

Sinnliche Rationalität und die Prozedur der Rechtsfindung*

Ludger Schwarte, Düsseldorf

I. Rechts- und Geschmacksurteile

Im 18. Jahrhundert entsteht im Feld der Kunst ein Diskurs über die Urteilsfähigkeit des Publikums. Die Auffassung gewinnt dabei an Zustimmung, die Öffentlichkeit, d. h. prinzipiell jeder Beliebige, könne dies mit Anspruch auf Allgemeingültigkeit. Der immer selbstverständlicher vorgetragene Anspruch des Publikums, Urteile über die (bildende) Kunst abzugeben, wurde zunächst heftig bestritten, gerade von Vertretern einer akademischen Kunstauffassung; denn das Publikum urteilt auf der Basis seines Geschmacks, und eben nicht, wie die Akademiker, aufgrund von Wissen, Kultiviertheit und ausgebildeten Sinnen. Beurteilt man Kunstwerke auf der Basis des Geschmacks, so kann es zwar Grade von Raffinement, aber keinen kategorischen Unterschied zwischen Experten und Laien geben – es gibt zwar Menschen mit schärferen und ausgebildeten Sinnen, doch auch Stumpfsinnigste kann mit dem selben Recht sein Geschmacksurteil abgeben: „Gefällt mir“ oder „gefällt mir nicht.“ Während das Urteilen in jeder politisch relevanten Hinsicht, und besonders im Bereich der Rechtsprechung, professionalisiert und Teil einer Expertokratie wurde, übt sich seither im Feld der Kunst die Öffentlichkeit im Geschmacksurteil. Die *Kunst stellt mit allen ihren Ableitungsformen (Unterhaltung, Sport, Mode) aber keine Opposition, sondern ein Reservat dar, mehr noch: eine eingeschlossene Ausnahme, ein Surrogat, das zum Funktionieren der modernen (gesetzesgestützten) Wissensregierung notwendig ist.*

Im selben Zeitraum, in dem sich die Autonomie der Kunst auf das Geschmacksurteil zu stützen beginnt, entsteht das moderne *Rechtssystem als Expertokratie*. Beide Entwicklungen verlaufen nicht konträr, sondern verzahnt: Die Auslagerung und Restriktion der Urteilskompetenz in den Bereich des Ästhetischen stellt eine Grundbedingung der republikanischen Expertokratie her. Expertokratisches Urteilen ist auf die Einbindung des Publikums über Strategien der Inszenierung und der Interaktion während des Selbstdarstellungsprozesses angewiesen, um seine Geltung und seine Wirkung sicherzustellen. Das Publikum wird es nur dann bei der hörigen Anwesenheit, bei der bloßen „Partizipation“ belassen und vom *bestimmenden Urteil oder der Intervention Abstand nehmen*, wenn es durch das ästhetische Regime der Künste angehalten worden ist, sich (gegenüber Regierungstechniken) auf das ästhetische Urteil zu beschränken, d.h. *das eigene Urteil an der gefühlten Zustimmungsfähigkeit*

* Der vorliegende Text ist eine Überarbeitung und Weiterentwicklung von Gedanken aus meinem Buch „Vom Urteilen“, 2012. Ich danke Jörn Reinhardt sehr herzlich für die Vorauswahl geeigneter Textstellen.

mitteilbarer Empfindungen auszurichten. Die Zustimmungsfähigkeit, die die Artikulation eines Geschmacksurteils anleitet, wird einem über alle verfügbaren Kanäle wiederholten Kult des Gesetzes, der Vorschrift, des Programms als vermeintlichem Konsens unterstellt.

Das partielle Zugeständnis einer universellen Beurteilungskompetenz und der sich in der öffentlichen Kunstkritik ausbildenden Urteilspraxis wurde mit zwei Einschränkungen erkauft, nämlich mit einer Begrenzung der Kunst auf das Ästhetische (in Abgrenzung zur Vernunft und Realität) sowie mit einer Einschränkung politischer Partizipation auf das reflektierende ästhetische Urteil, auf das Befinden, das Gefühl der Lust oder Unlust, auf „gefällt mir“, „gefällt mir nicht“. Politische Subjekte, Bürger, sind kontinuierlich gehalten sich zu fragen, wie sie sich fühlen angesichts all dessen, worauf sie keinen Einfluss haben. Ihre Existenz ist gebunden an das Recht, regelmäßig Geschmacksurteile abzugeben. *Die Artikulation des Schmeckens, das ästhetische Urteil, ist ein Ersatz für praktische Urteile, d. h. für politische Akte. Zugleich ist es eine Funktionsbedingung für die Lenkung durch Gesetze.*

Wenn sich das allgemeine Publikum also seit dem 18. Jahrhundert durch die Ausübung des Geschmacksurteils im Bereich der ästhetischen Erfahrung emanzipieren konnte, so ist es genau dadurch erst zum Befehlsempfänger im Bereich der Regierungstechniken, d. h. des Wissens, des Forschens, des Rechts, des politischen Handelns und der Ökonomie geworden. Denn die Kunst kann mit Kants „Kritik der Urteilstkraft“ (1790) und Schillers Briefen „Über die ästhetische Erziehung des Menschen“ (1793) nur deshalb als Spielfeld des Ästhetischen bestimmt werden, weil dieses Spielfeld durch seine Abtrennung von den Feldern des Intellekts und der Expertise definiert wird, zu denen auch die Politik zählt.

II. Rechtliches Urteilen (Expertokratisch)

Je mehr ein Staat von Experten abhängt, desto weniger demokratisch ist er. Durch die Ausweitung positiven Rechts wird ein Expertenstaat geschaffen, der sich auf die Praktiken der verallgemeinerten Expertise und der statistischen Steuerung stützt. Die Macht des „Rechtsstaates“, der im Namen des Rechtsfriedens und des Konsenses alle Bereiche des Lebens reguliert, beruht auf der Abwesenheit gleichberechtigter politischer Auseinandersetzungen und damit auf der Verunmöglichung der Demokratie, im Namen „des Rechts“. Dieses jedem politischen Streit übergeordnete „Recht“ wird vom expertokratischen Rechtssystem hypostasiert. Das richterliche Urteil als Paradiigma des Expertenurteils zeigt jedoch, womit (im eigentlichen Sinne) politische Entscheidungen substituiert und unterbunden werden: mit monopolisierender Ausgrenzung. Das „Recht“ sichert ein angemäßtes Entscheidungsmonopol. Die Berufung auf höhere Einsicht (in „das Recht“) kaschiert die hinter der Expertenäußerung stehenden Prozesse der Interpretation, des Abwägens und der Dezision. Letztlich darf sich die Expertise bei der Entscheidungsfindung nicht in die Karten schauen lassen; sie darf sich, wie Derrida formuliert, „nicht von einem Wissen herleiten lassen, dessen Wirkung, Schlussfolgerung oder Auslegung sie lediglich wäre“.¹ Die Entscheidung des Experten ist nachvollziehbar, aber nicht überprüfbar.

