

Eva Kocher<sup>1</sup>

## Objektivität und gesellschaftliche Positionalität

### I. Die feministische Kritik an der Objektivität des Rechts

Rechtsprechung soll unabhängig und neutral, das Recht soll objektiv sein – diese Vorstellungen stehen nicht zufällig im Zentrum des Selbstverständnisses von Jurist:innen.<sup>2</sup> Das Versprechen des Rechts,<sup>3</sup> seine Unabhängigkeit und Objektivität, steht auch im Mittelpunkt grundsätzlicher feministischer Kritiken<sup>4</sup> – ähnlich wie z.B. das Objektivitätsversprechen der Wissenschaft.<sup>5</sup> Die feministische Kritik ist insofern immer schon Teil der Debatte um neuere rechtskritische Ansätze.<sup>6</sup> Es geht hier nicht zuletzt um das, was in Vorstellungen von „Objektivität“ unsichtbar gemacht wird: Recht wird täglich neu von Menschen gemacht, die in persönlichen, menschlichen und gesellschaftlichen Beziehungen – und damit auch Machtverhältnissen – verortet und eingebunden sind, und deren Sein und Subjektpositionen durch diese Bindungen geprägt sind.<sup>7</sup>

Aber hat die Feststellung, wie sehr Menschen durch ihre Beziehungen geprägt sind, zur Konsequenz, dass das Objektivitätsversprechen des Rechts aufgegeben werden muss? Ist „kritische Reflexion“ eine Alternative, und was würde es in der Praxis bedeu-

1 Der Aufsatz beruht auf den Überlegungen, die ich in *Eva Kocher, Die Position der Dritten. Objektivität im bürgerlichen Recht*, JÖR 67 (2020), 403 angestellt habe, und führt diese weiter.

2 Dahinter steht die Autonomie des Rechts (wie auch immer man deren Funktionen theoretisch im Einzelnen beschreiben mag); vgl. *Eva Kocher, „Rechtssoziologie“: Das Recht der Gesellschaft und die Gesellschaft des Rechts*, Rechtswissenschaft 2017, 153.

3 „Die Versprechungen des Rechts“ war der Titel des Dritten Kongresses der deutsch-sprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen 2015 in Berlin (vgl. *Susanne Baer, Recht als Praxis. Herausforderungen der Rechtsforschung heute*, ZfRSoz 36 [2016], 213–232).

4 *Jutta Limbach, Engagement und Distanz als Probleme einer feministischen Rechtswissenschaft*, in: *Gerhardt/Limbach (Hrsg.), Rechtsalltag von Frauen*, 1988, 169, 173 ff.; *Susanne Baer, Objektiv – neutral – gerecht? Feministische Rechtswissenschaft am Beispiel sexueller Diskriminierung im Erwerbsleben*, KritV 77 (1994), 154–179 (157 f.); *Cara Röhner, Ungleichheit und Verfassung*, 2019, 15 ff.

5 *Lorraine Daston/Peter Galison, Objektivität*, 2017.

6 *Christoph Menke, Kritik der Rechte*, 2018; *Alexander Somek, The legal relation*, 2017; *Daniel Loick, Juridismus*, 2017; *Sonja Buckel, Die Bürde der subjektiven Rechte*, KJ 50 (2017), 461 (468) (die beiden letztgenannten Autor:innen verorten sich allerdings ebenfalls in feministischen Ansätzen).

7 *Jennifer Nedelsky, Law's relations*, 2011; *Sabine Hark, Enteignet Euch! oder: Keine Frage der Wahl*, in: *Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen*, 2018, 157 (166 ff.); *Susanne Baer, Komplizierte Subjekte zwischen Recht und Geschlecht. Eine Einführung in feministische Ansätze in der Rechtswissenschaft*, in: *Christine Kreuzer, (Hrsg.), Frauen im Recht – Entwicklung und Perspektiven*, 2001, 9–25 (9, 13 ff.); *Ratna Kapur, Gender, alterity and human rights*, 2018; dazu genauer *Eva Kocher, Recht oder Nicht-Recht: Eine Wahl zwischen Gleichheit und Freiheit? Zum Stand der feministischen Rechtstheorie*, KJ 2020, 481.

ten, wenn man sie z.B. als Gegenstand des Jurastudiums festschreiben würde?<sup>8</sup> Oder wie sähe alternativ eine Rechtspraxis ohne Anspruch auf Unabhängigkeit und Objektivität aus?

Um sich diesen Fragen zu nähern, geht der vorliegende Text den Weg von der Theorie in die Praxis von Zivilrichter:innen und wieder zurück. Er versucht dabei zunächst, genauer zu verstehen, wie Objektivität in der sozialen Praxis von Richter:innen hergestellt wird (II. und III.), um dann in einem zweiten Schritt Einfallstore für kritische feministische Praxen richterlicher Tätigkeit ausmachen zu können (III.). Von besonderem Interesse ist dabei die Konzeption „situierter Wissensbestände“ von Donna Haraway, die Kritiken am Objektivitätsverständnis der Wissenschaft queer-feministisch ausformuliert hat, indem sie (u.a.) (menschliche) Beziehungen relevant setzt. Dass sie gleichzeitig dennoch am Anspruch einer (feministischen) Objektivität festhält, macht ihren Ansatz für die Rechtspraxis besonders interessant.

## II. Praxen der Objektivität im Zivilrecht

Für die soziale Praxis von Richter:innen ist die Vorstellung, sie könnten autonom und objektiv die richtigen oder zumindest passenden Entscheidungen für Streitfälle finden, eine notwendige, d.h. „feldspezifische Illusion“; ihre Tätigkeit ist fundamental auf diese Vorstellung angewiesen.<sup>9</sup> Bei der Frage, wodurch diese Illusion gekennzeichnet ist, ist der Begriff der „Objektivität“ von besonderem Interesse. Anders als die parallelen Begriffe der Unabhängigkeit und Neutralität bezeichnet er nicht das, was in der richterlichen Bewertung und Entscheidung außen vor bleiben muss, sondern formuliert positiv, woran sich richterliche Entscheidungen orientieren sollen: Diesen obliegt es danach, die Position einer gesellschaftlich nicht durch ihre Beziehungen bestimmten Person zu suchen, die reines Individuum und Rechtssubjekt ist.

Nun kann die richterliche Praxis von vielen verschiedenen Seiten angeschaut, beobachtet, analysiert und kritisiert werden. Der formale Zielpunkt der richterlichen Tätigkeit ist dabei zunächst die Entscheidung – was nicht heißen soll, dass andere Tätigkeiten des Verhandelns und der Vermittlung nicht z.T. (insbesondere in ersten und zweiten Instanzen) praktisch wesentlich breiteren Raum einnehmen würden als das Urteilen selbst. Aber es ist die Potenzialität der Entscheidung, von der aus auch alle anderen richterlichen Tätig-

- 8 Zu einem Projekt des BMJV zur Änderung des § 5a DRiG siehe z.B. die Stellungnahme 02/2021 der *Neuen Richtervereinigung* v. 16.2.2021 (<https://www.neuerichter.de/details/artikel/article/stellungnahme-zur-aenderung-des-5a-deutsches-richtergesetz-drig-implementierung-des-themas-ns-unrecht-in-die-juristische-ausbildung>), die Stellungnahme Nr. 4/21 des *Deutschen Richterbundes* v. 17.2.2021 (<https://www.drb.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/news/4-21>) und die Pressemitteilung 21-04 des *Deutschen Juristinnenbundes* (djb) v. 26.2.2021 (<https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/pm21-04?actbackPid=57&cHash=3c1389576e8287efef39fe3df488b8581>).
- 9 Michael Wräse, Recht und soziale Praxis – Überlegungen für eine soziologische Rechtstheorie, in: Cottier/Estermann/Wräse (Hrsg.), *Wie wirkt Recht? Ausgewählte Beiträge zum Ersten Gemeinsamen Kongress der Deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen*, 2010, 113 (115 ff.); Pierre Bourdieu, *Die Juristen. Türhüter der kollektiven Heuchelei*, in: Kretschmann (Hrsg.), *Das Rechtsdenken Bourdieus*, 2018, 29 ff.

keiten bestimmt werden. Und gerade dieser Teil der Tätigkeit liegt weitgehend „im Dunkeln“.<sup>10</sup> Was wir sehen, ist die Darstellung einer Entscheidung, nicht deren Herstellung.

