfeed erscheint, ist bereits individualisiert und auf die Interessen der Nutzer zugeschnitten.[5] Die personalisierte Darstellung kommt dabei durch eine systematische Auswertung des Nutzerverhaltens zustande.[6] Das Grundinteresse der Plattformen ist ein ökonomisches. Um möglichst hohe Werbeeinnahmen zu erzielen, müssen die Nut-

---

verbunden sein können, werden in einem *The Verge* Beitrag eindrücklich geschildert. Siehe dazu https://www.youtube.com/watch?v=bDnjiNCtFk4.

4 Zum Algorithmus als allgemeinem Organisationsprinzip der digitalisierten Gesellschaft siehe *F. Stalder*, Kultur der Digitalität, Berlin 2016. *F. Hartmann*, Medienmoderne. Philosophie und Ästhetik, Wiesbaden 2018, S. 151 ff. bezieht Algorithmizität spezifischer auf die Konstitution einer bestimmten Medienwirklichkeit.

5 *M. A. DeVito*, From editors to algorithms: a values-based approach to understanding story selection in the Facebook news feed, Digital Journalism 5, 2017, S. 753–773.

6 Shoshana Zuboff bezeichnet diese kontinuierliche Auswertung der clickbasierten Datenbasis, um sie wieder zielgruppenorientiert und auf die Präferenzen der Nutzer zuzuschneiden als „Überwachungskapitalismus", vgl. *S. Zuboff*, Das Zeitalter des Überwachungskapitalismus, Frankfurt a. M. 2019, S. 85 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

zer zu einer intensiven Nutzung animiert und ihre Aufmerksamkeit möglichst lange gehalten werden.[7]

Dass die Digitaltechnik für diejenigen, die auf sie angewiesen sind, undurchsichtig bleibt, ist kein spezifisches Merkmal von Algorithmizität.[8] Im Grunde gilt für jede Art moderner Technik, dass sie unverstanden und unthematisiert im Hintergrund steht, solange sie funktioniert.[9] Jedoch haben sich die Möglichkeiten, sie zu problematisieren verändert. Algorithmen, die bereits die Wahrnehmung organisieren, haben in diesem Sinn keinen konkreten Anwendungsbereich, an dem sie sich bewähren können. Das bedeutet nicht, dass sie nicht thematisch werden sowie transparent gemacht und in ihrer Wirkungsweise hinterfragt werden könnten. Allerdings ist das mit größeren Schwierigkeiten verbunden. Sie resultieren daraus, dass die Unterscheidung von sozialen Prozessen, die auf eine technische Infrastruktur angewiesen sind, und technischen Entwicklungen, die soziale Prozesse prägen, zusehends verschleift.

Diese durch Technologien beförderten Veränderungen sind Teil eines Diskurses der Ästhetik, der sich mit dem Fokus auf Wahrnehmungsweisen auch auf die formgebende Kraft der Technikentwicklung und deren Implikationen für Recht und Rechtsverständnis bezieht.[10]

---

7 *T. Wu*, The Attention Merchants. The Epic Scramble to Get Inside Our Heads, New York 2017.

8 Zur Kritik einer Algorithmenkritik, die die Technik undifferenziert als „Black Box" begreift, *K. Passig*, Fünfzig Jahre Black Box, Merkur 71 (823), 2017, S. 16–30.

9 *A. Nassehi*, Muster. Theorie der digitalen Gesellschaft, München 2019, S. 196 ff. betont nicht nur die Kontinuitäten zwischen mechanischer und digitaler Technik, sondern will die gesellschaftliche Moderne insgesamt als eine in den Grundstrukturen immer schon digitale Gesellschaft begreifen.

10 Zu den verschiedenen Anknüpfungspunkten der Rechtsästhetik vgl. *J. Reinhardt/E. Schürmann*, Ästhetische Theorien des Rechts, in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, Tübingen 2020, S. 139–154. Siehe zu den Überschneidungen mit medienwissenschaftlichen und medienrechtlichen Fragestellungen ebd., S. 148 f. m. w. N. Die Veränderungen, die mit der umfassenden Digitalisierung der Lebenswelt einhergehen, wirken letztendlich auch auf die Theoriebildung selbst zurück. Hermeneutische Modelle, die die Sprachlichkeit des Seins in den Mittelpunkt stellen und ihren Ausgangspunkt bei der Text- und Begriffsanalyse nehmen, werden ergänzt und überlagert von datenbasierten und auf Big Data-Technologien und statistischen Analysen gestützten Modellen. Dabei steht das Verhältnis von an sinnhaften Vollzügen und Handlungen orientierten Modellen gegenüber einem „technischen" Verständnis, das auf systemischen Prozessabläufen und automatisierte Entscheidungen beruht, auf dem Spiel. (Zu den Veränderungen der Erklärungsrichtung und den damit verbundenen Beschränkungen vgl. *F. Maschweski/A.-V. Nosthoff*, ›We have to coordinate the Flow‹ oder: Die Sozialphysik des Anstoßes. Zum Steuerungs- und Re-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

II. Das Bilder-Recht der Netzwerke

Diese Auseinandersetzungen um die Sichtbarkeit in den sozialen Medien gehen über den eingangs erwähnten Fall des „Napalm Mädchens" weit hinaus. Sie haben eine politische Dimension. In der Politik werden Veränderungen der Gemeinschaftsstandards und der Entscheidungspraktiken der sozialen Netzwerke genau registriert und häufig auch mit Regulierungsandrohungen verknüpft. In dem Maß, wie die Bedeutung der sozialen Netzwerke zunahm, wurde die Debatte darüber, welche äußerungsrechtlichen Standards auf den Plattformen gelten sollen, kontroverser. Aufgrund der zentralen Rolle der sozialen Netzwerke für die öffentliche Meinungs- und Willensbildung und einer Entscheidungsmacht, wie sie traditionell dem Staat vorbehalten war, kann man hier auch in einem nicht-metaphorischen Sinn von einer besonderen Form der Macht- bzw. Herrschaftsausübung sprechen.[11] Angesichts ihrer globalen Reichweite stellt sich die Frage in nahezu allen Rechtsordnungen: Sollen die sozialen Netzwerke die Maßstäbe im Umgang mit den von den Nutzern hochgeladenen Inhalten weitgehend autonom festlegen können? Oder unterliegen sie normativen Bindungen? Und wenn ja, welchen? Im Fall des „Napalm Mädchens" war es die öffentliche Diskussion und die Medienberichtserstattung, die dazu führte, dass Facebook das Bild wiedereinstellte. In anderen weniger prominenten Fällen, die nicht diese öffentliche Aufmerksamkeitsschwelle erreichen, also in den allermeisten Fällen, greift dieser Mechanismus nicht. Die Sichtbarkeit der Bilder bestimmt sich dann nach den allgemeinen rechtlichen Maßstäben und den rechtlichen Mechanismen der Konfliktlösung.

