

Literatur und Recht

Herausgeber

Manfred Schneider

Wissenschaftlicher Beirat

Michael Niehaus, Sabine Müller-Mall, Fabian Steinhauer

Bd. 8

Florian Schmidt

Rechtsgefühl

Subjektivierung in Recht und Literatur um 1800

Wilhelm Fink

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

Abbildungsnachweis:

Jakobi Bornitii Emblemata ethicopolitica, Ingenuâ atque eruditâ interpretatione nunc primum illustrata Per M. Nicolaum Meerfeldt, Moguntia [Mainz] 1669, S. 20, Nr. 10: Angustum sed augustum conscientiae tribunal. Die Subscriptio lautet: „Arguit enculpa, Cor idem argutam probat, atque Iudicat & damnat, plectit & exequitur“, dt. „Wer sündigt / hat in seim Gewisse / Den Kläger / Zeugen / und Schultisse.“

D6

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk sowie einzelne Teile desselben sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen ist ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Verlags nicht zulässig.

© 2020 Wilhelm Fink Verlag, ein Imprint der Brill-Gruppe
(Koninklijke Brill NV, Leiden, Niederlande; Brill USA Inc., Boston MA, USA; Brill Asia Pte Ltd, Singapore; Brill Deutschland GmbH, Paderborn, Deutschland)

Internet: www.fink.de

Einbandgestaltung: Evelyn Ziegler, München
Herstellung: Brill Deutschland GmbH, Paderborn

ISSN 2629-7981

ISBN 978-3-7705-6461-3 (paperback)

ISBN 978-3-8467-6461-9 (e-book)

Inhalt

1.	Einleitung	1
2.	Präfigurationen des Rechtsgefühls	33
2.1	Billigkeit als juristische Tugend (Aristoteles, Oldendorp, Luther)	33
2.2	Naturrecht und Gefühl I (Pufendorf)	48
2.3	<i>Moral sense</i> und <i>sense of justice</i> (Shaftesbury, Hume)	65
2.4	Naturrecht und Gefühl II (Schmauß, Claproth, Justi).....	80
2.5	<i>Amour de soi</i> und <i>amour des lois</i> . Rousseau und die Regierung der Herzen.....	92
3.	Altes Recht, neue Ordnung (Schiller, Pestalozzi)	107
3.1	Vom Maß des Rechtsgefühls. Schillers niederländische Geschichten	112
3.2	Verbriefte Rechte. Pestalozzi im politischen Kontext	131
4.	Die Tugend des Staatsbürgers (Klein, Kleist, Kant)	153
4.1	Rechtsgefühl und vernünftiges Recht. Begriffsarbeit bei Ernst Ferdinand Klein	154
4.2	Die Macht in der Brust. Kleists <i>Michael Kohlhaas</i>	168
5.	Wahrheit fühlen	187
5.1	Wahrsprechen in Kleists <i>Die Familie Schroffenstein</i>	190
5.2	Beweiswürdigung zwischen Gesetzesbindung und <i>intime conviction</i>	206
6.	Die Bildung des Rechtsgefühls.....	223
6.1	Im Pflanzgarten der Gefühle (Pfeiffer, Jung, Trapp, Humboldt)	224
6.2	Selbstpolizierung. Goethes <i>Unterhaltungen deutscher Ausgewanderten</i>	242
7.	Dunkle Werkstätte, lebendigste Anschauung (Savigny, Puchta).....	273
8.	Noch einmal altes Recht (Reprise und Ausblick): Umland und die demokratische Bildung der Nation.....	303

9. Herzensrecht.....	321
Literaturverzeichnis.....	329
Quellen.....	329
Forschungsliteratur.....	337
Danksagung.....	369

Ursprünglich ist das Recht ein mehr oder weniger dunkles Gefühl.
Georg Friedrich Puchta

Welche Regierung die beste sei? Diejenige, die uns lehrt, uns selbst
zu regieren.