Das heißt aber nicht, dass nicht auch die Darstellungen – konkret die Urteile – auch einiges über die Produktionsformen von Objektivität zeigen können: Texte konstruieren Vorstellungen, und Vorstellungen konstruieren Texte.<sup>11</sup> Methoden der gedanklichen Arbeit mögen nicht binden; aber es spricht doch einiges dafür, dass sie Denken prägen und leiten.<sup>12</sup> Mit ihrer Hilfe werden „[d]ie von den sozialen Akteuren im praktischen Erkennen der sozialen Welt eingesetzten kognitiven Strukturen“ ausgebildet, die als „inkorporierte soziale Strukturen“ des Habitus wirken.<sup>13</sup> Die Arbeit mit und an Texten, die Einübung eines bestimmten Schreibens und Denkens macht deshalb nicht zufällig den längsten Teil der Ausbildung zur Jurist:in aus. Noch die Kritik an der juristischen Ausbildung geht meist von der mehr oder weniger unausgesprochenen Annahme aus, dass die im Studium gelesenen und verfassten Texte einen Habitus und damit die Berufspraxis prägen können.

Auf Basis dieser Annahme werden juristische Denkformen im Folgenden als soziale Praxis untersucht. Die kognitiven Strukturen, die zur Darstellung von Objektivität verwendet werden, werden insofern am Beispiel der Figur der „objektiven Dritten“ analysiert, die im Zivilrecht allgegenwärtig ist.<sup>14</sup> Am „objektiven Dritten“ lässt sich nachlesen und so beobachten, wie „Objektivität“ in der richterlichen Praxis verstanden und hergestellt wird.

10 Susanne Baer, Recht als Praxis. Herausforderungen der Rechtsforschung heute, ZfRSoz 2016, 36(2), 213 (223 f.); ein seltener Versuch, Licht in das Dunkel zu bringen: Uwe Kranenpohl, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts, 2010.

11 Das zeigt empirisch Peter Stegmaier, Wissen, was Recht ist. Richterliche Rechtspraxis aus wissenschaftssoziologisch-ethnografischer Sicht, 2009 (zur einzelrichterlichen (Re-)Strukturierung von Rechtsfällen, dem kollektiven Aushandeln von Falllösungen, der Nutzung von Texten und Arbeitstechniken); für ein Beispiel siehe das Argument von Christoph Strecker (Betrifft Justiz 2000, 370 in der Erwiderung auf Theo Rasehorn, Betrifft Justiz 2000, 369) gegen die mündliche Urteilsbegründung: Er führt die Erfahrung an, dass eine mündlich gegebene Begründung sich der schriftlichen Aufzeichnung verweigern und dadurch als unrichtig erweisen könne.

12 Christian Boulanger, Die Soziologie juristischer Wissensproduktion. Rechtsdogmatik als soziale Praxis, in: Boulanger/Rosenstock/Singelnstein (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, 173 ff; Silvia von Steinsdorff, (Verfassungs-)Richterliches Entscheiden, ebd., 207 ff.

13 Pierre Bourdieu, Die feinen Unterschiede, 8. Aufl. 1996, 730 (zum Nutzen von Bourdieus Habitus-Feld-Konzept für eine soziologische Rechtstheorie siehe Nachweise oben Fn. 9).

14 Vgl. auch die soziologische Bedeutung der „Figur des Dritten“ als eine Keimzelle des Gesellschaftlichen: Georg Simmel, Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung, 1908 (Exkurs „Wie ist Gesellschaft möglich?“); Albrecht Koschorke, Ein neues Paradigma der Kulturwissenschaften, in: Esslinger/Schlechtriemen/Schweitzer/Zons (Hrsg.), Die Figur des Dritten. Ein kulturwissenschaftliches Paradigma, 2010, 9 (16) (hervorgegangen aus dem Graduiertenkolleg „Die Figur des Dritten“ [2003–2009 an der Universität Konstanz]); Ulrich Bröckling, Gesellschaft beginnt mit Drei: Eine soziologische Triadologie, in: Bedorf/Fischer/Lindemann (Hrsg.), Theorien des Dritten. Innovationen in Soziologie und Sozialphilosophie, 2010, 161 (166); Joachim Fischer, Tertiarität/Der Dritte. Soziologie als Schlüsseldisziplin, in: Bedorf/Fischer/Lindemann (Hrsg.), Theorien des Dritten. Innovationen in Soziologie und Sozialphilosophie, 2010, 131 (144 ff.) und Ulrich Bröckling (Fn. 14), 166 f.

## 1. Objektivität als Denkaufgabe

Rechtsfiguren, die explizit „Objektivität“ abbilden, gibt es im Privatrecht eine ganze Menge.<sup>15</sup> Immer wieder stoßen wir im Zivilrecht auf „objektive“ Maßstäbe, die Gerichte anzuwenden haben. In Gesetzen und Rechtsprechung gibt es den „umsichtigen Menschen“, den „ordentlichen Kaufmann“ (§ 347 HGB) bzw. „Geschäftsmann“ (§ 43 GmbHG), den „gewissenhaften Geschäftsleiter“ (§ 93 AktG), den „durchschnittlichen“, „durchschnittlich verständigen“ oder „durchschnittlich aufmerksamen Verbraucher“, den „verständigen Arbeitgeber“, den „durchschnittlich gut ausgebildeten Fachmann“, die „besonnene und gewissenhafte Hausfrau“, den „unvoreingenommenen Durchschnittsleser“, den „objektiven eBay-Nutzer“ oder den „durchschnittlichen Nutzer des Internets“.<sup>16</sup>

Jutta Limbach lieferte schon 1977 eine ausführliche Untersuchung zu einer solchen Rechtsfigur (der „verständige Rechtsgenosse“).<sup>17</sup> Und Elena Barnert systematisierte 2008 die unterschiedlichen Aufgaben, für die solche Figuren („eingebildete Dritte“) verwendet werden: Bildung von Maßstäben für Handlungen (Fahrlässigkeit und Sorgfalt), für das Verständnis (Auslegungsmaxime), den Willen (objektiver Empfängerhorizont) und das „Gefühl“.<sup>18</sup> Beide Arbeiten sind gelungene Versuche, die Methode der Praxis zu analysieren und zu begreifen.<sup>19</sup>

Die Figuren der Objektivität symbolisieren danach einen „reflexiven Denkprozess“ bzw. eine „Denkaufgabe“, die als „Hilfsmittel für das Denken über die Wirklichkeit“ dient.<sup>20</sup> Indem „der Richter eine allen Juristen gemeinsame Sprach- und Vorstellungsebene aufsucht, den Bereich persönlicher Ansicht und Empfindung also verläßt“ und eine „Technik des Verfremdens“ anwendet, sollen „individuelle Besonderheiten und subjektive Empfindlichkeiten [...] ausgeblendet“ werden können.<sup>21</sup> Die Rechtsfiguren des objektiven Dritten verlangen von der Richter:in also die Konstruktion eines „normativen Modellmenschen“, der als Vergleichsgröße dienen kann.<sup>22</sup> Der konkrete „eingebildete Dritte“ entscheidet am Ende den Fall: Das Gericht stellt sich eine bestimmte Position vor, mit deren Hilfe der rechtliche Maßstab für den Sachverhalt konkretisiert wird.

### a) Der Dritte empirisch und/oder normativ

Oberflächlich mag sich dies so anhören, als sei nach einer empirischen Kategorie zu suchen. Bei genauerem Hinschauen handelt es sich eigentlich um eine normative Kategorie. Mit dem „Dritten“ wird kein „Menschenbild“ formuliert, sondern ein Leitbild und Ide-

15 Elena Barnert, Der Dritte im Recht, in: Esslinger u.a. (Fn. 14), 254, für eine Erklärung, wieso das gerade im Zivilrecht der Fall ist (symmetrische Ausgangslage).