1. Community Standards und Grundrechtsstandards

Die Beziehung zwischen den sozialen Netzwerken und ihren Nutzern folgt im Ausgangspunkt allgemeinen vertragsrechtlichen Regeln. Das vertragliche Austauschverhältnis besteht im Wesentlichen darin, dass die Nut-

---

gelungsdenken neokybernetischer Politiken, in: A. Friedrich/P. Gehring/C. Hubig/A. Kaminski/A. Nordmann (Hrsg.), Jahrbuch Technikphilosophie 2019. Steuerung und Regelung, Baden-Baden 2019, S. 31–46).

11 *K. Klonick*, The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech, Harvard Law Review 131, 2018, S. 1598–1670.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

zer quasi mit ihren Daten für die Nutzung der Plattform bezahlen.[12] Da es sich um eine vertragliche Beziehung handelt, sind zunächst die Vertrags- und Geschäftsbedingungen für die Benutzung der Plattformen maßgeblich. Sie sind Ausdruck der privatautonomen Gestaltungsbefugnis der Unternehmen. War das Content-Management der Plattformen lange Zeit undurchsichtig und von den Zufälligkeiten lose formulierter Gemeinschaftsstandards geprägt, erkennen sie zunehmend ihre gestaltende Rolle und die damit verbundene Verantwortung an. Dies spiegelt sich nicht nur in den materiellen Maßstäben wider. Seit geraumer Zeit bemühen sich die sozialen Netzwerke neben sachangemessenen Standards auch um strukturierte Verfahren im Umgang mit den von den Nutzern generierten Inhalten. Das vielleicht ambitionierteste Vorhaben ist das von Facebook auf den Weg gebrachte „Oversight Board".[13] Es geht dabei um den Aufbau gerichtsähnlicher Strukturen. Um die besonders kontroversen Entscheidungen des Content-Managements zu überprüfen und Grundsatzentscheidungen im Umgang mit Äußerungen oder eben Fotografien zu treffen, errichtet Facebook einen gerichtsähnlichen Spruchkörper. Obwohl sich die großen sozialen Netzwerke zunehmend in ihrer Rhetorik an grund- und menschenrechtlichen Gewährleistungen orientieren, unterscheiden sich die Gemeinschaftsstandards von den allgemeinen äußerungsrechtlichen Standards. Gerade bei bildlichen Darstellungen von Nacktheit und Gewalt setzt Facebook restriktivere Maßstäbe an als sie durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit gesetzt sind – wobei sich die Standards der Meinungsäußerungsfreiheit auch noch einmal von Rechtsordnung zu Rechtsordnung unterscheiden.

In Deutschland, anders als etwa im U.S.-amerikanischen Recht, unterliegen die sozialen Netzwerke aufgrund ihrer Bedeutung für die öffentliche Kommunikation zudem grundrechtlichen Bindungen.[14] Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Reihe von Entscheidungen angedeutet, dass die Grundrechtsbindung privater Diensteanbieter, sofern sie „die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst

12 Die Rechtsprechung sieht das Vertragsverhältnis als ein vertragliches Schuldverhältnis eigener Art an: „Digitale Inhalte gegen personenbezogene Daten" (vgl. etwa OLG Stuttgart, Beschluss vom 6.9.2018 – 4 W 63/18, Rn. 20).

13 *K. Klonick*, The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression, Yale Law Journal 129, 2020, S. 2418–2499.

14 Zur „horizontalen Wirkung" der Grundrechte vgl. *T. Hochmann/J. Reinhardt*, L'effet horizontal, la théorie de l'État et la dogmatique des droits fondamentaux, in: dies. (Hrsg.), L'effet horizontal des droits fondamentaux, Paris: Pedone 2018, S. 7–22.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

übernehmen", der des Staates „nahe oder auch gleich kommen" kann.[15] Das Gericht hat dies mit Blick auf Strukturveränderungen der Öffentlichkeit und des öffentlichen Raumes formuliert, an denen die sozialen Medien einen maßgeblichen Anteil haben. Sie haben ein neues Maß an Vernetzung geschaffen und die Bedingungen gesellschaftlicher Kommunikation verändert.[16] Wie weit die Wirkung der Grundrechte in die privatrechtlich organisierten sozialen Medien reicht, ob die Plattformen im Umgang mit dem Content der Nutzer öffentlich-rechtliche Grundrechtsstandards eins zu eins zu berücksichtigen haben oder eine spezifische Netiquette oder andere Standards durchsetzen können, wird unterschiedlich beantwortet und ist bisher nicht höchstrichterlich geklärt. In jedem Fall ergeben sich aber besondere Anforderungen im Umgang mit Äußerungen und der Interpretation des Bildmaterials.