¹ Derrida, „Den Tod geben“, in: Haverkamp (Hrsg.), Gewalt und Gerechtigkeit, Derrida – Benjamin, 1994, 331 ff.

Dies gelingt unter anderem durch Rekurs auf einen unübersehbaren Wust von Normen. Die *Hypernomie*, das wuchernde Rechtsgestrüpp, erschafft jedoch nicht nur eine Rätselwelt für Bürger, die eher tastend durch die rechtlichen Fallstricke navigieren. Auch für Rechtsexperten ist es fast unmöglich, so etwas wie Rechtssicherheit für sich oder andere herzustellen, allein schon wegen der verschiedenen Rechtsschichten, in denen wir leben und die jeweils von unterschiedlichen Instanzen und Kulturen beherrscht werden. Das Territorium des Richtigen und Wichtigen wird von diversen rechtlichen Strukturen durchzogen.

Hypernomie kennzeichnet einen post-demokratischen Zustand,² in dem Gesetze die Herrschaft von institutionellen Dispositiven zugleich regulieren und legitimieren. Sie bringen die Formen des Staates mit den Anordnungen der Gesellschaft zur Übereinstimmung; sie koordinieren die Regierungspraxis und die Reduktion des Volkes auf einen Bemessungs-, Belehrungs- und Ausführungskörper. In der Hypernomie wird hinter dem Sternenhimmel von Gesetzen ein Konsens als transzendentale Grundordnung des Gemeinwesens postuliert. Auch formell erscheinen Gesetze als Ausdruck einer jeder Handlung vorausliegenden und diese begründenden Übereinstimmung. Diese einzig legitimierende Übereinstimmung bleibt aber eine funktionsnotwendige kontrafaktische Unterstellung, solange sie nicht tatsächlich durch einen Deliberations- und Abstimmungsprozess erfolgt. Das Postulat wird flankiert von der Fiktion, dass die Konsensbildung immer schon erfolgt sei (in grauer Vorzeit, in den Medien, in Wahlen) oder gar nicht direkt zu vollziehen wäre (aus architektonischen, technischen oder rechtlichen Gründen). Im „Rechtsstaat“ wird die Theorie, dass alle die Gesetze befolgen müssen, weil alle sie gewollt hätten und weil vor den Gesetzen alle gleich seien, zum Instrument der Regierungskunst, denn möglicher politischer Streit wird nun mit Hinweis auf die Gesetze und den durch ihre Existenz notwendig zu unterstellenden Konsens unterbunden.

Dieser Verfassungen scheinbar stützende Konsens ist nie durch Deliberationen und Abstimmungen manifest geworden. „Das Recht“ hat niemand explizit gewollt, insoffern es als schon den Abstimmungsprozessen vorausliegend konzipiert wird. Der „Rechtsstaat“ beruht auf bloß unterstellter Zustimmungsfähigkeit. Die tatsächliche Zustimmung zum Regiertwerden durch Experten wird, als freiwillige Gängelung, als „servitude volontaire“, täglich neu organisiert. Dies gelingt durch die ständige Befragung und Bewirtschaftung des (Wohl-)Fühlens und der Stimmung. Die Bürger partizipieren durch die Artikulation von Geschmacksurteilen. *Die Bewirtschaftung der Stimmung, die Ästhetik, grundiert das Postulat und die Fiktion der Zustimmung.* Wo Gesetze qua Ästhetik herrschen, gibt es keinen politischen Streit. Die Herrschaft regelt alles über Gesetze, die alle Probleme zu objektivieren und zu neutralisieren versprechen.

Unter einem „Rechtsstaat“, wie wir ihn täglich erleben, ist deshalb letztlich nicht die institutionelle Bindung der Staatsgewalt an ein durch demokratische Verfahren legitimiertes Recht zu verstehen, sondern die Herrschaft des jenem Wust konkreter Bestimmungen vorgelagerten und durch einen mythischen Konsens legitimierten Grundrechts, das nur Experten auszulegen verstehen. Die Demokratie verschwindet unter den Gründungsprinzipien des Liberalismus, wenn der Staat sich der rechtlichen Regel unterordnet, die den imaginären Vertrag verkörpert. Die Regierungstechniken steuern Richter, d.h. Rechtsexperten, die sagen, was das Gesetz verlangt. In einer

² S. Rancière, Das Unvernehmen, Politik und Philosophie, 2002, 111.

solchen Situation manifestiert die „Regierung der Richter“ sich in der Ausübung der Fähigkeit, unter Rekurs auf den imaginären Vertrag politische Initiativen und Konflikte zu unterbinden³ und eigene Präferenzen durchzusetzen. Die Funktion der Paragrafen und der Rede vom Rechtsstaat ist es, das Recht als eine schon gegebene Gemeinsamkeit zu behaupten, als Grundlage einer Regelung jeglicher Probleme, die man den Rechtstechnikern und -experten überlassen muss. Solange Gesetze herrschen, werden grundsätzliche Fragen eliminiert. Die erforderliche Zustimmung wird ästhetisch organisiert.

Das richterliche Urteilen ist in Abgrenzung von anderen Urteilsformen (logisches Urteilen, moralisches Urteilen, ästhetisches Urteilen) und Praktiken des Urteilens (Abwägen, Schätzen) unter anderem dadurch gekennzeichnet, dass seine Wirkung seine Richtigkeit stützt. Darin ist es anderen Formen der Expertenäußerung wie z. B. die Stellungnahme, das Gutachten oder die Ausarbeitung von Szenarien vergleichbar.