Johann Wolfgang Goethe

••

Einleitung

„Zum Glück ist das Gericht kein Ort der Gefühle.“¹ So ist in einer 2016 in der *Süddeutschen Zeitung* erschienenen Reportage über das Kriminalgericht Moabit zu lesen. Der Autor, Martin Wittmann, kommt zu diesem Schluss aufgrund einer Selbstbeobachtung: In der Verhandlung eines Sexualdelikts wird sein Urteil zunächst von Mitleid angesichts der schweren Kindheit des Angeklagten bestimmt. Als es dann aber zur Schilderung des Tathergangs kommt, fordert das Gefühl nicht mehr Milde, sondern wünscht dem Angeklagten „das Schlimmste“². Das Gefühl scheint also alles andere als geeignet, zu einem gerechten Urteil zu gelangen. Einzig „trockenes Paragrafenwissen“³ vermag, heißt es dann weiter, vor den Imponderabilien der „eigenen Gefühle[] für Recht und Unrecht“⁴ zu schützen. Und über dieses Wissen verfügen zum Glück die Fachleute, denen die tatsächliche Urteilskompetenz zukommt – entsprechend werden sie, von der „ungerührt[en]“⁵ Staatsanwältin bis zur Richterin, zunächst als gefühllos dargestellt. „Das Gericht ist kein Ort der Gefühle“, heißt es gleich noch einmal. Diese Wiederholung ist natürlich verdächtig, denn wäre die Gefühlsfreiheit des Rechts selbstverständlich und unbestritten, so bedürfte sie wohl keiner doppelten Bekräftigung. Und tatsächlich wird es nur zwei Absätze später durchaus ‚gefühllos‘. Eine Richterin bringt es „nicht übers Herz“⁶, eine Alleinerziehende zu einer Freiheitsstrafe zu verurteilen. Die Evidenz des gefühllosen Rechts ist dahin: „Natürlich ist das Gericht ein Ort der Gefühle.“⁷

Was nun? Ist das Gericht ein Ort der Gefühle oder nicht? Der (bewusst gesetzte) performative Widerspruch in der Reportage ist offenbar Ausdruck zweier Erwartungshaltungen an das Recht, die, vorsichtig formuliert, in einem Spannungsverhältnis stehen. Einerseits ist es eine völlig berechnete Forderung an moderne Rechtsstaatlichkeit, die Verbindlichkeit der Rechtsordnung, Rechtssicherheit, zu garantieren. Nicht nur in Strafverfahren, sondern auch im Zivil- und Verwaltungsrecht wird eine unparteiliche, objektive und gerechte Urteilsfindung erwartet, die mit schwankenden emotionalen

1 Martin Wittmann, Im Recht, in: *Süddeutsche Zeitung* Nr. 157 v. 9./10. Juli 2016, S. 13–15, S. 14.

2 Ebd.

3 Ebd.

4 Ebd.

5 Ebd., S. 15.

6 Ebd.

7 Ebd.

Befindlichkeiten wie den von Wittmann geschilderten kaum vereinbar scheint. Diese Unvereinbarkeit ist aber wiederum ein Diskurseffekt: Die normative Selbstbeschreibung des modernen Rechts als rationales System hat, wie die Rechtswissenschaftlerin Terry Maroney formuliert, ein „cultural script of judicial dispassion“ hervorgebracht, also Diskursregeln, die es verbieten, Gefühlen, Affekten, Emotionen oder Leidenschaften rechtliche Relevanz zuzuschreiben – unter der stillschweigenden Prämisse der Irrationalität und normativen Blindheit von Emotionen.⁸ Unter dieser (und nur unter dieser) Maßgabe müssen dann auch „Gefühle für Recht und Unrecht“ als Störung und Gefährdung der Rechtssicherheit erscheinen.

Zugleich aber soll das Recht, seinem Ruf als bürokratische Verwaltungsanstalt eines opaken Normenapparats zum Trotz, gerecht sein auch in dem Sinne, dass es menschlich ist, dass angemessene Urteile gefällt werden, dass die Menschen im Recht ein Herz haben für die Menschen, die es mit dem Recht zu tun bekommen. Und auch diese Erwartung oder Forderung bestimmt Wittmanns Reportage, konkret die in ihr betriebene Sympathielenkung, die die Wahl zwischen der ungerührten Staatsanwältin und der Richterin mit Herz nicht schwer macht. Ganz ohne Gefühl geht es offenbar auch nicht. Das lässt sich sowohl normativ als auch realistisch formulieren: Normativ, d. h. vom Standpunkt der Gerechtigkeit aus gesehen, läuft ein fühlloses Recht Gefahr, seinen Zweck zu verfehlen; realistisch gesehen wird Recht von Menschen gemacht, gesprochen und umgesetzt – von Menschen, die nicht umhin können zu fühlen, seien sie Richterin oder Angeklagter oder auch nur, weniger spektakulär, soziale Akteure, deren praktisches Handeln zu einem nicht unerheblichen Teil von Rechtsnormen begrenzt, ermöglicht und gesteuert wird.