2. *Der Umgang mit Bildern*

Dass Meinungen nicht nur in versprachlichter Form, sondern auch mit nicht-sprachlichen Symbolen und Bildern zum Ausdruck gebracht werden, trägt Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 des Grundgesetzes (GG) Rechnung. Danach hat jeder das Recht, seine Meinung „in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten". Gewährleistet ist damit ein umfassender Schutz der Äußerungsform, wobei Art und Niveau des Schutzes je nach Kontext variieren.[17]

Zu der Frage, was ein Bild ist und wie man Bildlichkeit im Einzelnen erläutert, muss sich die Rechtsprechung zunächst nicht näher verhalten. Sie setzt ein nicht weiter theoretisiertes Verständnis von Bildlichkeit vor-

---

15 BVerfG, Urteil vom 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 (Fraport), Rn. 59.

16 Die sozialen Netzwerke prägen zunehmend auch die politische Kommunikation, vgl. *D. Kreiss/S. McGregor*, The "Arbiters of what our voters see": Facebook and Google's Struggle with Policy, Process, and Enforcement around Political Advertising, Political Communication 36, 2019, S. 499–522.

17 In seiner Studie zu den „ways of worldmaking" hat Nelson Goodman die welterzeugende Kraft verschiedener Symbole und Symbolsysteme untersucht. Bilder erzeugen Sinn auf eine andere Weise als Sprache und Schrift (vgl. *N. Goodman*, Weisen der Welterzeugung, Frankfurt a. M. 1984). Sie gelten als besonders effiziente Träger von Informationen, weil sie scheinbar schnell erfasst und beurteilt werden können. Bewegtbildern wird zudem eine besondere Suggestivkraft zugetraut. Das Recht trägt den Besonderheiten von Bildlichkeit auf verschiedenen Ebenen Rechnung. Siehe dazu insbesondere *T. Dreier*, Bild und Recht: Versuch einer programmatischen Grundlegung, Baden-Baden 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

aus und spricht den verschiedensten Äußerungsformen von wahrnehmungsnahen Zeichen bis zu Bewegtbildern den Schutz der Meinungsfreiheit zu, sofern ihnen ein irgendwie wertender Aussagegehalt entnommen werden kann.[18] Das Bundesverfassungsgericht hatte sich in seinen Entscheidungen zur „Schockwerbung" näher mit der Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen ein Bild eine Ansicht, ein Werturteil oder eine bestimmte Anschauung transportiert. Ein bildlicher Ausdruck gilt danach als Meinungsäußerung, wenn es sich, wie das Gericht formuliert, um „sprechende Bilder mit meinungsbildendem Inhalt"[19] handelt. In der Entscheidung ging es um Anzeigen des Unternehmens „United Colors of Benetton", die – anders als die üblichen Anzeigen von Textilunternehmen – keine Abbildungen der Kleidung oder der Produkte zeigten, sondern etwa eine auf einem Ölteppich schwimmende ölverschmutzte Ente oder schwer arbeitende Kinder und anderes. Dass es sich dabei um Werbung handelte, erschloss sich nur dadurch, dass am Bildrand auf einem kleinen grünen Feld der Schriftzug des Unternehmens auftauchte. Das BVerfG hatte keine großen Schwierigkeiten, in dem Fall den wertenden und meinungsbildenden Charakter der Bilder zu bejahen. Auch wenn Benetton sie nicht kommentiert oder sich näher dazu verhalten hat, inszenierte es sich doch allein durch das Ausstellen als ein Unternehmen, dem gesellschaftliche Belange ein Anliegen sind – wie diffus und unverbindlich die Botschaft auch sein mochte. Um Bildern einen Aussagegehalt in diesem Sinn zuzusprechen, ist nicht erforderlich, dass sich dem Bild eine besonders deutliche Aussage entnehmen lässt. Auch mehrdeutige, bewusst unklar gehaltene oder kryptische Aussagen fallen in den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit.[20] Für die Beurteilung der bildlichen Darstellungen in den sozialen Medien ist das von Bedeutung, weil die Bilder und Videos, die auf Facebook, Instagram und anderen Plattformen kontinuierlich hochgeladen werden, genau das sind: Manifestationen des Daseins, Inszenierung des eigenen Selbst und über die Selbstdarstellung hinaus (oder damit verbunden) mehr oder weniger aussagekräftige Botschaften und Mitteilungen mit wertendem Charakter.

---

18 Näher zum Bildbegriff und der rechtswissenschaftlichen Rezeption der Bildwissenschaft *Dreier*, Bild und Recht (Fn. 17), 19 ff.

19 BVerfG, Urteil vom 12.12.2000 – 1 BvR 1762/95, Rn, 41 Auf das Kriterium stellt das Gericht im Kontext kommerzieller Werbung ab, um zu beurteilen, inwieweit kommerzielle Äußerungen und reine Wirtschaftswerbung den Schutz der Meinungsfreiheit genießen.

20 BVerfG, Beschluss vom 26.2.2015 – 1 BvR 1036/14 („FCK CPS").

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Daraus ergeben sich Anforderungen an den Umgang mit dem Bildmaterial. Die grundrechtlichen Gewährleistungen, die im Hintergrund stehen, verlangen insbesondere nach einer kontextsensiblen Deutung. Dies gilt auch für das Austarieren der Grenzen von Meinungsäußerungen. Die Meinungsfreiheit ist, wie andere Grundrechte auch, nicht schrankenlos gewährleistet, sondern kann im Wege allgemeiner Gesetze zum Schutz anderer Rechtsgüter eingeschränkt werden. Von dieser verfassungsrechtlich vorgezeichneten Möglichkeit der Einschränkung hat nicht nur der deutsche Gesetzgeber umfangreich Gebrauch gemacht.[21] Auch die sozialen Netzwerke setzen mit ihren Gemeinschaftsstandards den Meinungsäußerungen der Nutzerinnen Grenzen. Dies betrifft das Verbot der Hassrede („Hate Speech"), das sich – insbesondere in den Community Standards von Facebook – in den letzten Jahren von einem diffusen Begriff zu einem recht klar konturierten Prüfprogramm mit verschiedenen Eskalationsstufen entwickelt hat.[22] „Hass spricht", so der deutsche Titel eines Buches von Judith Butler, und er tut dies nicht nur in sprachlich artikulierter Form, sondern auch visuell. Bildliche Darstellungen werden dazu genutzt, Einzelpersonen oder Gruppen zu marginalisieren oder anderweitig anzufeinden. Bildzentriert sind auch Desinformationskampagnen. Wurde das Vertrauen in die Integrität des medial vermittelten politischen Diskurses in den letzten Jahren bereits durch textbasierte Strategien und die ausufernde Redeweise von „Fake News" untergraben, haben die digitalen Manipulationsmöglichkeiten politischer Bilder und Videos („Deep Fakes") das Problem noch einmal verschärft.[23] Die sozialen Netzwerke treten dem mit ihren Gemeinschaftsstandards und den Praktiken des Content-Managements entgegen.