Anstatt nun diese Formen zu kartographieren, scheint es lohnender, einen Blick auf die Grundlagen richterlichen Urteilens zu werfen. Jede Auslegung eines Gesetzes muss prinzipiell damit rechnen, dass Zweifel am Gesetzeswortlaut oder an dessen Sinn auftreten und dass sie zwischen Bedeutungsvarianten zu wählen hat. Diese Wahl oder die Hinzufügung neuer Bedeutungsvarianten geschieht zwangsläufig. Das Richterurteil als Paradigma eines Expertenurteils wird dabei offenkundig von subjektiven Faktoren, von Präferenzen, Intuitionen und Vorverständnissen, d. h. vom *Rechtssinn*, gesteuert, über den prinzipiell auch Laien verfügen. Der Unterschied zwischen dem Experten- und dem Laienurteil liegt folglich nicht in der präziseren, sondern nur in der methodischen Anwendung dieses Rechtssinns. Welcher Superexperte aber beurteilt, ob der Experte richtig geurteilt hat?⁴ Woher weiß der Experte, dass er die Regel richtig verstanden hat?⁵ Trotz dieser Hinweise auf mögliche Legitimationsdefizite des Expertenurteils wäre wenig erreicht, wenn es bei einer Auflistung der psychischen Zufälligkeiten bliebe, die in das richterliche Urteil gingen. Selbstverständlich können, wie auch immer methodisch geleitet, Expertenurteil auch fehlgehen; niemand bestreitet das. Experten sind keine Apparate. Doch was auch immer die emotionalen, affektiven und kognitiven Ressourcen sind, die das Urteil beeinflussen, das richterliche Urteilen zeichnet sich weniger dadurch aus, als durch die spezifische Urteilslogik.

Das expertokratische Urteilen deduziert nicht aus höherem Recht das einem vorliegenden Fall Angemessene. Die Rede von der Unterordnung unter das Gesetz und vom Subsumtionsautomaten nimmt zwar auf die Deduktion als Muster rechtlich gültiger Schlussverfahren Bezug. Doch diese Zuordnung täuscht. Das richterliche Urteilen wird weniger durch die Deduktion, als vielmehr durch die Abdunktion angeleitet; und zwar nicht nur dort, wo eine Gesetzeslücke konstatiert und durch das schöpferische Urteil geschlossen werden soll. Abdunktion kann in unserem Kontext ein Schluss vom überraschenden Fall auf die zu findende Hypothese bzw. auf die zu entwerfende Regel heißen. Die Abdunktion baut die Brücke zwischen dem Streitpunkt

³ Ich folge hier *Rancière*, Das Unvernehmen, Politik und Philosophie, 2002, 117 f.

⁴ „Der richtige Beurteiler von Spezialisten ist nicht etwa ein weiterer Spezialist, sondern der Benutzer.“ *Castoriadis*, Die griechische Polis und die Schaffung der Demokratie, in: Rödel (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, 1990, 309.

⁵ Hier stellt sich das Problem des Regelbefolgens: *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, Werkausgabe Bd. 1, 1990, 345 ff.

und dem Gesetz. Das expertokratische Urteilen ist als ein Fall abduktiven Schließens zu betrachten.

Die Idee der Abduktion bzw. Hypothese findet sich schon bei *Aristoteles*. Sein Begriff der *Apagogé*⁶ bezeichnet im Gegensatz zur Induktion (*Epagogé, conclusio*) einen Schluss vom Typ: Alles Wissen ist lehrbar, Gerechtigkeit ist ein Wissen, also ist Gerechtigkeit lehrbar. Der Untersatz „Gerechtigkeit ist ein Wissen“ mag zwar ungewiss oder zweifelhaft erscheinen, ist aber glaubwürdig genug, um den Schluss zu motivieren. Der Untersatz enthält eine Hypothese, die zu finden im Ermessensspielraum des Urteilenden liegt.

Die moderne Logik der Abduktion geht bekanntlich auf *Charles Sanders Peirce* zurück. *Peirce* zufolge verläuft der Erkenntnisprozess dreistufig. Auf einer ersten Stufe wird eine Hypothese mittels Abduktion gefunden. Auf der zweiten Stufe werden Vorhersagen aus der Hypothese abgeleitet. Hierbei handelt es sich um eine Deduktion. Auf der dritten, der induktiven Stufe wird nach Fakten gesucht, welche die Vorannahmen verifizieren und zur Regel passen.

Peirce definiert:

„Abduktion ist jene Art von Argument, die von einer überraschenden Erfahrung ausgeht, das heißt von einer Erfahrung, die einer aktiven oder passiven Überzeugung zuwiderläuft. Dies geschieht in Form eines Wahrnehmungsurteils oder einer Proposition, die sich auf ein solches Urteil bezieht, und eine neue Form von Überzeugung wird notwendig, um die Erfahrung zu verallgemeinern.“⁷

Die Pointe bei der Abduktion ist weniger der Schluss als das Auffinden der Regel (Hypothesenbildung). Wenn ich beispielsweise einen schwarzen Schwan sehe, und ausschließen kann, dass ich mich täusche, so muss ich zu der Überzeugung gelangen, dass es sich entweder um ein lediglich schwanähnliches schwarzes Tier oder um eine Ausnahmehrscheinung (etwa um eine Mutation) handelt.

Das richterliche Urteilen geht von einem Wahrnehmungsurteil aus. Dieses Wahrnehmungsurteil stützt die Artikulation einer den Überzeugungen zuwiderlaufenden Erfahrung, beispielsweise Vertragsbruch, Diebstahl, Mord. Die Aufgabe der Abduktion besteht nun darin, diese Erfahrung in den allgemeinen rechtlichen Kontext zu setzen und ein indirektes Äquivalent zum Auf-frischer-Tat-Ertappen zu finden.

Bestünde das Urteilen lediglich in der Subsumption eines Falles unter eine Regel, bedürfte es keines Experten. Liegt ein Sachverhalt (durch Ermittlung) klar zu Tage und ist das Gesetz eindeutig, kann jeder Beliebige schlussfolgern, was zu tun ist. Wenn jeder das Gesetz befolgen und auch anwenden kann, sobald er es versteht, dann folgt daraus, dass wir des Richters als Experten nur in wenigen, nicht trivialen Fällen bedürfen. Liegt dem Fall eine ungewöhnliche Beobachtung zugrunde („schwarzer Schwan“), haben wir immer zwei Möglichkeiten: Entweder wir modifizieren abduktiv die Regel (nicht alle Schwäne sind weiß) oder wir modifizieren induktiv die Fallbeschreibung (der „Schwan“ war gar keiner). Durch Fallbeschreibungen wird der Definitionsbereich der Regel fixiert, zu der dieser Fall gehört. Je komplizierter ein Fall, desto mehr bedarf es zu seiner Lösung eines Experten, der die Arten der Be-

⁶ *Aristoteles*, Erste Analytik, II, 25, 69a.