16 Elena Barnert, Der eingebildete Dritte, 2008, 15 ff. und passim; vgl. auch Eva Kocher (Fn. 1).

17 Jutta Limbach, Der verständige Rechtsgenosse, 1977; siehe auch Jörn Eckert, Der „objektive Beobachter“ in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, 1982.

18 Elena Barnert (Fn. 16).

19 Zu dieser Aufgabe vgl. Josef Esser, Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil, 1965, 3 (unter Bezugnahme auf Philipp Heck).

20 Jutta Limbach (Fn. 17), 276, 99.

21 Elena Barnert (Fn. 15), 256.

22 Elena Barnert (Fn. 15), 256.

altypus.<sup>23</sup> Die Formulierung „ein verständiger Mieter musste die Vertragsklausel so verstehen, daß...“ bedeutet insofern nichts anderes als „die Vertragsklausel ist so zu verstehen, daß...“.

Dieses Changieren zwischen Empirie und Normativität bringt es aber auch mit sich, dass mit der Figur eines eingebildeten Dritten das normative Moment der Entscheidung überspielt werden kann; es handelt sich um eine „Strategie der De-Thematisierung von Recht“.<sup>24</sup> Da der Erkenntnis- und Entscheidungsprozess zur Konstruktion des eingebildeten Dritten nicht offengelegt wird, verhindert die Verwendung dieser Figur auch, dass die zugrunde gelegten Annahmen rational überprüfbar und kritisierbar werden: Nach herkömmlicher juristischer Dogmatik sind Rechtsauffassungen überzeugend, vertretbar oder falsch, Tatsachen sind wahr oder unwahr; „was der Dritte tut, will oder denkt,“ ist keins davon – es ist plausibel oder unplausibel.<sup>25</sup>

### b) Methoden der Praxis

Dass es gleichwohl eine Herausforderung darstellt, eine solche Person zu imaginieren, wird bereits bei Otto von Gierke deutlich, der bei den Entwürfen des BGB die Figur des „ordentlichen Hausvaters“ mit den Worten kritisiert, es sei eine „seltsame Zumutung“, vom „Studierenden auf der Universität“, sich „zum Vater [zu] träumen“.<sup>26</sup> Dieser „ordentliche Hausvater“ steht in der Tradition des ‚bonus pater familias‘, quasi der Urform des objektiven Dritten.<sup>27</sup> Dies legt nun bereits ein bestimmtes Geschlecht des objektiven Dritten nahe, und im französischen Zivilrecht wurde deshalb erst 2014 der Maßstab des „bon père de famille“ explizit durch den Standard „raisonnable“ ersetzt.<sup>28</sup> Aber hilft das den Richter:innen im Umgang mit dieser Zumutung?

## 2. Das Reflexionsangebot der Rechtsdogmatik

Die Rechtsdogmatik macht den Richter:innen nur wenige Angebote, wie sie an die Denkaufgabe der objektiven Dritten herangehen können – und diese sind zudem unzureichend:

### a) Volksgeist, Anstandsgefühl und bürgerliche Tugenden

Das älteste Werkzeug, das da angeboten wird, wird heute nur noch selten verwendet: Die Begriffe „Anstandsgefühl“, „Rechtsgefühl“, Anstands- und Rechtsgefühl, oder Anstands- und Gerechtigkeitsgefühl, sind eher nicht mehr so moderne Umschreibungen für

23 So auch *Regina Ogorek*, Virtual Reality und Rechtsanwendung, in: Assmann/Brinkmann/Gounalakis/Kohl/Walz (Hrsg.), Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie. Freundsgabe für Friedrich Kübler zum 65. Geburtstag, 1997, 3..

24 Vgl. *Niklas Luhmann*, Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen, in: Luhmann (Hrsg.), Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1981, 53 (71 f.).

25 Gesamter Abschnitt paraphrasiert nach *Elena Barnert* (Fn. 16), 51.

26 *Otto von Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, 39, zur Begründung (Motive I, 279) von § 144 des Entwurfs, der für die Definition von Fahrlässigkeit auf die „Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters“ verwies (zitiert nach *Elena Barnert* [Fn. 16], 121).

27 *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, 56 f.

28 Art. 26 LOI n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (Gesetz zur tatsächlichen Gleichstellung der Geschlechter).

die Suche nach dem „Volksgeist“, wie ihn sich die historische Rechtsschule zu finden vorgenommen hatte<sup>29</sup> und wie er vor einigen Jahren als allgemeines „Rechtsempfinden der Bevölkerung“ wieder auftauchte.<sup>30</sup> Aber schon dem Reichsgericht war klar, dass es unterschiedliche Gefühle und Empfindlichkeiten in Volk (bzw. Gesellschaft) geben mag, und man das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ ja immer noch von aufgekommenen Unsitten und „Machenschaften“ abgrenzen muss.<sup>31</sup> Für Rehbinder legt schon „die Vorstellung von einem intellektuellen Gefühl“ nahe, „daß hier etwas nicht stimmen kann.“<sup>32</sup>

Alternativ wurde auch schon ein Leitbild bürgerlicher Gewissenhaftigkeit und Verantwortung beschworen, eine Tugendhaftigkeit, die einer „Epoche weithin homogener Bürgerlichkeit“ zuzurechnen ist,<sup>33</sup> ein ganzes Korsett von Vorschriften für „ordentliches, propres, solides, vorauskalkulierbares Verhalten – [...] integraler Bestandteil [des] bürgerlichen Kosmos.“<sup>34</sup> Kanonische Vorstellungen von Bürgerlichkeit sind hier keineswegs verschwunden. So begründete noch in den 1990er Jahren der Vorsitzende Richter des 9. Senats des BGH, der den Rechtssatz aufgestellt hatte, dass „[e]in Volljähriger [...] im Geschäftsverkehr im allgemeinen auch ohne besondere Erfahrung in der Lage zu erkennen [ist], daß die Abgabe einer Bürgschaft ein riskantes Geschäft ist“,<sup>35</sup> diesen damit, dass ja „jeder von uns [...] vielleicht früher 'Die Bürgschaft' von Schiller gelesen [hat].“<sup>36</sup>

### b) Vernunft, Verfassungswerte und der homo oeconomicus

Neuere Ausformulierungen des objektiven Dritten betonen oft stärker normative Aspekte: Er muss nun „verständig“ oder „vernünftig“, „raisonnable“<sup>37</sup> bzw. „reasonable“ sein. Limbach meinte, mit der „Verständigkeit“ habe der „Mustermensch den Sprung von den Sekundärtugenden der Gewissenhaftigkeit und Ehrlichkeit zu den Kardinaltugenden des Wohlwollens und der Gerechtigkeit gewagt“.<sup>38</sup> Entsprechend finden sich zunehmend Bezugnahmen auf öffentlich-rechtliche Vorgaben oder gar Verfassungsrecht zur Bestimmung des „objektiven“ Maßstabs.<sup>39</sup>

Allerdings kann der Maßstab der „Vernünftigkeit“ auch auf ökonomische Rationalitäten verweisen. Dies scheint im Privatrecht generell nahezuliegen, denn der objektive

29 Franz Jürgen Säcker NJW 2018, 2375 (2377). Die erwähnten Begriffe enthalten auch Ankläge zum „gesunden Volksempfinden“ (z.B. § 2 des StGB von 1935), der heute als nationalsozialistische Begrifflichkeit erkannt ist; siehe auch die Entschuldigung des Richters am Landgericht Dieter Meyer NJW 1993, 3124 für die Verwendung des Begriffs in einem von ihm verfassten landgerichtlichen Zivilurteil.

30 NRW-Innenminister Herbert Reul in der „Rheinischen Post“ vom 16.8.2018, der dieses den Gerichten als Leitlinie empfahl ([https://rp-online.de/nrw/panorama/sami-a-muss-nach-deutschland-zurueckgeholt-werden\\_aid-24401713](https://rp-online.de/nrw/panorama/sami-a-muss-nach-deutschland-zurueckgeholt-werden_aid-24401713), Abruf 1.6.2021).