---

21 Dazu gehören insbesondere die strafrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der persönlichen Ehre, aber auch Bestimmungen zur „Volksverhetzung" und zum Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb. *M. Hong*, Hate Speech im Internet – Grundrechtliche Rahmenbedingungen ihrer Regulierung, in: M. Albers/I. Katsivelas (Hrsg.), Recht & Netz, Baden-Baden 2018, S. 59–88.

22 *D. Citron*, Hate Crimes in Cyberspace, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 2014. Die Gemeinschaftsstandards zur Hassrede sind abrufbar unter: https://www.facebook.com/communitystandards/hate_speech.

23 *D. Citron/R. Chesney*, Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security, 107 California Law Review 2019, S. 1753–1820. Abrufbar unter: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/640. Die Diskussion um Bildlichkeit ist seit ihren Anfängen immer auch eine Diskussion darüber, wie weit man Bildern vertrauen kann, auch oder gerade dann, wenn sie beanspruchen, ein Abbild der Realität zu sein, vgl. *F. Steinhauer*, Bildregeln: Studien zum juristischen Bilderstreit, Paderborn und München 2009, S. 117 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Bei der Anwendung und Auslegung der Schranken der Meinungsfreiheit muss wiederum der Bedeutung der grundrechtlichen Gewährleistung Rechnung getragen werden. Das gilt nicht nur für die Interpretation der gesetzlichen Bestimmungen zum strafrechtlichen Ehrschutz etc., sondern auch für die Anwendung der Gemeinschaftsstandards der Netzwerke. Das BVerfG fordert eine kontextsensible Deutung der Meinungsäußerungen ein. Fällt ein Bildnis nicht nur in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, sondern auch in den der Kunstfreiheit, kommt es zudem auf eine „kunstspezifische Betrachtung“[24] an.

Der Umgang mit Bildlichkeit verlangt daher besondere Wahrnehmungskompetenzen. Während Texte mit konventionellen hermeneutischen Methoden entschlüsselt werden können, gilt dies nicht in gleicher Weise für Bilder. Angesichts der Bedeutung des Visuellen wird zum Teil ein „Methoden-Cross-Over“ im Sinne einer Erweiterung des juristischen Methodenkanons um bildspezifische Techniken gefordert.[25] Dazu gehören kunstspezifische Bildanalysen und die Inszenierungsanalysen der Film- und Theaterwissenschaft, die in die juristische Auslegungsmethode integriert werden müssten. Wie immer man dieses Programm im Einzelnen erläutert und umsetzt, wird deutlich, dass es sich bei der rechtlichen Beurteilung von Bildlichkeit um ein zutiefst hermeneutisch-ästhetisches Unternehmen handelt. Es erfordert Zeit und Ressourcen und setzt eine Reflexions- oder Beratungssituation voraus, wie sie für gerichtliche Entscheidungen charakteristisch ist oder von einem „Oversight Board“, wie es Facebook installiert, geleistet werden kann. An solchen Orten kann über Fälle wie der des „Napalm Mädchens“ gestritten und dabei über den Aussagegehalt von Bildern, ihrem ästhetischen Eigenwert oder ihrer Bedeutung für gesellschaftliche Debatten entschieden werden.

Diese Anforderungen an den Umgang mit Bildern stehen allerdings in einem deutlichen Kontrast zu den Bedingungen, unter denen die sozialen Netzwerke mit nutzergenerierten Inhalten umgehen müssen. Bilder und

---

24 BVerfG, Beschluss vom 13. 6. 2007 – 1 BvR 1783/05 (Esra). Das Gericht hat das Erfordernis einer kunstspezifischen Betrachtungsweise zunächst mit Bezug auf einen Roman formuliert. Es gilt aber unabhängig von der Kunstgattung (vgl. BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – 1 BvR 1585/13 für Musik-Samples) und damit auch für den Umgang mit Bild- und Videomaterial, mit satirisch verfremdeten Bildern und Videos oder eben auch „Deep Fakes“.

25 *V. Boehme-Neßler*, BilderRecht. Die Macht der Bilder und die Ohnmacht des Rechts, Heidelberg 2010, S. 200. Zur ästhetischen Dimension juristischer Subsumtion siehe *J. Lege*, Ästhetik als das A und O „juristischen Denkens“, RphZ Rechtsphilosophie 1, 2015, S. 28–36.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Videos zirkulieren in einem bisher nicht dagewesenen Ausmaß in den sozialen Medien. Die Masse der Fälle hingegen wird das „Oversight Board" nicht erreichen. Es wird immer nur eine kleine Auswahl überprüfen können.

III. Algorithmizität und die Grenzen automatisierten Entscheidens

Pro Stunde werden auf Facebook mittlerweile ca. 14 Millionen Fotos hochgeladen.[26] Die quantitative Veränderung führt zu einer qualitativen Veränderung der Art und Weise, wie Bilder beurteilt werden. Der für den klassischen Medien- und Pressebetrieb charakteristische Umgang mit Bildern und Videos kommt aufgrund der Menge des Materials, das von den Nutzern kontinuierlich generiert und hochgeladen wird, an Grenzen. Um dieses Ausmaß an Information bewältigen zu können, sind die sozialen Netzwerke auf technische Lösungen angewiesen. Das Content-Management ist daher ebenfalls algorithmisiert. Algorithmen ermöglichen es, die Kulturtechniken der Analyse von Texten und Bildern zu automatisieren. Dass automatisierte Entscheidungssysteme die Komplexität des lebensweltlichen Kontexts reduzieren, unterscheidet sie im Ausgangspunkt nicht von einem rechtlichen Zugriff auf die gesellschaftliche Wirklichkeit. Auch das Recht kann nicht die Gesamtheit lebensweltlicher Bezüge berücksichtigen, sondern muss formalisieren und abstrahieren.[27] Entsprechend würde auch eine Kritik am automatisierten Content-Management der sozialen Netzwerke zu undifferenziert ausfallen, wenn man das Defizitäre dieser Praktiken bereits an der Algorithmizität als solcher festmachte. Lawrence Lessigs bekannte Formulierung „Code is law" impliziert auch, dass Recht zu