Diese Ambivalenz, der gleichzeitige Aus- und Einschluss des Gefühls im Recht, ist selbstverständlich auch als wissenschaftliche Herausforderung gesehen worden, der in den letzten Jahrzehnten von rechtswissenschaftlicher Seite zunächst im US-amerikanischen Kontext der Law-and-Emotion-Bewegung begegnet wurde.⁹ Gegen das von Terry Maroney diagnostizierte „cultural script of judicial dispassion“ weist das Forschungsparadigma die Dichotomie von Rationalität und Emotionalität zurück, die dem Mythos des rationalen Rechts unterliegt, aber vor dem Hintergrund avancierter Emotionskonzepte längst

8 Vgl. Terry A. Maroney, *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, in: *California Law Review* 99/2 (2011), S. 629–681.

9 Als initiierende Publikation gilt Susan A. Bandes (Hg.), *The Passions of Law*, New York/London 1999. Vgl. für Forschungsüberblicke Susan A. Bandes u. Jeremy Blumenthal, *Emotion and the Law*, in: *Annual Review of Law and Social Science* 8 (2012), S. 161–181 u. Terry A. Maroney, *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, in: *Law and Human Behaviour* 30/2 (2006), S. 199–142.

obsolet ist.¹⁰ Emotionen sind nicht ‚irrational‘, sondern stellen eine rationale Prozesse grundierende und begleitende evaluative Ressource dar. Sie zeigen, was wichtig und richtig ist, und das auch im normativen Sinn.¹¹ Dabei geht es um konkrete Emotionen wie Wut, Vergeltungsbedürfnis und Liebe, um Empathie als emotionale Basiskompetenz, aber auch auf einer eher abstrakten Ebene um „the appropriate role of emotion in the identification and implementation of legal norms“¹². In den Blick rückt damit eine *epistemologische* Funktion von Emotion bzw. Gefühl im Recht.

Ein solches Gefühl für rechtliche Normen wird im Deutschen mit dem Begriff ‚Rechtsgefühl‘ bezeichnet. Die deutschsprachige Forschungsdebatte um das Rechtsgefühl hat nach einer Konjunktur um 1980 erst in den 2010er-Jahren wieder Fahrt aufgenommen. Sie schließt inzwischen an die internationale Debatte an und beginnt, sich des Rechtsgefühls interdisziplinär anzunehmen.¹³ Die jüngsten Forschungsergebnisse zeigen, dass sich die epistemologische Produktivität des Rechtsgefühls einerseits rechtsintern im Sinne einer „Expertenintuition“¹⁴, andererseits als Vermittlungs- oder Kopplungsfigur beschreiben lässt, die das Rechtssystem an seine ‚Umwelt‘ zurückbindet. Im erstgenannten rechtsinternen Sinn fungiert das Rechtsgefühl als intuitives

10 Vgl. für einen Überblick über die Emotionsforschung Martin Hartmann, *Gefühle. Wie die Wissenschaften sie erklären*, Frankfurt a. M. 2010, sowie die Darstellungen in William M. Reddy, *The Navigation of Feeling. A Framework for the History of Emotions*, Cambridge 2001, S. 3–62 u. Jan Plamper, *Geschichte und Gefühl. Grundlagen der Emotionsgeschichte*, München 2012. Vgl. aus philosophischer Perspektive Christoph Demmerling u. Hilge Landweer, *Philosophie der Gefühle. Von Achtung bis Zorn*, Stuttgart/Weimar 2007, S. 1–34.

11 So die Grundthese in Martha Nussbaum, *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge u. a. 2001. Vgl. auch Robert C. Solomon, *A Passion for Justice. Emotions and the Origins of the Social Contract* [1990], Boston 1995.