⁷ *Peirce*, Collected Papers, Band 5, hrsg. v. *Charles Hartshorne* und *Paul Weiss*, 1931–1935, 171; vgl. *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz. Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht, 1998.

schreibung mit den Möglichkeiten zu seiner Erklärung und den daraus zu ziehenden Konsequenzen austariert und eine neue, verallgemeinerbare Überzeugung formuliert. Entscheidend dabei ist Folgendes: Weil Streitfälle sich aus Regelwidrigem, wenn nicht aus Regelnkonsistenzen oder -widersprüchlichkeiten ergeben, ist der Experte gezwungen, sich vom gegebenen Regelwerk zu lösen. Anders als es der Name suggeriert (*expertus* = erfahren), besteht Expertise folglich nicht so sehr in einem reichen Erfahrungsschatz als vielmehr in der Fähigkeit, das Gewesene zugunsten des Gegenwärtigen und Zukünftigen zu nutzen und zu überwinden. Kreativität, nicht Erfahrung oder Bildung, zeichnet das Expertenurteil aus.

Es zeigt sich, dass nicht der Regelgehorsam, sondern die Paronomie im Inneren des Expertenurteils wirkt. Das Expertenurteil unterwirft sich nicht den Gesetzen, sondern findet diese, indem es nicht blind den Buchstaben des Gesetzes verwirklicht, sondern sich stets auf den *Geist des Gesetzes* oder die *Methode* beruft und eine paronomische Situation herstellt, d. h. eine Gesetzeslücke konstruiert, deren Struktureigenschaften so beschaffen sind, dass nur die Expertise die heraufbeschworene Notsituation beheben kann, indem sie abduktiv eine Regel erfindet. Im Zentrum des expertokratischen Entscheidungsprozesses steht weder eine Vorschrift noch ein souveräner Wille, sondern eine Leerstelle für die Rechtsschöpfung. Weil diese Expertise in nichts anderem als paronomischer Kreativität besteht, ist nicht einzusehen, warum wir uns weiterhin einem expertokratischen Rechtssystem beugen sollten.

Für das expertokratische Modell mag sprechen, dass es, der Idee nach, praktikabel, effizient und methodisch begründet ist. Allein die bloße Reduktion der Entscheidungsträger auf (neutrale) Profis kann erreichen, dass sachgerecht geurteilt wird. Die Vertretungsverhältnisse im expertokratischen Prozess lassen sicherlich eine genauere Würdigung der Sachen, eine objektive Feststellung des Tathergangs und eine rationale Begründung des Urteils im Sinne einer Ableitung aus der Rechtsordnung zu. Das expertokratische Urteil könnte prinzipiell auch hinter verschlossenen Türen gefällt werden (wird es z. T. auch, nach Aktenlage). Seine Bedeutung erlangt es aber erst als Darstellung der Verfahrens rationalität und Einschreibung des Rechts in den Kollektivkörper. Wenn nur die Richter überzeugt wären, dass sie richtig und vernünftig geurteilt haben, stünde es schlecht um die Expertokratie.

III. Recht als Performanz

Recht ist kein transhistorisches Regelwerk und auch keine Beschreibung der Wirklichkeit, sondern *gesteuerte, absichtsvolle, auf Konsequenzen bedachte soziale Interaktion*. Rechtliche Interaktion sollte nicht nur vom Regelsystem aus betrachtet werden, und auch nicht nur hinsichtlich der Akteure, die sich kompetent wähnen, ein Entscheidungsmonopol über Rechtsfragen zu reklamieren. Die Performanz des Rechts ist das *Rechten*: Die Aufführung einer Verhandlung. Insofern das Recht als absichtsvolle, auf Konsequenzen bedachte soziale Interaktion konzipiert werden kann, zählt zu seinen kulturellen Grundlagen die Möglichkeit, Intentionen an den Folgen einer Handlung auszurichten, d. h. es muss Einrichtungen geben, die Relationen der zeitlichen Abfolge, der Verursachung und der Grenzen der Absehbarkeit beurteilbar machen. Diese Verhandlung über die Beurteilbarkeit von etwas muss aufgeführt werden, um Intentionen zu binden, aus dem Urteil eine Anweisung zu machen und eine kulturelle Wirklichkeit zu prägen.

Betrachten wir das Recht als Performanz, d. h. als eine besondere, soziale Wirklichkeiten generierende Praxis. Anstatt beispielsweise nach einem System von Rechtsaxiomen oder nach der logischen und kommunikativen Struktur von Geltungsansprüchen zu fragen, untersuchen wir also zunächst, was geschieht, wenn wir *rechten*. Die performanztheoretische Perspektive schlagen wir nicht ein, weil uns die Rechtswirklichkeit im Gegensatz zu Idealisierungen interessiert oder weil wir rechtssoziologisch konkrete und tatsächliche Rechtsprozesse analysieren wollten, sondern deshalb, weil wir davon ausgehen können, dass die Muster des Rechtens, nach denen Recht geschieht, Aufschluss geben über die Tiefe der Verwurzelung des Rechts in Handlungen und Verwirklichungsprozessen. Vergleicht man verschiedene rechtliche Handlungsgefüge (z.B. Streiten, Schlichten, Ordnen), so wird es möglich, kontrastiv ein ideales Modell zu konstruieren. Dieses ideale Modell kann das Nachdenken darüber unterstützen, wie Akteure mit der Verantwortung für ungewollte Konsequenzen ihrer Handlungen umgehen können. Eine erste Anforderung besteht für jede Akteurin darin, sich einem solchem Verfahren des Rechtens zu stellen oder ein solches Verfahren anstrengen zu können, wenn eine Situation als ungerecht empfunden wird, in der sie aktiv ist. Wenn Legitimität immer die Gerechtigkeit eines Verfahrens ausweist, so wäre ein ideal legitimes Verfahren ein solches, in dem das Rechten und die Gerechtigkeit identisch sind, in dem sich also der Prozess Gerechtigkeit manifestiert. *Das Verfahren, in dem Gerechtigkeit verwirklicht wird, ist zugleich eine Auseinandersetzung darüber, was Gerechtigkeit ist.* Es ist dann sowohl etwas, das sich ereignet, wie etwas, das gemacht ist (*Rechten = Gerechten*).