---

26 Die umfassende Digitalisierung und „Datafizierung" der Gesellschaft führt dazu, dass die Menge an Informationen exponentiell steigt. Die statistischen Daten zu Facebook sind abrufbar unter: https://www.omnicoreagency.com/facebook-statistics/

27 Der Umstand wird der rechtlichen Rationalität häufig als Defizit angekreidet. So charakterisierte bereits Adorno in der *Negativen Dialektik* den systembildenden Anspruch des Rechts als ein „Urphänomen irrationaler Rationalität. In ihm wird das formale Äquivalenzprinzip zur Norm, alles schlägt es über denselben Leisten" (*Th. W. Adorno*, Negative Dialektik (AGS, Bd. 6), Frankfurt a. M. 2003, S. 304. Ein dialektischer Denker wie Adorno will damit nicht sagen, dass Recht und Rechtsprechung ohne diese Bindungen irgendwie besser, gerechter oder auch nur möglich wären. Es ist der Hinweis auf ein Strukturmoment, das allerdings nicht für das Ganze des Rechts und rechtlicher Praktiken steht. Vgl. *J. Bung*, Stichwort: Rechtskritik, in: ders./B. Valerius/S. Ziemann (Hrsg.), Normativität und Rechtskritik, ARSP-Beiheft 114, 2007, S. 157.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

einem gewissen Grad Code ist bzw. so funktionieren kann („Law is code"). Die Technologien sind so verschiedenartig und die Einsatzmöglichkeiten so vielfältig, dass sich eine Kritik am Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme auf die unterschiedlichen Instrumente beziehen muss und darauf, ob sie zur Lösung der Aufgaben, für die sie eingesetzt werden, einen sinnvollen Beitrag leisten können.[28]

Bei besonders kontextabhängigen und abwägungsbedürftigen Entscheidungen, also gerade im Umgang mit Äußerungen und Bildlichkeit, bestehen grundsätzliche Differenzen zwischen rechtlichen Beurteilungen und technisch-automatisierten Verfahren. Auch hochmoderne Erkennungsalgorithmen haben, wie Tarleton Gillespie in seiner eingangs erwähnten Studie hervorhebt, schon erhebliche Schwierigkeiten, problematisches Verhalten von unproblematischem Verhalten zu unterscheiden, und zwar auch dann, wenn klar ist, wonach sie genau suchen.[29] Um Bilder als pornographisch oder als „Hassrede" identifizieren zu können, sind Systeme automatisierten Entscheidens auf einen Korpus aussagekräftiger Beispiele angewiesen, der wiederum nur bedingt Orientierung für sich ändernde und daher immer wieder neue Konstellationen zu vermitteln vermag – sofern er denn überhaupt zur Verfügung steht. Die großen sozialen Netzwerke verfügen zwar über eine nie dagewesene Fülle an Daten und damit auch an „Trainingsmaterial" für maschinelle Lernsysteme. Gleichwohl kommen diese an Grenzen.Abgesehen von der Fehleranfälligkeit dieser Systeme ergibt sich aber auch die grundsätzliche Schwierigkeit, dass die äußerungsrechtlichen Standards sehr stark von Rechtsordnung zu Rechtsordnung variieren. Bilder und Symbole, deren Verwendung in einer Rechtsordnung strafbar ist, können in einer anderen als unproblematischer Ausdruck von Meinungsfreiheit gelten. Auch wenn sich die großen sozialen Netzwerke als weltumspannend agierende Akteure bei der Formulierung ihrer Gemeinschaftsstandards zunehmend auch an internationalen Menschenrechten orientieren, vermag das doch nicht darüber hinwegzuhelfen, dass diese

28 Vgl. etwa *M. Fries*, Automatische Rechtspflege, Rechtswissenschaft 9, 2018, S. 414–430 (419 f.). Zu den Versuchen, die Grenzen automatisierten Entscheidens mit rechtsästhetischen Argumenten zu bestimmen, vgl. den Nachweis bei *J. Reinhardt/E. Schürmann*, Ästhetische Theorien des Rechts (Fn. 10), 148.

29 *T. Gillespie*, Custodians (Fn. 1), S. 98. Außerdem *J. Drexl*, Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, ZUM 2017, S. 529–543 (541 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Standards stark konkretisierungsbedürftig sind und sich in der Konkretisierung auch als umstritten erweisen.[30]

Da anspruchsvolle inhaltliche Unterscheidungen schwer automatisiert getroffen werden können, konzentrieren sich die Netzwerke zunehmend darauf, manipulatives Verhalten („inauthentic behaviour") zu identifizieren. Ein System des Content-Managements, das sich nicht auf die Inhalte, sondern auf problematische Verhaltensmuster bezieht, kann zunächst die Schwierigkeiten vermeiden, die mit einer inhaltlichen Beurteilung zwangsläufig verbunden sind.[31] Allerdings drohen auch hier Konflikte mit der Meinungsfreiheit der Nutzerinnen und Nutzer, wenn der Begriff des „inauthentischen" Verhaltens nicht auf eindeutig manipulative Praktiken beschränkt wird. Automatisierte Lösungen verstärken wiederum die Probleme eher als sie zu lösen.