31 RG, U. v. 11.4.1901 – VI 448/00, RGZ 48, 114 (124).

32 Manfred Rehbinder JZ 1982, 1 (3).

33 Elena Barnert (Fn. 16), 61.

34 Hans-Ulrich Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 3, 1995, 138 (zitiert nach Elena Barnert [Fn. 16], 60 ff.).

35 BGH, U. v. 16.3.1989 – IX ZR 171/88, aufgehoben durch BVerfGE 89, 214 (Bürgschaftentscheidung).

36 Franz Merz im Gespräch mit Rudolf Gerhardt (ZRP-Redaktion), ZRP 1991, 307 (308).

37 Vgl. oben Fn. 28.

38 Jutta Limbach (Fn. 17), 20.

39 Eva Kocher (Fn. 1).

Dritte agiert ja häufig auf einem Markt und bringt „die Erwartungen der Marktgemeinschaft, einer Anbieter- oder Nachfragergruppe, der Unfallopfer und der Rechtsdienstleister, aus Groß-, Klein- und Kleinstgruppen“<sup>40</sup> ins Spiel. Systemtheoretisch gesprochen kann die Figur also als „Akteursfiktion“ nicht allein der Rechts-, sondern auch der Wirtschaftspraxis verstanden werden, die strukturelle Kopplungen mit anderen Sozialsystemen herstellt.<sup>41</sup>

### c) Behauptungen statt Begründungen

Diese von den Dritten „inspirierten Lösungsmuster“ sind jedenfalls „grobmaschig und grobschlächtig“.<sup>42</sup> Und letztlich ermöglicht es die Figur den Richter:innen, sich hinter ihr zu verbergen, das normative Moment der Entscheidung zu überspielen, Begründungen durch Behauptungen zu ersetzen, indem die Überzeugungsarbeit abgebrochen werden kann; die Begründung wandelt sich „von einer Rechtfertigungs- in eine Immunisierungsstrategie“.<sup>43</sup>

## 3. Das Judiz und der gesunde Menschenverstand

Wie kann das Recht dennoch etwas anderes als individuelle und willkürliche Entscheidungen versprechen? Wie kommt es, dass „[d]er Ziviljurist [mit Konstrukten wie dem ‚Erwartungshorizont des durchschnittlichen Haustürkäufers‘] so selbstverständlich zu hantieren [vermag], als würde er diese Universalien täglich auf der Straße treffen“?<sup>44</sup>

### a) Das Judiz als Ausprägung des Habitus

Nun, im Wesentlichen vertraut das Rechtssystem hier auf das „Judiz“ derer, denen es anvertraut ist. Limbach hat die Formel vom objektiven Dritten deshalb auch als „Personifikation des richterlichen Judizes“ bezeichnet.<sup>45</sup> Das Judiz, der „sensus juridicus“, die „Fähigkeit zu einem professionellen (Vor-)Urteil“<sup>46</sup> ist zugleich der „Gradmesser der Sozialisation“ zur Juristin,<sup>47</sup> oder in anderen Worten, nämlich denen von Bourdieu, es ist die Ausprägung des Habitus von Jurist:innen, deren zweite Natur, die „geschichtlich ausgebildete[n] Wahrnehmungs- und Bewertungsschemata, die [...] jenseits von Bewußtsein und diskursivem Denken arbeiten.“<sup>48</sup> Hierzu passt, dass die meisten (74%) der befragten

40 Peter Derleder, Rezension von Barnert, Der eingebildete Dritte, KJ 2009, 99.

41 Michael Hutter/Gunther Teubner, Der Gesellschaft fette Beute. Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen, in: Fuchs/Göbel (Hrsg.), Der Mensch – das Medium der Gesellschaft?, 1994, 110 (112, 117).

42 Jutta Limbach (Fn. 17), 95; vgl. auch Derleder (Fn. 40) in der Rezension von Barnerts Buch (und im Widerspruch zu deren Bewertung).

43 Jutta Limbach (Fn. 17), 40; 93 f; vgl. Elena Barnert (Fn. 15), 13; siehe dazu schon oben bei Fn. 24/25.

44 Regina Ogorek (Fn. 23), 5.

45 Jutta Limbach (Fn. 17), 86.

46 Willi E. Joachim, Judiz – Brauchen Juristen (Rechts)Gefühl?, ZVglRWiss 93 (1994), 343 (345).

47 Manfred Rehbinder, Fragen an die Nachbarwissenschaften zum sogenannten Rechtsgefühl, JZ 1982, 1 (5).

48 Pierre Bourdieu, Die feinen Unterschiede, 8. Aufl. 1996, 730; siehe schon oben Fn. 13.

Jurist:innen einer neueren Studie über juristisches Urteilsverhalten unterstellten, dass die Mehrheit der Jurist:innen so denke wie sie selbst.<sup>49</sup>

So ganz mag man sich aber nicht immer darauf verlassen, dass das mit dem Judiz und mit dem Habitus funktioniert. Nicht nur, dass der Instanzenzug kollegiale Kontrollen enthält. Auch „anderen“ Jurist:innen (z.B. solchen, die ein muslimisches Kopftuch tragen) wird die Darstellung einer „besondere[n] persönliche[n] Zurücknahme“ und damit wohl auch die Imagination des objektiven Dritten nicht unproblematisch zugetraut.<sup>50</sup>

Neuerdings scheinen Probleme zuzunehmen – oder wie soll man die Zunahme von Richtlinien und Fortbildungen zur Berufsethik von Richter:innen<sup>51</sup> verstehen? Individuell schlagen z.B. die Autor:innen der erwähnten Studie zum juristischen Urteilsverhalten als „Gegenmittel für bessere Risikoeinschätzungen“ vor, „die Bewertungen verschiedener Jurist:innen zusammenzuführen“, und zwar „im verbalen Austausch von Auffassungen und Argumenten“<sup>52</sup> – gern auch im Kaffee-Senat.<sup>53</sup>

b) Laien als „Lebensweltvermittler:innen“: der „gesunde Menschenverstand“

Am Ende verzichten viele dann doch auf eine genauere Bestimmung des objektiven Dritten und rekurrieren auf etwas, das sie „gesunden Menschenverstand“ nennen.<sup>54</sup> Doch auch damit, diesen zu ermitteln, bleibt ein gewisses Unbehagen. Manche Richter:innen sollen schon bekannte und befreundete Nicht-Jurist:innen um ihre Meinung zu Fallkonstellationen befragt haben. Und hier haben vermutlich die Laienrichter:innen mit ihrer Stellung „an der Grenze zwischen Rechtssystem und Außenwelt“<sup>55</sup> eine ihrer wichtigsten Funktionen; die Autor:innen einer empirischen Studie zu ehrenamtlichen Richter:innen in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit nennen dies die Funktion der „Lebensweltvermittler:innen“: Sie dienten der „Berücksichtigung von sozialer Wirklichkeit und Lebensnähe in der Entscheidungspraxis“, indem sie ihre nicht-juristische Berufserfahrung, Praxisnähe und Kenntnis der betrieblichen Wirklichkeit in das Verfahren einbringen.<sup>56</sup> Für die Hilfs- und Begriffslosigkeit rund um den objektiven Dritten ist es bezeichnend, dass die Laienrichter:innen in den Interviews diesen Transfer von der Lebenswelt in die juristische Fachwelt mit demselben Begriff kennzeichnen, der Richter:innen als Ersatz für das Judiz dient: dem „gesunden Menschenverstand“.

49 Andreas Engert/Christina Abreß, Online-Studie über juristisches Urteilsverhalten (Stand: 10. August 2020), <https://docplayer.org/196424727-Vorlaeufige-ergebnisse-der-online-studie-ueber-juristisches-urteilsverhalten-stand-10-august-2020.html> (Abruf 5.3.2021). (Nur) zum Teil lagen sie damit auch richtig.

50 BVerfG, B. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (Rn. 92).

51 Udo Schneider, Richterliche Ethik im Spannungsfeld zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Gesetzesbindung, 2017, 333 ff; vgl. Marion Eckertz-Höfer, "Vom guten Richter": Ethos, Unabhängigkeit, Professionalität, 2009, 25 ff.