Ausgangspunkt dieses Prozesses ist der empfundene und artikulierte Mangel an Gerechtigkeit. Die Verfahrensordnung ist einzelfallbezogen flexibel. Die Zustimmung zu ihm wird freiwillig sein. Die Auseinandersetzung muss für alle Beteiligten in gleicher Weise offen sein: Alle relevanten Subjekte setzen sich in diesem Verfahren mit als ungerecht empfundenen Zuständen ins Benehmen, sie setzten sich darüber auseinander, worin ein Mangel an Gerechtigkeit besteht, verständigen sich darüber, was Gerechtigkeit wäre, und sinnen auf Mittel, diese herbeizuführen. Ein probates Mittel mag sein, einem unbeteiligten Dritten, einer desinteressierten Öffentlichkeit den Streitfall vorzulegen und diese entscheiden zu lassen. Ein anderes mag in der Beseitigung der Gründe für Fehlverhalten liegen. Gerechtigkeit ist hier ein spürbares Ereignis. Der Urteilsprozess ist mangels methodischer Privilegien stets sichtbar. Dass das Ergebnis an die Angabe von Gründen gebunden ist, kann vermutet werden, denn derartige Gründe sind oft geteilte Akzeptanzbedingungen; gleichzeitig kann die Ergebnisorientierung des Gerechtens sich nicht mit dem Räsonieren und dem Abgleich von Gründen zufriedengeben, da dies bereits eine Bevorzugung bestimmter Akteure (nämlich solcher, die sich auf die Darlegung von Gründen und die dazu erforderliche Sprache verstehen) bedeutete. Das Rationalisierungsgebot (es geht nicht um die Verwirklichung von Vernunft sondern von Gerechtigkeit) ist daher nicht notwendig, die Präsenz aller Akteure hingegen schon. Daraus folgt, dass auch die Verständigung in vielen Fällen schon den Gegenstand des Gerechtens ausmachen wird, aber nicht unbedingt notwendig ist, um eine von allen als gerecht empfundene Situation auf eine für alle akzeptable Weise herbeizuführen. Eine Öffentlichkeit dieses Vorgangs scheint hingegen notwendig, allein schon, um möglichst viele Varianten und möglichst viele Akteure in dieses soziale Geschehen einzubeziehen. Vielleicht gibt es kein überzeugendes Beispiel für diese Form des Rechtens. Ihre Problematik ist offensichtlich: Das *Gerechten* ist abhängig vom Vorhandensein von Mitteln (inklusive

Verfahrensmustern) bzw. von der Gutwilligkeit und Kreativität der Subjekte. Die Auseinandersetzung und Verständigung über Gerechtigkeit ist noch nicht die Herstellung von Gerechtigkeit (Wie kann der Zustand integriert werden?). Die Offenheit des Verfahrens, die Freiwilligkeit und die Konsensorientierung erscheinen konfliktuntauglich. Trotzdem könnte man derartigen, nur allzu leichtfertig wiederholten Einwänden entgegenhalten, dass jeder, der sich auf das Rechten einlässt, letztlich analoge Strukturen der Auseinandersetzung sucht, die für seinen Gegner einsichtig und genau deshalb akzeptabel sind, weil diese Strukturen auf eine konfliktvermindernde Transformation einer Situation hinauslaufen, die bei anderen Grundmustern des Rechtens wie Streiten, Schlichten oder Ordnen letztlich nicht zu erwarten ist, es sei denn im Modus der Unterdrückung. Trotz aller Einschränkungen ist das Gerechten das einzige Modell, das aus radikalem demokratischer Sicht legitim erscheinen kann.

Vergleichen wir dieses Modell mit einem pragmatischen, wir können auch sagen, machtzentrierten Modell. Hier ist Gerechtigkeit, *dass* verwirklicht wird, d. h. die schiere Performanz der Legalität. Wenn es nur mehr um das demonstrative Durchsetzen einer Verfahrenslogik geht, so steht dahinter nicht unbedingt eine Ordnung, sondern ein Gerechtigkeitsmodell, dem es genügt, *dass Rechten stattfindet (Rechten = demonstratives Durchsetzen)*. Dieses Rechten sieht sich mit nicht-verrechtlichen Wirklichkeitsverläufen konfrontiert. Die Macht stellt dann das Nicht-Verrechtliche als das Unrechte fest und verrechtlicht es. Das Verfahren wird weitgehend formalisiert sein, obschon an keine abstrakte Ordnung gebunden. Das Verrechtlichen ist prinzipiell ausweitbar. Weil Rechten stattfinden muss, ist die Zustimmung zum Verfahren nicht freiwillig. Der Urteilsprozess wird vorgeführt, die Urteilsfindung bleibt womöglich jedoch unsichtbar. Die Angabe von Gründen wird vorgeschoben und ist letztlich nicht notwendig, ebenso wenig wie die Präsenz oder die Verständigung zwischen allen Beteiligten. Einem solchen Ansatz entspräche es, das Wesen des Rechts in der Herstellung sozialer Ordnung durch die Durchsetzung handlungsleitender Regeln zu sehen.⁸ Das demonstrative selbstzweckhafte Durchsetzen von Ordnung ist als Richtschnur der Autonomie wenig überzeugend; es wirkt ebenso zwanghaft wie die Regeltransgression eines heroischen Anarchen.

IV. Rechtliches Urteilen (demokratisch)

Daraus folgt nun weder, dass die Bindung an eine fallübergreifende Rechtsordnung aufgegeben werden, noch dass das Verfahren jedes Mal neu erfunden werden müsste. Ein verlässlicher Rahmen bzw. eine klug strukturierende Inszenierung erscheinen in jedem Fall wünschenswert. Prozesse können inszenatorisch ausgestaltet sein, ohne ritualhaft und überdeterminiert zu wirken. Inszenierungen von Prozessen gliedern das reziproke Erklärungsverhältnis von *Ereignis, Faktum und Sprache*. Dass ein Satz eine Tatsache repräsentiert, wird auf der Vollzugsebene dadurch sichergestellt, dass dieser Satz *als* (korrekte, inkorrekte) Repräsentation deklariert wird. Das Definitionsmerkmal dieser Deklarationen besteht darin, dass der erfolgreiche Vollzug der Sprechakte ihren propositionalen Gehalt mit der Wirklichkeit zur Deckung bringt, in der sie ausgesprochen werden; weshalb sich Worte und Tatsachen wechselseitig verändern.

⁸ Fuller, The Morality of Law, 1969, 30, 39.

Das Deklarierenkönnen ist anders als bei Direktiva und Kommissiva nicht an eine zusätzliche Ausführung gebunden, auf die der Satz die Sprechenden festlegt, oder an eine korrekte Satzbildung. Es hängt einzig und allein von der Rolle des Sprechers im Rahmen eines Urteilsgeschehens ab. Nun könnte man vermuten, eine derartige Deklaration setze die Ermächtigung durch eine andere Deklaration voraus; dass beispielsweise ein Richter durch einen anderen ernannt worden wäre. Dieser unendliche Regress lässt sich nur vermeiden, wenn man nach der Rahmenkonstruktion fragt, nach der Sprechsituation, in der ein Sprechakt als Deklaration gewertet wird. Wie in *Kafkas „Urteil“* hängt die Akzeptanz einer Repräsentativdeklaration von der Einrichtung der Szene ab, in der sie ausgeführt wird. Ein entsprechendes *szenisches Arrangement* vorausgesetzt, können meine Worte eine Autorität, Glaubhaftigkeit, Wahrhaftigkeit und soziale Relevanz suggerieren, wenn nicht herstellen, die sie an anderer Stelle niemals ausstrahlen könnten. Derartige szenische Einrichtungen beeinflussen die Rechtsakte, ohne doch schon eine inhaltliche Vorgabe, eine Verfassung, zu sein. Deklarationen können Verlautbarungen eines Willens wie in der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung sein oder zufällige Festsetzungen wie die Ziehung und Verkündung der Lottozahlen. Derartige Deklarationen im Rahmen eines Rechtsaktes müssen als Explikationen einer kollektiven Intention, die sich überhaupt erst in der zugleich offenen und konzentrierten Szene wechselseitiger Bezugnahme bildet, verstanden werden können. Gelingt dies nicht, müssen Rechtsprechungsakte letztlich erfolglos bleiben, da diejenigen, an die sie sich richten, sie nicht zur Grundlage ihres Handelns machen können.

Wie lässt sich nun *das kollektive Subjekt verstehen, das Rechtsakte durchführt?* Für *John Rawls* ist das Subjekt des Rechts die Grundstruktur handlungsleitender Regeln: Diese Regelstruktur agiert gleichsam durch die Menschen (hindurch). Das Recht einer gerechten Gesellschaft interpretiert *Rawls* als öffentliches Regelsystem, welches Handlungsschemata so festlegt, dass es Menschen dazu anleitet, zusammen zu handeln, um somit einen größeren Gewinn für alle zu erreichen.⁹ Aus *Rawls* Sicht ähnelt das reine Prozessrecht Spielregeln, deren Beachtung nicht unabhängig von der Beurteilung des Systems geleistet werden kann, in dem sie Regeln sind. Die Beurteilung muss, so *Rawls*, die dahinterstehende „Idee“ der Regeln im Blick haben, um das Ergebnis der Regelbefolgung mit der Intention ihrer Einrichtung zu vergleichen. Hier offenbar der größere Gewinn, der aus der in jeder einzelnen Handlung aufweisbaren Wirksamkeit der Grundstrukturen resultiert.

Dieser Ansatz interpretiert das Recht als Sprachhandlungsschema und sieht Freiheit so eng verknüpft mit der Herrschaft des Rechts (rule of law), dass die Kohärenz von rechtlicher Grundstruktur und einzelner Handlung ihr wichtigstes Erfüllungskriterium bildet. Die Menschen sind bestenfalls Handlanger der Rechtsidee, d. h. ihre Akte verwirklichen die Regelstruktur. Die Repräsentation des Rechts im Gesetz und folglich in der Handlung ist diesem Ansatz zufolge verantwortlich für die Aufklärung der sinnlichen Welt als bloßes raum-zeitliches Vorkommnis eines logisch und genealogisch vorgeordneten, universellen Musters. Doch inwiefern funktioniert Recht wirklich als institutionelle Ordnung auf der Basis einer sprachlich geordneten Welt? Warum ist die Grundstruktur der Regeln das Subjekt des Rechts und nicht vielmehr das Gerechtigkeit erheischende Individuum? Spricht die Sprache, wenn wir Recht sprechen?

⁹ *Rawls*, A Theory of Justice, rev. ed., 1999, 74.

Dem Geist, der hinter den Buchstaben liegt (Hermeneutik), dem Regelsystem, durch dessen Anwendung Sätze bzw. Äußerungen erzeugt werden (Transformationsgrammatik, Sprechakttheorien), entspricht bei *Ronald Dworkin* die Vorstellung einer durch das Recht personifizierten Gemeinschaft. In seinem Buch „Law's empire“ entwirft er das Tableau einer Gesellschaft, deren Integrität das Recht ist, welches den öffentlichen Körper reguliert und zu dem sich die einzelnen Rechtsauslegungen als kohärent erweisen müssen.¹⁰ Dieser Idee einer universalen Grundstruktur, die der Rechtskommunikation immanent ist, aber logisch vorausliegend gedacht werden muss, möchte ich das Modell eines *kollektiven Rechtssinnes*, begleitet vom Konzept einer *verkörperten Sprache*, entgegenhalten, die uns meines Erachtens einer radikal-demokratischen Rechtskonzeption näherbringen.

Dieses radikaldemokratische *Modell des verkörperten Rechts* supponiert nicht ideale Regeln, sondern geht vom konkreten Geschehen des Zusammenlebens verschiedener Menschen aus. Um nun der *verkörperten Sprache des Rechts* auf den Leib zu rücken, darf die Performativität von Rechtshandlungen nicht nach dem Muster der Grammatik analysiert werden. Die Performanz des Rechts sollte nicht im Hinblick auf die konstruierte Kompetenz eines idealen Sprechers analysiert werden, der vermeintlich universelle, explizierbare Regeln befolgt. Woher sollten diese Regeln röhren, wer sollte sie erlassen haben? Solange Sprechen und Urteilen als Regelbefolgen definiert werden,¹¹ beraubt man sie ihrer realitätserzeugenden Kraft. Der Praxis des Sprechens und Urteilens liegen keine konstitutiven Regeln zugrunde. Vielmehr kann die Regelhaftigkeit einer jeweiligen Praxis nur durch genaue Beobachtung ermittelt werden; oder es können Regeln zur Lösung von Konflikten erarbeitet und gesetzt werden. Es gilt daher, das Funktionieren solcher Aushandlungsprozesse zu verstehen, aus denen Normen und Regeln erst hervorgehen oder in denen sie erst explizit gemacht werden. Deshalb sollte die Performanz des Rechts im Sinne der Repräsentationskritik konzipiert werden. Wo vom „Geist des Gesetzes“, der Grundstruktur oder dem Imperium des Rechts die Rede ist, wird alle Kontingenz, Singularität, Undurchsichtigkeit, Unbeherrschbarkeit, Materialität, Körperlichkeit und Zeitlichkeit von Kommunikation und rechtlicher Interaktion ausgeblendet, obschon sie den Sinn des Rechtsprechens ausmachen.

Wird Regelkompetenz zum Maßstab, so kann die Performanz nur Deformation sein. Ebenso wenig, wie es „die“ Regeln „der“ Sprache vor allem Sprechen gibt, sollten wir „Regeln des Rechts“ unterstellen, die allem Rechten vorgängig wären. Deshalb muss auch die Idee des Rechts als konstitutiver Regel überprüft werden. Wir müssen die Vorstellung eines virtuellen Regelwerks, das jedem Urteilen zugrunde liegt und das die konkreten Rechtsakte nur mehr oder weniger kompetent aktualisieren, aufgeben. Stattdessen sollten wir den Blick darauf lenken, wie sich das Recht als gerechte Gestaltung der Wirklichkeit in kollektiven Akten begreifen lässt.

Für eine solche Konzeption des verkörperten Rechts sind architektonische (materielle, soziale und mediale) Strukturen entscheidend, denn sie ermöglichen überhaupt erst die Beurteilung von Handlungen und sind daher Grundlage dessen, was Ausdruck sein kann, ohne eine konstitutive Voraussetzung zu bilden. Die materiellen,

¹⁰ *Dworkin*, Law's Empire, 1986, 168, 305.

¹¹ So bei *Searle*, Sprechakte. Ein sprachphilosophischer Essay, 1971, 61: „Eine Sprache zu sprechen bedeutet, Sprechakte in Übereinstimmung mit Systemen konstitutiver Regeln zu vollziehen.“

vorprädiktiven Formgebungen unserer Rechtsstruktur werden von den auf Intentio-
nen, Regeln und Verantwortlichkeit abzielenden Rechtstheorien meist unterschlagen.
Konträr dazu kennzeichnen die Dinge, die konkreten Möglichkeiten des Handelns,
wie z. B. die Merkmale der sinnlichen Präsenz, des öffentlichen Raumes und der
Wirklichkeitskonstitution durch Wahrnehmung den von der Körperlichkeit ausge-
henden Rechtsbegriff. Er zielt allerdings nicht nur auf die Vorbedingungen, sondern
auch auf die emergente Struktur der Verkörperungsprozesse in performativen Akten.

Die Gesetzeskraft kann sich offenkundig in unseren überkommenen Rechtsformen
nur in Abhängigkeit von Institutionen und Machtverhältnissen zur Geltung bringen,
die dem Wort Befehlsgewalt sichern. Macht und Autorität des Rechts hängen dort
weder von Rechtfertigungstechniken noch von der Rationalität relevanter Handlungs-
subjekte ab. Sie basieren auch nicht vollständig auf der Androhung von Zwangsaktens,
sondern vor allem auf der Eliminierung anderer Handlungsmöglichkeiten und -frei-
heiten durch die Setzung des Rechts; zumal im Nexus wiederholten Handelns werden
kulturelle Muster als Normen etabliert (erst durch das Zitieren des Gesetzes wird die
Figur des richterlichen Willens erzeugt). Dem Wiederholungzwang wird durch in-
stitutionelles Gepräge der Glanz des Gewollten, des Geplanten, des Sein-Sollens
verliehen. Dieser Stiftung des Rechts eignet eine eigene, repräsentative Gewalt, deren
Manifestationen den „mystischen Grund der Autorität“¹² sichern.

Die Expertokratie kaschiert diese Gewalt hinter der Fassade der Erudition. Stellt
man der Analyse der rituellen Aufführungsbedingungen im expertokratischen Recht
das Beispiel radikaldemokratischer Rechtsprechungsformen gegenüber, so lassen sich
spezifische Kriterien für die rationale, legitimationsfähige Durchsetzung neuer Gel-
tungsraster ermitteln. Hier wäre der Akzent auf die *Möglichkeit einer pluralen, em-
pathischen, öffentlichen und überprüfaren Entscheidung* zu verschieben. Dabei gilt
es, mit Blick auf die Transparenz, Adäquatheit, Modifizierbarkeit und Plausibilität
der Grundstrukturen, noch vor allen rechtlichen Diskursen die *Möglichkeiten der
Versammlung* konträrer Standpunkte, der Erfahrung pluraler Welten und des Austau-
sches zwischen verschiedenen Sprachen, die Möglichkeit der Deliberation und des
Einspruchs zu beachten. Dies bedeutet letztlich, theatralen Techniken Rechnung zu
tragen, welche die Spannung der Wahrnehmungsstrukturen, die Emergenz von Wirk-
lichkeit, das Risiko und den Skandal des körperlichen Erlebens begreifbar machen.
Der Entscheidungsprozess, in dem sich eine neue Weltversion zwischen Akteuren
und Zuschauern entfaltet, wird von spezifischen Situationsmustern ermöglicht und
getragen, die Interaktionen, Widerfahrungen und Artikulationen aufeinander beziehen.
Recht ist folglich keine Regel, sondern ein Ereignis.

*Eine Versammlung produziert die Anwesenheit und gegenseitige Wahrnehmung
von Körpern. Versammlungen bringen eine erste Rechtsstruktur hervor, in der sich
die Körper wahrnehmen, dialogisch ausprägen und konkrete Handlungsmöglichkei-
ten erfahren. So bildet die Versammlung aller Bürger im Gericht den Ausgangspunkt
für die Verkörperung des Rechts, in der sich ein Rechtsbewusstsein formen kann.*

Das Gericht ist nicht nur der Ort der Anwendung von Gesetzen, sondern als
Grundlegung des Rechtsvollzugs selbst bereits ein Modell der Gerechtigkeit. Die
Bedeutung des Prozesses für die Entscheidung kann weder auf das richterliche An-
sammeln und Würdigen von Fakten reduziert werden noch auf die Einbindung der

¹² Derrida, Gesetzeskraft, Der „mystische Grund der Autorität“, 1991, 27; s. zur Gewalt des
Rechts, die Freiheit eliminiert, auch Menke, Recht und Gewalt, 2011, 10.

Akteure bzw. die Instruktion des Publikums. Die juristische Rekonstruktion des zu beurteilenden Tathergangs dient nicht nur der laborähnlichen Zusammenstellung der relevanten Elemente eines Vorgangs, sondern dem Nachvollzug ebenso wie dem Entwurf von Alternativen (ohne die es weder einen Fall noch eine Entscheidung gäbe).¹³ Der Prozess dient nicht nur der Feststellung, sondern auch der freistellenden Verkörperung des Gegensätzlichen, Strittigen.