Dieses Konglomerat ganz unterschiedlicher Techniken und Werkzeuge mit Komponenten des maschinellen und sog. „tiefen" Lernens („Deep Learning") zur Text-, Sprach- und Bilderkennung wird auch unter dem Begriff der Künstlichen Intelligenz (KI) zusammengefasst. Obwohl sich der Begriff in politischen Diskussionen großer Beliebtheit erfreut und sich in nahezu allen Policy Papieren zur digitalen Gesellschaft wiederfindet, bleibt er notorisch unscharf. Der Begriff der „künstlichen Intelligenz" transportiert das Versprechen, menschliche Entscheidungen einmal ohne größere Verluste ersetzen zu können.[32] Dieses Versprechen wird durch die tatsächlich bestehenden Möglichkeiten nicht eingeholt. Auch wenn die Technikentwicklung in diesem Bereich sehr dynamisch und schwer absehbar ist, erreichen automatisierte Entscheidungssysteme die äußerungsrechtlich geforderte Komplexität nicht. Daher kommen die meisten Studien darin überein, dass man nicht dem Narrativ von KI als „einfacher Lösung" der Probleme der Content-Moderation aufsitzen darf.[33]

---

30 Optimistisch, was die Orientierungsfunktion von internationalen Menschenrechtsstandards angeht, ist *D. Kaye*, Speech Police. The Global Struggle to Govern the Internet, New York: Columbia Global Reports 2019.

31 Vgl. *J. Reinhardt*, „Fake News", „Infox", Trollfabriken. Über den Umgang mit Desinformation in den sozialen Medien, Vorgänge 225/226, 2019, S. 97–107 (104).

32 Marc Zuckerberg betont regelmäßig, dass die Aufgabe des Content-Managements nur zu bewältigen ist, wenn auch Systeme automatisierten Entscheidens, maschinelles Lernen und künstliche Intelligenz zum Einsatz kommen (vgl. https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-blueprint-for-content-governance-and-enforcement/10156443129621634/).

33 Vgl. etwa den Bericht des UN-Sonderberichterstatters zur Meinungsfreiheit David Kaye: Report of the Special Rapporteur to the General Assembly on AI and its impact on freedom of opinion and expression, 29.8.2018, A/73/348, abrufbar unter:

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Die erwähnte Wendung „Code is law" bringt nicht nur die durch die Technik erbrachten Strukturierungsleistungen auf den Punkt, sondern weist auch darauf hin, wie schwierig es sein kann, getroffene Entscheidungen nachzuvollziehen und transparent zu machen. Sofern es um herausgefilterte oder nachträglich gelöschte Bilder und Äußerungen geht, lassen sich die Entscheidungen allerdings punktuell problematisieren und hinterfragen. Obwohl man den Plattformen zugestehen muss, automatisierte Entscheidungssysteme einzusetzen, weil sie ansonsten die Masse an Inhalten nicht bewältigen können, bleiben die Entscheidungen doch äußerungsrechtlich stets vorläufig. Die im Hintergrund stehenden rechtlichen Gewährleistungen ermöglichen es, die mit der Algorithmizität verbundene „Aufteilung des Sinnlichen" immer wieder aufzubrechen.[34]

https://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/ReportGA73.aspx. Ferner *R. Gorwa/R. Binns/C. Katzenbach*, Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance, Big Data & Society 2020, S. 1–15.

34 In Anlehung an *J. Rancière*, Die Aufteilung des Sinnlichen, Berlin 2006.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. Andreas von Arnauld

Studium der Rechtswissenschaften in Bonn und Hamburg. 1998 Promotion an der Universität Hamburg. 1999 zweites juristisches Staatsexamen. 2005 Habilitation an der FU Berlin. 2007 Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Völkerrecht und Europarecht an der Helmut-Schmidt-Universität Hamburg. 2012 Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Völkerrecht und Europarecht an der Universität Münster.

Seit 2013 Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Völker- und Europarecht und Direktor des Walter-Schücking-Instituts für internationales Recht an der Christian-Albrechts-Universität Kiel.

Publikationsauswahl:

- Norms and Narrative, German Law Journal 18 (2), 2017, S. 309–330.
- Vom Sprechen über das Böse (mit C. Klein und S. Martini), RphZ Rechtsphilosophie 1, 2015, S. 37–56.
- Heinrich Triepel, Vom Stil des Rechts. Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts (1947), Neuausgabe mit einer Einleitung, hrsg. mit W. Durner, Berlin 2007.
- Recht und Spielregeln (Hrsg.), Tübingen 2003.

Bundesrichterin Prof. Dr. iur. Julia Hänni

Studium in Zürich und Doktoratsstudium in St. Gallen (HSG). 2006-2010 Assistentin am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der Universität Zürich. 2009 Forschungsaufenthalt am Max-Planck-Institut, Heidelberg. 2010-2012 Oberassistentin und Lehrbeauftragte an der Universität Fribourg. 2012-2016 Gerichtsschreiberin am Schweizerischen Bundesgericht, Lausanne. 2013 Global Justice Fellow an der Yale University. 2016-2019 Professorin an der Universität Luzern für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsphilosophie.

Seit 2019 Richterin am Schweizerischen Bundesgericht, Lausanne, und seit 2020 Honorarprofessorin für Rechtsphilosophie an der Universität St. Gallen.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Publikationsauswahl:

- Rechtsphilosophie in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2019.
- Menschenrechtsverletzungen infolge Klimawandels, Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ), 2019, S. 1–19.
- Juristische Hermeneutik – die Sinnermittlung der Juristen, in: C. Bäcker/M. Klatt/S. Zucca-Soest (Hrsg.), Sprache – Recht – Gesellschaft, Tübingen 2012, S. 75–92.
- Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung, Berlin 2011.

Prof. Dr. Hilge Landweer

Professorin für Philosophie an der Freien Universität Berlin, Forschungsschwerpunkte in Phänomenologie, bes. Philosophie der Emotionen, Rechts- und Sozialphilosophie, Interdisziplinäre Geschlechterforschung.

Publikationsauswahl:

- Routledge Handbook of Phenomenology of Emotions, hrsg. mit T. Szanto, London/New York: Routledge 2020.
- Wie männlich ist Autorität? Feministische Kritik und Aneignung, hrsg. mit C. Newmark, Frankfurt a. M./New York 2018.
- Yearbook for Eastern and Western Philosophy 2: Embodiment. Phenomenology East/West, hrsg. mit H. Feger, X. Dikun, W. Ge, Berlin/Boston 2017.
- Recht und Emotion Bd. I, hrsg. mit D. Koppelberg, Freiburg 2016 und Bd. II, hrsg. mit F. Bernhardt, Freiburg 2017.