52 Andreas Engert/Christina Abreß (Fn. 49).

53 Wie produktiv dieser zu wirken vermag, hat schon Udo Reifner, Kollektiver Rechtsgebrauch. Die Massenklagen der IG Metall gegen die Aussperrung, ZfRSoz 2 (1981), 88 (108 f.), angedeutet („innergerichtliche Kommunikation“).

54 Affirmativ: Willi E. Joachim (Fn. 46), 345; kritisch: Jutta Limbach (Fn. 17), 86; Elena Barnert (Fn. 15), 262.

55 Gerhard Struck, Rechtssoziologie, 2011, § 8.

56 Armin Höland/Christina Buchwald/Elisabeth Krausbeck, Ehrenamtliche Richterinnen und Richter in der Arbeits- und in der Sozialgerichtsbarkeit – ein Forschungsprojekt, NZA 2018, 493.

### III. Beziehungen und Gesellschaft in der Objektivität

Für das Recht ist die Aufdeckung seiner gesellschaftlichen Gebundenheit zwar immer wieder eine Provokation;<sup>57</sup> aber es ist nicht so, dass es unter den Akteur:innen des Rechtssystems nicht ein durchaus verallgemeinertes Bewusstsein der Fragilität jeder Suche nach Objektivität gäbe. Davon zeugt nicht zuletzt ein gewisses Interesse von Richter:innen an der Erforschung der eigenen Tätigkeit, das Sozialwissenschaftler:innen schon das eine oder andere Mal überrascht hat;<sup>58</sup> auch die Allgegenwärtigkeit der Floskel „über den Tellerrand hinausblicken“ in Debatten über die Anforderungen an die richterliche Entscheidungstätigkeit verweist auf ein Unbehagen, dem mit der alten Forderung, die „Alltagstheorien“ von Richter:innen mit Hilfe wissenschaftlicher Standards zu überprüfen,<sup>59</sup> kaum angemessen begegnet werden kann.

Aber wie könnte denn die Leere des objektiven Dritten besser gefüllt werden?

#### 1. Offen gesellschaftlich-historische Verortung von Entscheidungen

Einer der Katalysatoren der Debatte um eine konstruktive Wendung der hermeneutischen Kritik war Josef Essers „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung“. Er betonte vor allem die „Befangenheit des Interpreten in seiner geschichtlichen Situation“.<sup>60</sup> Um diese mit der tatsächlichen Entscheidungspraxis verbinden zu können, müsse die rechtsdogmatische Technik „durchlässig“ bleiben „für die wirklich maßgebliche Gerechtigkeitstendenz, d.h. für die abwägenden Argumente, welche die Entscheidung tragen“. Er plädiert letztlich für mehr Transparenz und Reflexion und in der Konsequenz für bessere Begründungen.

Dieser Berufung auf geschichtliche Situationen und das entsprechend historisch wandelbare „gesellschaftliche Bewusstsein“ fehlt es jedoch an einer Vorstellung von gesellschaftlichen Machtverhältnissen. Hier setzte Jutta Limbach an: Anstelle einer Immunisierung des Rechts „durch die Figur eines Mustermenschen“ sollten die gesellschaftlichen Konflikte, die sich in zivilrichterlichen Entscheidungen verbergen, offengelegt und bewusst gestaltet werden.<sup>61</sup>

Das setzt jedoch voraus, dass man eine Vorstellung davon hat, welcher Art diese Konflikte sind und welche Informationen für deren bewusste Gestaltung von Interesse sein könnten.

57 *Eva Kocher* (Fn. 2).

58 Vgl. *Catharina Claus/Berthold Vogel*, Rechtsprechung und Arbeitswelt, KJ 2013, 158; *Britta Rehder*, Rechtsprechung als Politik, 2011 war ebenfalls schon auf erhebliches Interesse gestoßen; für ehrenamtliche Richter:innen siehe den beeindruckenden Rücklauf (59%) bei *Armin Höland/Christina Buchwald/Elisabeth Krausbeck*, Ehrenamtliche Richterinnen und Richter in der Arbeits- und in der Sozialgerichtsbarkeit – ein Forschungsprojekt, NZA 2018, 493.

59 *Hans-Joachim Koch*, Zur Rationalität richterlicher Entscheidungen. Rezension zu Esser, „Vorverständnis und Methodenwahl“, Rechtstheorie 4 (1973), 183 (206).

60 *Josef Esser* (Fn. 27); siehe auch die Kritik an der Verdeckung subjektiver richterlicher Überzeugungen durch *Jörn Eckert* (Fn. 17).

61 *Jutta Limbach* (Fn. 17), 90 ff.

## 2. Objektivität als Subjektivierung

An einer anderen Stelle setzen Theorien an, die das Problem der Objektivität in der Positionierung der Richter:in selbst verorten und nicht in einer eingebildeten Dritten. Sie schlagen damit auch den Bogen zu Subjektivierungstheorien.

Ansätze dafür, die Suche nach dem Objektiven als Subjektivierung der Richter:in zu fassen, finden sich bereits bei Jutta Limbach, die andeutet, dass die mit der Suche nach einem objektiven Dritten verbundene Technik des Verfremdens Richter:innen darin anleiten könnte, Abstand vom eigenen „privaten Dafürhalten“ zu gewinnen.<sup>62</sup> In der Soziologie ist der Dritte als Funktion der subjektiven Trennung zwischen Amt und Person gesehen worden, die bei der subjektivierenden „Grenzziehung zwischen dem Innen und dem Außen der Institution“ hilft.<sup>63</sup>

Dass die Suche nach dem Objektiven insofern ein Selbstdisziplinierungs- und Subjektivierungsverfahren sein kann, machen auch Formulierungen deutlich, die „Distanz zur Sache und innere Neutralität“ als Strategie richterlicher Tätigkeit formulieren,<sup>64</sup> „Distanz und Gleichmaß“ sowie „besondere persönliche Zurücknahme“ in der Rolle der Richter:in<sup>65</sup> oder, stärker als aktives Handeln konzipiert, „ständige[.] und konsequente[.] Erziehung zur Selbstdisziplin“ durch die Rechtsanwenderin als Voraussetzung eines objektivierten Judiz formulieren.<sup>66</sup> Objektivität für die Rechtspraxis wird hier vor allem als „Widerpart der Subjektivität“,<sup>67</sup> als Unterdrückung von Aspekten des Selbst und Beschränkung des eigenen Willens beschrieben.

## 3. Wissenschaftstheoretische Verortungen situierten Wissens

Lorraine Daston und Peter Galison haben allerdings für die Wissenschaftstheorie historisch nachvollzogen, dass sich dort seit ungefähr der Mitte des 20. Jahrhunderts weitere Techniken des Selbst entwickelt haben, die nicht mehr „Blindsehen“, sondern „Sehen mit erfahrenen und geübten Augen“, also geschulte Aufmerksamkeit fordern.<sup>68</sup>

Selbst hierüber geht nun Donna Haraway weit hinaus: Mit klarem queer-feministischen und antikolonialen Blick für soziale Ungleichheitslagen bietet sie der Wissenschaftstheorie ihre Vorstellung „situierter Wissensbestände“ an: Die soziale Verortung der forschenden Person sei in den Forschungsprozess einbezogen und bewusst einzubeziehen; Wissen ist schließlich immer in konkreten Körpern verortet. Nur eine partielle Perspektive verspreche einen objektiven Blick.<sup>69</sup>

62 Jutta Limbach (Fn. 17), 86.

63 Albrecht Koschorke, Institutionentheorie, in: Esslinger u.a. (Fn. 14), 49 (57-59), der Rituale, Gesten und andere „materielle“ soziale Praktiken im Blick hat.

64 Marion Eckertz-Höfer, "Vom guten Richter": Ethos, Unabhängigkeit, Professionalität, DÖV 2009, 25 ff.

65 BVerfG, B. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (Rn. 90, 92).

66 Willi E. Joachim (Fn. 46), 349.

67 So der Begriff von Lorraine Daston/Peter Galison (Fn. 5), 28 ff., 33 ff., insbes. 38, 43 für die Wissenschaftstheorie; zu Weiterentwicklungen siehe gleich unter 3 (Fn 68).