12 Bandes/Blumenthal, *Emotion and the Law*, S. 163.

13 Vgl. Manfred Bihler, *Rechtsgefühl, System und Wertung*, München 1979; Ernst-Joachim Lampe (Hg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*, Opladen 1985; Christoph Meier, *Zur Diskussion über das Rechtsgefühl: Themenvielfalt – Ergebnistrends – neue Forschungsperspektiven*, Berlin 1986; aus der aktuellen Diskussion vgl. Julia F. Hänni, *Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung. Rechtsmethodik, Objektivität und Emotionalität in der Rechtsanwendung*, Berlin 2011; Thomas Hilgers u. a. (Hg.), *Affekt und Urteil*, Berlin 2015; Dagmar Ellerbrock u. Sylvia Kesper-Biermann (Hg.), *Between Passion and Senses? Perspectives on Emotions and Law*, Bielefeld 2015 (= *Inter Disciplines. Journal of History and Sociology* 6/2); Dirk Koppelberg u. Hilge Landweer (Hg.), *Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge*, Freiburg/München 2016; Sigrid G. Köhler, Sabine Müller-Mall, Florian Schmidt u. Sandra Schnädelbach (Hg.), *Recht fühlen*, Paderborn 2017.

14 Dirk Koppelberg u. Hilge Landweer, *Der verkannte Zusammenhang von Recht und Emotion*, in: dies. (Hg.), *Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge*, Freiburg/München 2016, S. 13–47, S. 26.

Moment im juristischen Urteilsprozess.¹⁵ Diesen als mechanische Subsumtion eines Sachverhalts unter eine Norm zu betrachten, wird der Komplexität des Vorgangs nicht gerecht.¹⁶ Die syllogistische Subsumtion repräsentiert, wie Sabine Müller-Mall betont, die Form der schriftlichen *Urteilsbegründung*, aber nicht die der *Urteilsbildung*.¹⁷ Diese findet in einer Oszillationsbewegung zwischen dem jeweils erst zu konstruierenden Sachverhalt und der Suche nach der ihm adäquaten Rechtsnorm statt, eine Suche, die vom Rechtsgefühl begleitet und geleitet wird. Paragrafenwissen und Rechtsgefühl stehen so gesehen nicht in einem oppositionellen, sondern einem komplementären Verhältnis.

Zugleich impliziert das Rechtsgefühl eine Überschreitung der Grenzen des Rechts. Das Rechtsgefühl ist eine Figur der *Vermittlung* zwischen Recht, Gesellschaft und Subjekt. Das lässt sich in beide Richtungen beschreiben: Einerseits wird das Recht über das Rechtsgefühl seiner Akteure an außerrechtliche Normen zurückgekoppelt, etwa gesellschaftliche Normen oder Gerechtigkeitserwägungen, die ihrerseits gefühlt werden – daher die positive Bewertung des Richtens ‚mit Herz‘ in Wittmanns Reportage. Das Rechtsgefühl fungiert so gesehen als produktive Störung, die das positive Recht in ‚Führung‘ mit der Gesellschaft hält und seine Fortentwicklung zu adäquatem und (vielleicht) ‚richtigerem‘ Recht ermöglicht.¹⁸ Umgekehrt lässt sich diese

15 Vgl. zu diesem Aspekt in der juristischen Literatur des 20. Jahrhunderts zuerst Erwin Riezler, *Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen* [1921], München 1946, S. 7. Riezler betont dann aber die rationalen Elemente des *sensus iuridicus* (vgl. ebd., S. 13–16). Überhaupt stellt Riezlers in der deutschsprachigen Diskussion vielzitiertes Buch letztlich auf eine Rationalisierung des Rechtsgefühls, also auf eine Neutralisierung von dessen ‚Gefahrenpotenzial‘ ab (vgl. ebd., S. 190).

16 Vgl. Robert Weimar, *Rechtsgefühl und Ordnungsbedürfnis*, in: Ernst-Joachim Lampe (Hg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl* (= Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 10), Opladen 1985, S. 158–172, S. 165; Hänni, *Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung*, S. 128–131; Sabine Müller-Mall, *Zwischen Fall und Urteil. Zur Verortung des Rechtsgefühls*, in: Thomas Hilgers u. a. (Hg.), *Affekt und Urteil*, Paderborn 2015, S. 117–131.

17 Vgl. Müller-Mall, *Zwischen Fall und Urteil*, S. 123. Die Urteilsbegründung stellt so gesehen eine Übersetzung dar, die es dem Recht ermöglicht, auch die nicht rationalisierbaren Momente der Urteilsbildung zu verarbeiten. In der rationalen Begründung des Urteils verschwinden deshalb die Intuitionen, die an seinem Zustandekommen beteiligt waren. Vgl. dazu auch Bihler, *Rechtsgefühl, System und Wertung*, S. 95.