Prof. Dr. Dr. h.c. Gertrude Lübbe-Wolff, LL.M.

Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Bielefeld und Freiburg sowie an der Harvard Law School. 1980 Promotion an der Universität Freiburg. 1979-1987 wissenschaftliche Assistentin an der Universität Bielefeld. 1987 Habilitation zum Thema „Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte“. 1988-1992 Leiterin des Umweltamtes Bielefeld. 1992-2018 Professur für Öffentliches Recht an der Universität Bielefeld. 2000-2002 Vorsitzende des Rates von Sachverständigen für Umweltfragen. 2002-2014 Mitglied des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts. 2002 Leibniz-Preis der Deutschen Forschungsgemeinschaft. 2010 Hegel-Preis.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Bundesverfassungsrichterin a.D., Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Universität Bielefeld.

Publikationsauswahl:

- Why is the German Federal Constitutional Court a deliberative court, and why is that a good thing?, in: B. Häcker/W. Ernst (Hrsg.), Counting votes and weighing opinions. Collective judging in comparative perspective, Cambridge: Intersentia Publishing i.E 2020.
- Verfassung als Integrationsprogramm, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 69 (16/17), 2019, S. 43–48.
- Zukunft der Europäischen Verfassung, in: U. Davy/G. Lübbe-Wolff (Hrsg.),Verfassung: Geschichte, Gegenwart, Zukunft. Autorenkolloquium mit Dieter Grimm, Baden-Baden 2018, S. 129–152.
- Das Dilemma des Rechts. Über Härte, Milde, und Fortschritt im Recht, Basel: Schwabe Verlag 2017.

Prof. Dr. Dr. habil. Stefan Machura

Studium der Soziologie und Politikwissenschaften an der Ruhr-Universität Bochum. 1992 Promotion an der Ruhr-Universität Bochum. 2000 Habilitation (Verwaltungswissenschaft) in München und 2005 Umhabilitation in Politikwissenschaften in Bochum.

Professor für Criminology und Criminal Justice an der Universität Bangor, Wales, GB.

Publikationsauswahl:

- Representations of Law, Rights and Criminal Justice, in: H. Pontel (Hrsg.), Oxford Research Encyclopedia of Criminology, New York: Oxford University Press 2018, S. 1–27.
- Media Influence on the Perception of the Legal System, in: K. Papendorf/S. Machura/K. Andenæs (Hrsg.), Understanding Law in Society, Münster 2011, S. 239–283.
- Recht im Film, hrsg. mit S. Ulbrich, Baden-Baden 2002.
- Law and Film, hrsg. mit P. Robson, Oxford: Wiley Blackwell 2001.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

PD Dr. Laura Münkler

Studium der Rechtswissenschaften an der HU Berlin. 2009-2012 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Volker Neumann an der HU Berlin. 2011-2012 Anwältin in der Kanzlei Becker Büttner Held. Seit 2012 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Jens Kersten an der Ludwig-Maximilians-Universität München. 2014 Promotion an der LMU München. 2016 Aufnahme in das Junge Kolleg der Bayerischen Akademie der Wissenschaften. 2017/2018 Junior Researcher in Residence am CAS (Center for Advanced Studies der LMU). 2020 Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Privatdozentin an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Publikationsauswahl:

- Inszenierung von Recht, hrsg. mit J. Stenzel, Weilerswist 2019.
- Inszenierung als Wirksamkeitsbedingung von Recht. Warum und wie Recht inszenieren?, in: L. Münkler/J. Stenzel (Hrsg.), Inszenierung von Recht, Weilerswist 2019, S. 19–40.
- Dimensionen des Wissens im Recht (Hrsg.), Tübingen 2019.
- Metaphern im Recht. Zur Bedeutung organischer Vorstellungen von Staat und Recht, Der Staat 55 (2), 2016, S. 181–211.

Dr. Eberhard Ortland

Studium der Philosophie, Kunstgeschichte und Literaturwissenschaft an der Ruhr-Universität Bochum, FU Berlin und in Kyoto (Kogei-Sen'i-Daigaku). Promotion im Fach Philosophie an der Universität Potsdam. Lehrtätigkeiten im Fach Philosophie an der FU Berlin, Universität Leipzig, UdK Berlin, Universität Hildesheim, Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg. 2006–2007 Research Fellowship am internationalen Forschungszentrum Kulturwissenschaften, Wien. 2007–2014 wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Hildesheim und Redaktion der Allgemeinen Zeitschrift für Philosophie. 2014–2017 Koordinator der Forschungsgruppe „The Ethics of Copying" am Zentrum für interdisziplinäre Forschung der Universität Bielefeld. 2017–2018 Teilvertretung der Professur für Ästhetik und Kulturphilosophie, WWU Münster.

Seit 2019 wissenschaftlicher Mitarbeiter im SFB 1385: Recht und Literatur an der WWU Münster und Redakteur der Enzyklopädie „Recht und Literatur / Law and Literature".

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Publikationsauswahl:

- Urheberrecht und ästhetische Autonomie, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 52 (5), 2004, S. 773–792.
- The Aesthetics of Copyright, Proceedings of the XXII World Congress of Philosophy 1, 2008, S. 227–232.
- Urheberrecht als ästhetisches Regime, in: O. Kroeger/G. Friesinger/P. Lohberger/E. Ortland (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Originalität. Zur Politik der Wissens- und Kulturproduktion, Wien: Turia & Kant, 2011, S. 77–93.
- Heftschwerpunkt: Law and Ethics of Copying, hrsg. v. R. Schmücker und E. Ortland, Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics 26, 2018, S. 1–264.