68 Lorraine Daston/Peter Galison (Fn. 5), 209; 247 ff., 343, 383; zum Begriff des „Blindsehens“ (Wissen, „das keine Spuren des Wissenden trägt“): ebd., 17 ff.

69 Donna Haraway, Situated Knowledges, Feminist Studies 14 (1988), 575 (581, 583); vgl. auch zu Stuart Halls identitätspolitischem Konzept (Positionierung sowohl als gesellschaftliches Sein als

Haraways Verständnis von „feministischer Objektivität“ ist insofern reflexiv, als es sich nicht auf die Suche nach einem Standpunkt/einer Position beschränkt, sondern verlangt, vielfältige Wissensbestände in sehr unterschiedlichen (und ungleich mit Macht ausgestatteten) kollektiven/gesellschaftlichen Zusammenhängen („communities“) zu erahnen und für die jeweils anderen zu übersetzen.<sup>70</sup>

Das kommt nur auf den ersten Blick der Forderung nach gesellschaftlich-historischer Verortung von Wissen nahe. Auf den zweiten Blick ist es notwendig mit der selbstreflexiven Verortung der Position der Forscherin verbunden. Was diese Herausforderungen für die Rechtspraxis bedeuten können, ist noch weithin unbeantwortet.

#### 4. Positionalität in der normativen Praxis

Der Weg von der Wissenschaftstheorie, auf die Haraway sich überwiegend bezieht, zur Rechtspraxis ist allerdings weit und durchaus kompliziert. Die wissenschaftliche Suche nach Wahrheit kann schließlich jederzeit vorläufig bei der Kritik stehenbleiben; sie kann also damit leben, dass sich alle Perspektiven immer auch als „power moves“ interpretieren lassen.<sup>71</sup> Bei der Suche nach Wahrheit können unterschiedlich situierte Wissens- (und Wollens-)Bestände nebeneinander stehen, und die Wissenschaftler:in kann sich „gleichmütig mit der Tatsache abfinden, dass alles Urteilen nun mal durch „historische Zufälligkeiten“ bedingt ist, „die dafür gesorgt haben, dass diese Wünsche normal wirken und nicht jene“.<sup>72</sup>

Wenn die Situierung von Wissen aber im Feld der Rechtspraxis und damit der Entscheidung wirksam werden soll, muss die Reflexion einerseits aus der Rolle der Beobachterin in die der Teilnehmerin geführt werden. Und andererseits geht es dann nicht mehr in erster Linie um Fragen des Wissens und der Wahrheit, sondern um Normativität und um die Ausübung von Gewalt, die Personen, nämlich Richter:innen „anvertraut“ ist (§ 1 GVG; Art. 92, 1. Hs. GG). Und dafür bedarf es der Entwicklung von Praxen für die normative Entscheidung;<sup>73</sup> mit dem Begriff „Positionalität“<sup>74</sup> kann insofern eine Übersetzung von Haraways Ansätzen für normative Praktiken versucht werden.

auch als Tun des Subjekts) *Linda Supik*, Dezentrierte Positionierung. Stuart Halls Konzept der Identitätspolitiken, Bielefeld (transcript) 2005, 13 f.

70 *Donna Haraway* (Fn. 69), 580.

71 Ebd., 576, die dies als „verlockende Sichtweise“ beschreibt, aber dennoch auf einer „feministischen Version von Objektivität“ besteht (578).

72 *Richard Rorty*, Solidarität oder Objektivität?, 1988.

73 Zu den Grenzen der Wissenssoziologie für das Recht vgl. *Doris Schweitzer*, Diskursanalyse, Wahrheit und Recht: Methodologische Probleme einer Diskursanalyse des Rechts, ZfRSoz 35 (2015), 201. Demgegenüber geht es *Anna Katharina Mangold*, Positionalität in der Rechtsphilosophie, Manuskript ihres Vortrags an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg vom 4.11.2017 mit ihrem Verständnis von „Positionalität als demütiges Ideal guter wissenschaftlicher Praxis“ um die (rechts-)wissenschaftliche Praxis.

74 *Katharine T. Bartlett*, Feminist Legal Methods, HLR 103 (1990), 829-888. Mit der Anknüpfung an Haraway und Hall (oben III.3.) meint der Begriff mehr und anderes als eine „Standpunkttheorie“ (vgl. *Jutta Limbach* [Fn. 4], 177 ff.; *Susanne Baer* [Fn. 49, 156]).

#### IV. Kritische Reflexion statt oder als Berufsethik

Die Reflexionsangebote der Rechtsdogmatik für die Suche von Richter:innen nach einer objektiven Position sind deutlich defizitär; die Analyse unter II. sollte dies gezeigt haben. Das Rechtssystem befindet sich hier noch auf dem Reflexionsniveau, das die Wissenschaftstheorie im 20. Jahrhundert verlassen hat,<sup>75</sup> d.h. sie geht noch davon aus, dass es „durch jahrelange Schulung“ auf indirektem Wege gelingen könne, „subjektive Meinungen und schlimme Vorentscheide [...] zu neutralisieren und zu trennen von dem objektiven Streben nach einer gerechten Entscheidung“.<sup>76</sup>

Angesichts der Tatsache, dass Objektivität und Unabhängigkeit als feldspezifische Illusionen notwendig wesentliche Sinnkonfigurationen richterlicher Selbstverständnisse darstellen,<sup>77</sup> ist dies ein systematisches Problem und führt geradezu tragisch dazu, dass Richter:innen in ihrer Praxis allein gelassen werden. Individuell mögen sie dann durchaus interessante Praktiken entwickeln. So erzählte eine Arbeitsrichterin, dass sie nach der mündlichen Verhandlung mit den ehrenamtlichen Richter:innen oft zunächst einen kurzen Zeitblock dem Austausch subjektiver Eindrücke (einschließlich „ablästern“) widme, bevor es dann – klarer Einschnitt, Fenster auf – nur noch um „die Sache“ gehe. Ein kollektiver Austausch über solche Praxen, geschweige denn eine kollektive Praxis dazu ist jedoch nicht ersichtlich.

Aber wo wären denn Ansatzpunkte für reflektiertere und reflexivere Praktiken der Objektivität – also für Positionalität – zu suchen?

##### 1. Beziehungen in Zivil- und Grundrechtsdogmatik

Verglichen mit den Anleitungen durch die Figur der objektiven Dritten, die „zu grobmaschig und grobschlächtig“ daherkommt,<sup>78</sup> erscheint eine grundrechtliche Einbindung der Konflikte und Positionen deutlich leistungsfähiger, um Positionalität und die Situiertheit von Wissen zu reflektieren – d.h. gesellschaftlich geprägte Beziehungen mitzureflektieren. Ohne hier tiefer in die Grundrechtstheorie einzusteigen, sei aber an einem Beispiel gezeigt, wie voraussetzungsreich ein solcher Ansatz ist.

In einer heftig diskutierten Entscheidung von Ende der 1990er Jahre hatte das OLG Köln der Unterlassungsklage eines Grundstückseigentümers gegen die benachbarte heilpädagogische Einrichtung stattgegeben, mit der verlangt wurde, dass den Heimbewohner:innen an Sommerabenden und -sonntagen der Zutritt zum Garten verwehrt würde.<sup>79</sup> Das Gericht formulierte damals zwar einen grundrechtlichen Maßstab und stellte fest, dass Äußerungen der klagenden Nachbar:innen die gebotene Toleranz bzw. „erhöhte Toleranzbereitschaft“, die „im Lichte des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG von einem verständigen

75 Siehe oben Fn. 68.

76 Franz Jürgen Säcker, Richterliche Unabhängigkeit – Der Kern der Gewaltenteilung, NJW 2018, 2375 (2379). Das Zitat bezieht sich auf Studierende und die juristische Ausbildung.

77 Thorsten Berndt, Richterbilder, 2010; vgl. auch die Typisierung des Professionsverständnisses von Arbeitsrichter:innen durch Catharina Claus/Berthold Vogel, Rechtsprechung und Arbeitswelt, KJ 2013, 158.