18 Vgl. zu dieser Kopplung Bertram Lomfeld, *Emotio Iuris. Skizzen zu einer methodisch aufklärten Methodenlehre des Rechts*, in: Sigrid G. Köhler u. a. (Hg.), *Recht fühlen*, Paderborn 2017, S. 19–32, sowie aus systemtheoretischer Perspektive – d. h. unter dem Aspekt der ‚strukturellen Kopplung‘ – Gunther Teubner, *Gerechtigkeit in der Selbstbeschreibung des Rechtssystems*, in: *Soziale Systeme* 13 (2007), S. 304–316. Teubner nennt in diesem Zusammenhang auch das Rechtsgefühl. Vgl. zum Begriff der strukturellen Kopplung mit Blick auf das Recht Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* [1993], Frankfurt

Vermittlungsleistung ausgehend vom Recht in Richtung von Gesellschaft und Subjekt beschreiben. Das Rechtsgefühl der Rechtssubjekte kann sich positiv auf die Rechtsordnung beziehen, im Sinne einer Achtung und Anerkennung des geltenden Rechts und der Grundwerte, auf denen es beruht, oder negativ, wenn es eine Diskrepanz zwischen den Normen bzw. Praktiken des Rechts und diesen Werten wahrnimmt. Das Rechtsgefühl macht Normen aber nicht nur erkennbar, sondern motiviert auch zu einem der Erkenntnis entsprechenden praktischen Handeln. Abstrahiert man von der Differenz zwischen professionellen Akteuren des Rechts und Rechtssubjekten, so umfassen die vom Rechtsgefühl bestimmten Praktiken juridisches Urteilen ebenso wie privates individuelles Handeln. Zudem ist das Rechtsgefühl in unterschiedlichem Grade sichtbar: Es kann sich öffentlich als Dissens mit rechtlichen oder politischen Entscheidungen artikulieren, reguliert aber auch ganz unauffällig die rechtliche Einrichtung des Privatlebens, etwa durch Verträge aller Art.¹⁹

Die skizzierten Funktionen des Rechtsgefühls lassen sich aber nicht nur aus der aktuellen Forschungsdebatte extrahieren, sondern sind schon in der historischen Phase präsent, in der sich das Konzept des Rechtsgefühls überhaupt erst formiert. Die Rede ist vom 18. Jahrhundert. Bereits seit der Frühaufklärung ist eine intensive Arbeit an der wechselseitigen Bezogenheit von Recht und Gefühl zu verzeichnen, die sich am Ende des 18. Jahrhunderts dann auch terminologisch im Begriff ‚Rechtsgefühl‘ niederschlägt. Das ist bemerkenswert, weil der Beginn der rechtswissenschaftlichen Debatte um das Rechtsgefühl gemeinhin erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gesehen wird. Als initiale Texte gelten Rudolf von Jherings Essay *Der Kampf um's Recht* (1872) und Gustav Rümelins Rede *Über das Rechtsgefühl* (1871). Dabei laden schon die intertextuellen Verweise dort dazu ein, den Beginn der Debatte früher anzusetzen. Jhering stützt seine Thesen durch eine spezifische Lektüre des wohl berühmtesten literarischen Textes zum Rechtsgefühl, Heinrich von Kleists *Michael Kohlhaas* (1808/10),²⁰ Rümelin hingegen zitiert einen Vers Ludwigs Uhlands aus dessen *Vaterländischen Gedichten* von 1815–19, in dem vom Quellen des Rechts „wie

a. M. 1995, S. 440–495. Dort fällt bei der Beschreibung der strukturellen Kopplung von Rechtssystem und Bewusstseinssystem ebenfalls der Begriff des Rechtsgefühls (ebd., S. 482). Vgl. auch Rainer Schützeichel, *Soziologie des Rechtsgefühls*, in: Dirk Koppelberg u. Hilge Landweer (Hg.), *Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge*, Freiburg/München 2016, S. 65–99, S. 93.

19 Vgl. zum Vertrag (und insbesondere zum Verhältnis von Gefühl und Vertrag) aus kulturwissenschaftlicher Perspektive Sigrid G. Köhler, *Homo contractualis. Das Regime des Vertrags und die Romantik*, unveröff. Habilitationsschrift, Münster 2015.