Prof. Dr. Dr. Dietmar von der Pfordten

Studium der Philosophie, Rechtswissenschaft und Politikwissenschaft in München, London und Tübingen. Erstes juristisches Staatsexamen 1988, zweites 1993. 1991 Promotion zum Dr. jur. (Rechtsphilosophie) in München. 1994 Promotion zum Dr. phil in München. 1996-1997 Gastwissenschaftler an der Harvard University. 1998 Habilitation in Göttingen. 1999-2002 Professur für Rechts- und Sozialphilosophie an der Universität Erfurt. Gastprofessuren in Brüssel (2006, 2007), Groningen (2011) und Cagliari (2011-2012).

Seit 2002 Lehrstuhl für Rechts- und Sozialphilosophie an der Georg-August-Universität Göttingen.

Publikationsauswahl:

- Normativer Individualismus in Ethik, Politik und Recht, hrsg. mit L. Kähler, Tübingen 2014.
- Rechtsphilosophie. Eine Einführung, München 2013.
- Normative Ethik, Berlin 2010.
- Rechtsethik, 2. überarbeitete Aufl., München 2011.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Dr. Levno von Plato

Studium der Philosophie an der Universität Edinburgh, 2008-2009 Master of Research in Philosophie an der Universität Manchester, 2009-2014 Promotion in Philosophie an der Universität Leeds.

Seit 2017 wissenschaftlicher Mitarbeiter in Philosophie am Lehrstuhl für philosophische Anthropologie, Kultur- und Technikphilosophie (Prof. Dr. Eva Schürmann) an der Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg sowie freier Mitarbeiter an der APRA Foundation Berlin für die Künstlerin und Philosophin Prof. Dr. Dr. h.c. Adrian Piper.

Publikationsauswahl:

- The Aesthetic Expression of Moral Character: Moral Beauty in the Eighteenth Century, Münster 2018.
- Kant's Ideal of Beauty as the Symbol of the Morally Good and as a Source of Aesthetic Normativity, Proceedings of the European Society for Aesthetics 9, 2017, S. 412–437.

Prof. Dr. Jörn Reinhardt

Studium der Rechtswissenschaft und Philosophie an der FU Berlin und in Essex. Erstes und zweites juristisches Staatsexamen in Berlin. 2007 Promotion. Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Verfassungsgericht des Landes Brandenburg. Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand an der Universität Hamburg am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Informations- und Kommunikationsrecht, Gesundheitsrecht und Rechtstheorie. 2012 DAAD-Stipendiat am Institut Michel Villey, Paris. 2011-2016 Fellow des Jungen ZiF, Universität Bielefeld.

Seit 2018 Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bremen.

Publikationsauswahl:

- Ästhetische Theorien des Rechts (mit E. Schürmann), in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 139–154.
- Wozu Narrativität? Interventionen der Erzählforschung in Recht und Politik, in: C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.), Die Neuerfindung Europas, Baden-Baden 2019.
- Das Recht idealistischen Denkens. Über Windmühlen, RphZ Rechtsphilosophie 1, 2015, S. 70–83.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

- Law as Literature. Von der Utopie eines anderen Rechts, in: D. Feige/T. Köppe/G. zur Nieden (Hrsg.), Funktionen von Kunst, Frankfurt a. M. 2009, S. 103–113.

Prof. Dr. Eva Schürmann

Studium der Philosophie, Kunstgeschichte und Komparatistik an der Ruhr-Universität Bochum. Studienaufenthalte in Paris, Cambridge, Bologna. 1998 Promotion. 2007 Habilitation. 2001-2009 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Philosophie der TU Darmstadt. 2004 Gastdozentur an der University of Chicago. 2007-2008 Vertretungsprofessur an der Universität Hildesheim. 2009-2011 Professur für Kulturphilosophie und Ästhetik an der HAW Hamburg. 2014 Wissenschaftspreis der Aby-Warburg-Stiftung. 2014-2015 Senior Fellow am Käte Hamburger Kolleg *Recht als Kultur* der Universität Bonn. Seit 2015 Mitherausgeberin der *Allgemeinen Zeitschrift für Philosophie*.

Seit 2011 Lehrstuhl für philosophische Anthropologie, Kultur- und Technikphilosophie an der Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg.

Publikationsauswahl:

- Ästhetische Theorien des Rechts (mit J. Reinhardt), in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 139–154.
- Vorstellen und Darstellen. Szenen einer medienanthropologischen Theorie des Geistes, Paderborn 2018.
- Law as the Art of Picturing a Case, in: W. Gephart/J. Leko (Hrsg.), Law and the Arts, Frankfurt a. M. 2017, S. 25–38.
- Das Recht als Gegenstand der Ästhetik? Über ein kritisches Verhältnis, RphZ Rechtsphilosophie 1, 2015, S. 1–12.

Prof. Dr. Ludger Schwarte

Studium der Philosophie, Literatur und Politologie in Münster, Berlin und Paris. 1993 Diplome d'Études Approfondies (DEA) in Philosophie an der Universität Paris I, Panthéon-Sorbonne. 1997 Promotion im Fach Philosophie an der FU Berlin. 2007 Habilitation für Philosophie an der FU Berlin. 2006-2009 Assistenzprofessor (FAG-Assistenzprofessur „Theorie der Bilder") an der Universität Basel. Leiter des interdisziplinären Graduierten-

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

kollegs „Bild und Wissen“ im NFS „Bildkritik“. 2009 Dozentur für Theorie des Ästhetischen an der Zürcher Hochschule der Künste.

Seit 2009 Professor für Philosophie an der Kunstakademie Düsseldorf.

Publikationsauswahl:

- Sinnliche Rationalität und die Prozedur der Rechtsfindung, RphZ Rechtsphilosophie 1, 2015, S. 57–69.
- Vom Urteilen: Gesetzlosigkeit, Geschmack, Gerechtigkeit, Berlin 2012.
- Die Inszenierung von Recht. Der unbekannte Körper in der demokratischen Entscheidung, in: L. Schwarte/C. Wulf (Hrsg.), Körper und Recht, München 2003, S. 99–139.
- Legitimation durch Inszenierung? Ästhetische, mediale und politische Bedingungen der Rechtsprechung, in: L. Münkler/J. Stenzel (Hrsg.), Inszenierung von Recht, Weilerswist 2019, S. 125–45.

https://doi.org/10.5771/9783748908784 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA