

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-

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).

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: „So weit 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-

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. konsensfähig⁷ 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 kann⁹ 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.

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 vorhanden¹¹ 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.

setzgebungsverfahren oder auf EU-Ebene nicht mehr als 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 objektivierter 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.).

II. Die Suche nach dem Richten

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 verschiedensten 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 Konzertsals 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.

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

Rechtsdarstellung bereits stark bespielt wird¹⁶ 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, Rhetorik¹⁷ 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. Münker/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.

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 potenzen 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.

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.

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 Agonale²² 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 Rechtssicherheit²³ 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 unmittelbar 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. Gesetzslosigkeit, 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.

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 Gelingsfall 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

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

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 Shaftesbury²⁵ 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 zuwidert läuft. 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.

Schönheitssurteile 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. Spirale²⁷) 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.

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 Voraussetzung 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 Beobachtung 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.

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 bestimmt, 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 Kohärenz³⁰ 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 Hirsch's 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.

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

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 zugesagten 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 Schönheit³⁴ 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 korrigieren³⁵ (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 Pfördten, *Die Rechtsidee bei Kant, Hegel, Stammle, Radbruch und Kaufmann*, in: Shing-I-Liu (Hrsg.), *Value Pluralism, Tolerance and Law*, Taipeih, 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).

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.

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 Willkärschutz: 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-

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 trate. 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‘.“

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 Sinnganzen⁴⁰ 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 Prinzipien 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.

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. Spiel/C. Hattenhauer/M. Hettinger* (Hrsg.), *Homo heidelbergensis*. Festschrift für K.-P. Schroeder, Neustadt a. d. Weinstr. 2017, S. 387–408.

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 beschriebenen Urteilsprozess. Die Gefahr ist, dass Außenstehende oder auch die Richter selbst dabei den Unterschied zwischen dem dafür notwendigen Judiz (also dem Rechtsgefühl aus der angemesenen 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).

renzierte Darlegung des Rechtsfindungsprozesses und der zugrunde gelegten Wertungen, dem sich Richter schon alleine aus Zeitgründen nicht immer aussetzen können. Ob die ihnen unterstellten Vermeidungsstrategien⁴⁹ 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 Sinngegenstand 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.

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 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 [...] verfassungssimmanenten 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 Sinngeanzes 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.

gelmäßig mehrere Regelungsmöglichkeiten gibt, unter denen die richterlichen Normsetzer wie ein weiser Gesetzgeber abzuwählen 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 Prinzipien 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.