78 Jutta Limbach (Fn. 17), 95.

79 OLG Köln, U. v. 8.1.1998 – 7 U 83/96, NJW 1998, 763 ff.; das BVerfG (B. v. 28.5.1998 – 1 BvR 329/98) nahm die Verfassungsbeschwerde mangels Substantierung nicht zur Entscheidung an.

Durchschnittsmenschen im nachbarschaftlichen Zusammenleben mit behinderten Menschen“ zu fordern sei, vermissen ließen. Nachdem vor Gericht aber Tonbandaufzeichnungen abgespielt worden waren, meinte es selbst, „daß Lautäußerungen geistig schwer behinderter Menschen auch von solchen Bürgern als sehr belastend empfunden werden können, die sich gegenüber Behinderten von der gebotenen Toleranz leiten lassen.“ Mit diesen Bürger:innen meint der Senat vermutlich auch seine eigenen Mitglieder/sich selbst.

Das Urteil bleibt jedoch nicht nur mit dieser Reduktion des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auf ein „Toleranzgebot“ weit hinter den aktuellen Standards des Bundesverfassungsgerichts zurück.<sup>80</sup> Es bewegt sich zudem bei der eigenen Positionsfindung in einer binären Betrachtung allein des Verhältnisses zwischen Heimbewohner:innen und Nachbar:innen. Diese Beschränkung wird in dieser Entscheidung auch deshalb augenfällig, weil das Gericht gleichzeitig durchaus z.B. die Positionen der betreuenden Aufsichtspersonen reflektiert. Diese hatten nicht nur aufgrund ihrer heilpädagogischen und psychologischen Kenntnisse, sondern auch aufgrund des täglichen Umgangs mit den Heimbewohner:innen kein Gefühl der „Lästigkeit“. Das Gericht selbst erkennt also, dass der „unmittelbare persönliche Kontakt [...] ein wichtiges Mittel ist, emotionale Abwehrhaltungen abzubauen oder erst gar nicht entstehen zu lassen“.

Ein Verständnis von Objektivität, das Positionalität mitdenkt, hätte dies zum Anlass nehmen müssen zu fragen, ob das Grundgesetz solche Kontakte nicht gerade ermöglichen soll. Denn Positionalität erfordert nicht nur eine Sensibilität für gesellschaftliche Diskriminierungsstrukturen, sondern auch für die Beziehungen, die durch diese geschaffen werden und durch die jene verändert werden können. So hat Jennifer Nedelsky mit ihrer relationalen Grundrechtstheorie ein dogmatisches Prüfungsprogramm vorgeschlagen, das auch eine Antwort auf die Frage verlangt, welcher Art die Beziehungen sein sollten, die durch eine bestimmte Entscheidung gefördert werden (können).<sup>81</sup> Mit einem solchen Ansatz wäre dem OLG Köln zu entgegnen, dass der Kontakt mit behinderten Menschen nicht etwas sein darf, zu dem man sich qua Beruf freiwillig entscheiden muss. In der Suche nach der Position eines objektiven Dritten hätte der Schritt vom eigenen als sehr belastend „empfinden können“ zum „empfinden dürfen“ gemacht werden müssen.

Wie gesellschaftliche Ungleichheiten und Differenzkonstruktionen *als Beziehungen* im Recht thematisiert werden können, ist insofern eine wichtige Frage sowohl für die Grundrechtstheorie<sup>82</sup> als auch für das Objektivitätsverständnis im Zivilrecht.

## 2. Kritische Reflexion: Pflichtfach oder Schlüsselqualifikation?

Unabhängig von den Denkstrukturen, die der Rechtspraxis zur Reflexion zur Verfügung stehen, bedarf es institutioneller Orte, um kollektive Praktiken einer Reflexion von Positionalitäten und situierten Wissens und Wollens zu entwickeln.

Das Jurastudium ist ein guter Ort, um nach Keimen solcher Praktiken zu suchen, denn hier sollen doch Jurist:innen diejenigen Kompetenzen erstmals erwerben, mit denen sie

80 Vgl. BVerfG, B. v. 30.1.2020 – 2 BvR 1005/18, NJW 2020, 1282 (Blindenhund), Rn. 42 (Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung ist auch ein Verbot der Bevormundung).

81 Jennifer Nedelsky (Fn. 7), 236; Cara Röbner (Fn. 4) hat mit der relationalen Methodik einen Ansatz für ein „Verfassungsaudit“ im deutschen Recht entwickelt.

82 Z.B. Jennifer Nedelsky (Fn. 7); Cara Röbner (Fn. 4); Tim Wihl, Aufhebungsrechte, 2019; Tim Wihl, Immanente Kritik durch „Aufhebungsrechte“, KJ 2021, 145 ff.

dann als Richter:innen über das Leben anderer Menschen entscheiden. Man kann die Debatte über § 5a DRiG und das Ausbildungsziel, Studierende ausgehend von der Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht zur „kritischen Reflexion des Rechts“ zu befähigen,<sup>83</sup> immerhin als ein Zeichen dafür ansehen, dass solche oder ähnliche Notwendigkeiten mittlerweile jedenfalls breiter anerkannt ist.

Spricht man über Praktiken und Subjektivierungseffekte im Zusammenhang mit der Jurist:innen-Ausbildung, so ist „Kompetenzentwicklung“ das richtige Stichwort. Der Begriff wird z.T. als Orientierung auf ökonomische und Arbeitsmarktinteressen kritisiert;<sup>84</sup> das liegt aber wesentlich auch an den dazu vorherrschenden Konzepten. Speziell in der juristischen Ausbildung werden unter „Kompetenzentwicklung“ allenfalls „Schlüsselqualifikationen“ iSd § 5a Abs. 3 Satz 1 DRiG diskutiert, die von den Landesjustizprüfungsämtern in der Regel so verstanden werden, dass es hier nur um pragmatische Handlungskompetenzen mit Blick auf die Berufspraxis gehe (Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit). Schon „Gender- und Diversity-Kompetenz“ wird da oft als zu wenig „praktisch“ angesehen; andere, allgemeinere Angebote der Sensibilisierung, Wahrnehmung und Reflexion werden soweit ersichtlich jedenfalls nicht als Schlüsselkompetenzen angeboten.<sup>85</sup>

Und das ist ja eigentlich auch richtig. Die fachbezogenen, professionsspezifischen Kompetenzen,<sup>86</sup> die eine Richter:in notwendig entwickeln muss, sind im Pflichtfach verortet. Und hier werden selbstverständlich seit jeher Kompetenzen vermittelt, auch wenn das nicht mit diesem Begriff thematisiert, sondern als Fokus auf die sogenannte „Methode“ und in der Behauptung vom exemplarischen Lernen formuliert wird. Die Frage ist insofern, was Subjekte mitbringen müssen, um eine Rechtspraxis schaffen zu können, die den demokratischen Rechtsstaat nicht nur schützen, sondern auch gegen Widerstände entwickeln kann – und mit welchen Praktiken entsprechende Subjektivierungsprozesse verbunden wären. Die gesellschaftliche Legitimität eines Rechtssystems, dessen Personal sozial homogener ist als die Gesellschaft drumherum<sup>87</sup> und das sich für die Konsequenzen gesellschaftlicher Diskriminierungsstrukturen und sexistischer, rassistischer oder klassistischer Subjektkonstruktionen dennoch in keiner Weise interessiert, kann schnell in Frage stehen. Wie lange wird das Mantra, Richter:innen seien qua Ausbildung und Praxis „objektiv“, gesellschaftlich noch wirken?

83 Siehe die Nachweise oben Fn. 8..

84 Siehe z.B. die „1. Frankfurter (In-)Kompetenzkonferenz „Kompetent in Kompetenz?“ 2017, [https://bildung-wissen.eu/wp-content/uploads/2016/01/ffm\\_in\\_kompetenztagung.pdf](https://bildung-wissen.eu/wp-content/uploads/2016/01/ffm_in_kompetenztagung.pdf) (eine Fortsetzung scheint es aber nicht gegeben zu haben).