Die auditoriale Versammlung pluraler Positionen als *Membran der Einfühlung und Fremderfahrung ist die Voraussetzung* gegenseitiger Anerkennung. Sie bildet daher eine Grundstruktur sinnlicher Rationalität, von der aus die Prozedur der Rechtsfindung zu begründen ist. Aus dieser Versammlung von Erfahrungsflächen und Austauschzonen ergeben sich erst die sprachlich verfassbaren Zustimmungsmöglichkeiten. Das erst auf der Ebene der Sprachrationalität ansetzende Diskursmodell enthält daher unnötige, womöglich Gerechtigkeit verhindernde Präformatierungen, Selektion möglicher Gegenstände und Exklusion anderer Artikulationsformen und ist entsprechend um eine ästhetische Grundierung der Auseinandersetzungs- und Anerkennungsprozesse zu ergänzen.

Dabei müssen die Kontrahenten füreinander wahrnehmbar werden. Sie müssen sowohl physische Aggression unterbinden wie auch die Andersartigkeit der anderen Perspektive verdeutlichen. Von der Sichtbarkeit des Körpers und der inszenatorischen Unterstellung von Handlungsqualitäten ausgehend, müssen Medien der Auseinandersetzung gefunden werden, die es ermöglichen, dass aus der Konfrontation der Andersartigkeit ein Ringen um ein gemeinsames Recht wird. Nur so kann die Auseinandersetzung auf die Argumentation in einem möglichst von allen akzeptierten Sichtbarkeitsmodus und sodann in einer geteilten Verhandlungs- und Urteilssprache zugespitzt werden.

Die Positionen müssen die Disputanten als freie, verantwortliche, ausdrucksfähige Wesen zeigen. Geht es in dem Ja und Nein des Disputs um die Gründe einer Handlung, über deren Berechtigung prinzipiell auch abstrakt am Tisch entschieden werden könnte, ohne dass irgendein konkretes Individuum damit verbunden wäre, so muss die Disputationssfläche die *Relevanz dieser Gründe für das Zusammenleben* verdeutlichen – d. h., der Unterschied zwischen einem Grund und dem Behaupten dieses Grundes muss klar werden. Aus der antagonistischen Grundstruktur muss das Dilemma deutlich werden: Die Ebene des Konflikts, die Ebene des Schmerzes, die Ebene, auf der zukünftig etwas ausgeschlossen werden soll. Bevor sich im Wettstreit der Darstellungen das Profil der Verantwortlichkeit abzeichnet, in dem die Rechtssubjekte beurteilbar werden, müssen sie, um einen Verständigungsprozess zu ermöglichen, aus Vorverurteilungen und falschen Kontextualisierungen herausgelöst werden und in gleichartigen, nicht schon festgeschriebenen Positionen erscheinen (gleichsam hinter einem egalierenden „veil of ignorance“). Der Prozess verlegt den Streitpunkt von der Untersuchung feststellbarer Tatsachen hin auf das, was möglich

¹³ Habermas begnügt sich damit, dass juryähnliche Grundsätze in der Beweisaufnahme und Feststellung von Tatsachen zum Zuge kommen, wenn sie „als Interaktion unter Anwesenden inszeniert“ sind. Weil es ihm offenbar ausreicht, dass die rechtliche Beurteilung dieser Tatbestände durch das Gericht öffentlich dargelegt und begründet werden muss, ist er letztlich damit einverstanden, dass damit „die Herstellung des Urteils dem professionellen Können des Richters allein überlassen“ bleibt (Faktizität und Geltung, 1992, 290 f.).

ist und gelten soll, und sollte deshalb einer verallgemeinerten, zufälligen, unparteiischen Urteilsgemeinschaft vorgelegt werden.

So lässt sich, tendenziell, etwa durch ungewöhnliche Inszenierungsformen, die Auseinandersetzung so offen gestalten, dass auch solche Ansprüche auf Anerkennung Geltung finden können, die von den begrifflichen Leitunterscheidungen eines Rechtssystems prinzipiell ausgeschlossen werden. Die Frage stellt sich, bis zu welchem Grad diese Ausweitung und Flexibilisierung wünschenswert und praktikabel erscheint (um beispielsweise nicht auch dem Virus eine unantastbare Würde zuzuerkennen oder das Exkrement durch das Urheberrecht schützen zu müssen). Des Weiteren muss geklärt werden, auf politischer Ebene, ob das Rechtssystem überhaupt befugt ist, im Sinne des Gemeininteresses solche Entscheidungen zu fällen, anstatt sie dem Interesse und den Erwägungen des Einzelnen (z. B. im Fall der Abtreibung der einzelnen Frau) zu überlassen.

Will man dafür Sorge tragen, dass das, was als Recht gilt, sich in einem kollektiven Prozess entfaltet, bei dem nach Maßgabe einer geteilten, aber singulären Gegenwart um Gerechtigkeit gerungen wird, so bemisst sich die Legitimität dieser Verfahrensarten an den *Konstitutionsbedingungen von Gegenwart*, zumindest wenn wir unterstellen, dass die Singularität von Gegenwarten der Hauptgrund für die Verschiedenartigkeit der Fälle ist, an deren Bewältigung das Recht gemessen wird.

Die auf sinnlicher Rationalität fußende Rechtsarchitektur kann all diejenigen Ausdrucksformen (Lebendigkeit, Emotionalität etc.) der Betrachtung zuführen, die von der Sprachhandlungs rationalität oft nicht adäquat erfasst werden. Die Bestimmbarkeit der Gegenwart ist hier strittig. Daher tritt sie im rechtlichen Dispositiv stets in Alternativen auf. Fiktion, Lüge, Vergangenheit und objektive Gültigkeit ringen um die Wirkung. Maß der Wirkung ist dabei der „desinteressierte“ Körper der Öffentlichkeit. Die Ausrichtung in die Zukunft, d.h. die mögliche Verantwortung für unbeabsichtigte Konsequenzen eigener Handlungen, wird dabei als entscheidendes phänomenales Raster für die Anerkennung von Interessen angesetzt.

Sinnliche Rationalität unterfüllt nicht nur ein radikal demokratisches Rechtsverständnis, sondern gibt vergleichstaugliche Kriterien an, an denen die Legitimität verschiedener Muster rechtlicher Entscheidungsprozesse und ihre Chancen auf Erfolg zu bemessen sind.