85 Zur Kritik schon *Ulla Gläßer/Eva Kocher*, Gender- und Diversity-Kompetenz ist eine (juristische) Schlüsselqualifikation!, *djbZ* 20 (2017), S. 188-190; zur Relevanz für die Berufspraxis siehe auch *Frank Schreiber*, Richterliche Praxis und kulturelle Diversität in Europa, *Betrifft Justiz* 136 (Dezember 2018), 183-184 (Bericht über eine Fortbildungsveranstaltung).

86 *Jens R. Rogmann/Moritz Meyer*, Affirmatives Kompetenztraining oder reflexive Bildungserfahrung? Ist die Förderung von Schlüsselkompetenzen an deutschen Universitäten am Scheidepunkt?, <https://www.ew.uni-hamburg.de/ueber-die-fakultaet/personen/rogmann/files/rogmann-meyer-2013-sq-forum-1-2013-41-62.pdf>; *Gabi Reiman*, Lehrkompetenzen von Hochschullehrern: Kritik des Kompetenzbegriffs in fünf Thesen, in: *Olaf Hartung/Marguerite Rumpf (Hrsg.)*, Lehrkompetenzen in der wissenschaftlichen Weiterbildung, 2015, 17.

87 *Michael Grünberger/Anna Katharina Mangold/Nora Markard/Mehrdad Payandeh/Emanuel Vahid Towfigh*, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2021, 28 ff.

Deshalb ist es richtig, „kritische Reflexion“ als Gegenstand und Ziel der juristischen Ausbildung zu setzen – wenn man darunter auch die reflexive Befassung mit Praktiken der Objektivität und der Positionalität versteht.

Damit ist aber die Frage nicht beantwortet, wie eine Ausbildungspraxis aussieht, die entsprechende Subjektivierungsprozesse fördert. Einen Anfang hatte bereits Esser gemacht mit seinem bis heute kaum verwirklichten Vorschlag, „auch der schulmäig zu lösende Fall [müsste] genügend Spielraum für Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitüberlegungen lassen und deutlich machen, daß der Bearbeiter nicht hilflos auf begrifflichen Zwang reagieren muß.“<sup>88</sup> Er war aber noch der Meinung, dass es nur darum gehe, eine Sensibilität für (gesellschaftliche) Konflikte zu entwickeln, um (mit anderen Worten<sup>89</sup>) „den Richter [herauszuführen] aus der Position des hilflos und unzufrieden eingeklemmten Staatsdieners zwischen Gutachten, Lehre und Rechtsprechung und einer unverstandenen Sozialwelt.“ Objektivität muss stärker auch selbstreflexiv werden.

Dazu gehört notwendig die Befassung mit „Diskriminierung, Hierarchien und Ungleichheiten, nicht zuletzt Ideologien geschlechtsbezogener Diskriminierung“.<sup>90</sup> Dies kann und darf sich nicht auf Gender- und Diversity-Trainings,<sup>91</sup> Gender-Curricula<sup>92</sup> oder nicht-stereotype Fallgestaltungen<sup>93</sup> beschränken;<sup>94</sup> es muss vor allem auch darum gehen, jenseits der Grundlagenausbildung in den Pflichtfächern Formen zu finden, selbstreflexive Prozesse anhand von entsprechend komplexen „Fällen“ und gesellschaftlichen Fragen anzuregen.

### 3. Rechtspraxis ohne Zentrum?

Wenn man so stark die Rechtspraxis im Blick hat wie dieser Text, wird es schnell mal reformistisch. Dabei legt die Analyse von Praktiken der Objektivität natürlich weitergehend auch deren Kritik und damit grundsätzliche Fragen der Rechtskritik nahe. Bis ganz ans Ende gedacht, verlangt eine Praxis des kontinuierlichen selbstkritischen Hinterfragens, der Vorläufigkeit und Erfahrungsbasiertheit jeder Wahrheit<sup>95</sup> letztlich den Verzicht auf den „god trick“<sup>96</sup>, um den sich Richter:innen tagein tagaus bemühen, wenn sie den eingebildeten Dritten konstruieren.

Es mag sich zunächst radikal gut anhören, dass Recht künftig nicht mehr Gegenüber, sondern (autonomer) Teil von gesellschaftlichen Prozessen sein soll, und damit nur noch

88 Josef Esser, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), 97 (127).

89 Dieter Simon, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, 124 ff.

90 Vgl. auch die Pressemitteilung 21-04 des djb, 26.2.2021, <https://www.djb.de/presse/pressemitteilungen/detail/2021-04?actbackPid=5&cHash=ed4e5d37aab300f24d88043fd0316ed4>.

91 Ulla Gläser/Eva Kocher (Fn. 85).

92 Ulrike Schultz, Ein Gendercurriculum für die Rechtswissenschaft, djbZ 21 (2018), 227-230.

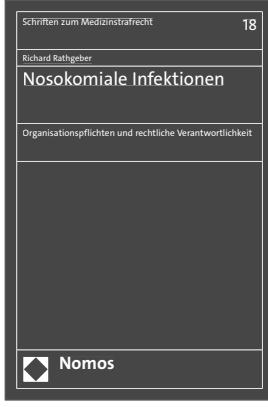
93 Dana-Sophia Valentiner unter Mitarbeit von Carolin Bilawa/Giulia Beeck/Laura Jacobs, (Geschlechter)rollenstereotype in juristischen Ausbildungsfällen. Eine hamburgische Studie, Hamburg 2017 (<https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/gremien-und-beauftragte/broschuere-gleichstellung.pdf>, Abruf 1.6.2021).

94 Überblick über mögliche Gleichstellungsinstrumente z.B. bei Michael Grünberger/Anna Katharina Mangold/Nora Markard/Mehrdad Payandeh/Emanuel Vahid Towfigh (Fn. 87), 69-80.

95 Katharine T. Bartlett (Fn. 74).

96 Donna Haraway (Fn. 69), 589 f.

„pluralistische kollektive Rechtsauslegung“ in „diskursiven Verfahren“, wie sie den Fluchtpunkt z.B. von Daniel Loicks Rechtskritik bildet.<sup>97</sup> Die Praktiken der alternativen Konfliktlösung, der transnationalen Rechtsentwicklung und anderer Arenen des privaten Rechtspluralismus zeigen aber auch, wie affirmativ und wie wenig transformativ solche Verfahren in den gegenwärtigen gesellschaftlichen Machtverhältnissen wirken. Und wenn Objektivität sich in spezifische gesellschaftliche Positionen, wenn Recht sich damit in Gesellschaft auflöst, verliert es gleichzeitig einiges seiner Potenziale als Ressource von Kritik, als Sicherung von Differenz, also das widerständige Potenzial,<sup>98</sup> das gerade auch in seinem Versprechen und seiner Suche nach Objektivität liegt. Einstweilen bleibt es auch für das Recht lohnend, nach einer reflexiven queer-feministischen Objektivität aufgrund situierten Wissens<sup>99</sup> und entsprechenden Praxis-Experimenten<sup>100</sup> zu suchen.



## Nosokomiale Infektionen

Organisationspflichten und  
rechtliche Verantwortlichkeit

Von StA Dr. Richard Rathgeber

2021, 401 S., brosch., 104,- €

ISBN 978-3-8487-8167-6

(Schriften zum Medizinstrafrecht, Bd. 18)

Der Verfasser erläutert die vielfältigen Anforderungen an eine standardgerechte Hygieneorganisation in medizinischen Einrichtungen und analysiert die damit einhergehenden zivilrechtlichen und insbesondere strafrechtlichen Haftungsrisiken bei PatientInnenentschädigungen durch Nosokomiale Infektionen.



Bestellen Sie im Buchhandel oder  
versandkostenfrei online unter [nomos-shop.de](http://nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**

97 Daniel Loick (Fn. 6), 326 ff., 35; vgl. auch Ratna Kapur (Fn. 7).

98 Daniel Loick (Fn. 6); vgl. auch Tatjana Sheplyakova, Prozeduralität des Rechts: Zu den Bedingungen immanenter Rechtskritik, KJ 2021, 155 ff.

99 Donna Haraway (Fn. 69), 581.

100 Jennifer Nedelsky (Fn. 7), 157.