20 Vgl. Rudolf von Jhering, *Der Kampf ums Recht* [1872], Nachdruck der 4. Auflage Wien 1874, Darmstadt 1963, S. 60–63.

Herzensblut“ die Rede ist.²¹ Die historische Verortung des Rechtsgefühls um 1800 lässt sich aber nicht nur intertextuell und ex post, sondern auch begriffsgeschichtlich untermauern. Die ersten Belegstellen für den Terminus ‚Rechtsgefühl‘ finden sich (soweit bisher ersichtlich), nicht bei Kleist, wie der (Kleists ‚Rechtsgefühl‘ falsch zitierende) Eintrag im Grimm’schen Wörterbuch suggeriert,²² sondern bereits im letzten Jahrzehnt des 18. Jahrhunderts – in der Literatur, nämlich in Johann Heinrich Pestalozzis Roman *Lienhard und Gertrud* (1790), aber wenig später auch bei dem preußischen Rechtsreformer Ernst Ferdinand Klein in natur- und strafrechtlichen Kontexten.²³ Diese Fundstellen zeigen, dass die Rede vom Rechtsgefühl um 1800 weder rein literarisch noch rein juristisch ist. Sie findet vielmehr auf einem interdiskursiven Feld statt, das sich seit dem frühen 18. Jahrhundert formiert und an dem Naturrecht und Moralphilosophie, Anthropologie und Ästhetik, die Rechtswissenschaft und nicht zuletzt die Literatur partizipieren.

Die vorliegende Studie hat sich eine Rekonstruktion der Formierung des ‚Rechtsgefühls‘ im 18. und frühen 19. Jahrhundert zum Ziel gesetzt. Es geht dabei nicht nur begriffsgeschichtlich um den Terminus ‚Rechtsgefühl‘, sondern auch und vor allem um die diskursive Arbeit an der Vorstellung, Recht könne und solle gefühlt werden, und die damit verbundenen anthropologischen, subjekttheoretischen und politischen Implikationen: Das Rechtsgefühl ist, so die These, eine Figur der Subjektivierung. Es wird im 18. Jahrhundert als ein Gefühl entworfen, das auf rechtliche Normen bezogen ist, diese subjektiv erkennbar macht und in praktisches Handeln übersetzt. Wie alle Gefühle ist es in der Logik des 18. Jahrhunderts auch ein Selbstgefühl und somit an der Subjektformierung beteiligt. Die Subjektivität des Rechtsgefühls wird zugleich juristisch *und* ästhetisch gedacht, also die Sinnlichkeit des Menschen unmittelbar auf seine rechtliche und staatliche Einbindung bezogen. Auf dem

21 Vgl. Gustav Rümelin, Über das Rechtsgefühl [1871], in: ders., Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, hg. v. Erik Wolf, Freiburg i. Br. 1948, S. 5–22, S. 20. Vgl. (nicht nur) zu Jhering und Rümelin Sandra Schnädelbach, Vom inneren Trieb zum psychophysischen Paradox. Ein emotionshistorischer Blick auf die Vermessung des „Rechtsgefühls“ um 1900, in: Sigrid G. Köhler u. a. (Hg.), *Recht fühlen*, Paderborn 2017, S. 95–114.

22 Vgl. das Lemma ‚Rechtsgefühl‘ im *Deutschen Wörterbuch von Jakob und Wilhelm Grimm*, dwb.uni-trier.de, letzter Zugriff 02.01.2014.

23 Vgl. Johann Heinrich Pestalozzi, *Lienhard und Gertrud. Ein Versuch, die Grundsätze der Volksbildung zu vereinfachen. Zweiter Theil*, Zürich/Leipzig, 1790, S. 318; Ernst Ferdinand Klein, Ueber die Natur und den Zweck der Strafe, in: *Archiv des Criminalrechts* 2/1 (1799), S. 74–112, S. 78 u. 103. Vgl. zu den frühen Belegstellen Johannes F. Lehmann, *Rechtsgefühl. Diskursgeschichte eines Begriffs um 1800*, in: Sigrid G. Köhler u. a. (Hg.), *Recht fühlen*, Paderborn 2017, S. 33–42.

Spiel steht damit das Verhältnis von Mensch, Recht und Staat: Es geht um den Menschen als Staatsbürger. Die vorliegende Studie fragt nach der damit implizierten *Koformierung*²⁴ von Subjekt und Recht bzw. Staat.²⁵ Einerseits lassen sich ausgehend vom Menschen und seinem Rechtsgefühl normative Forderungen formulieren, die z. B. Grund- und Menschenrechte, Rechtssicherheit und -gleichheit und politische Partizipation betreffen. Umgekehrt ragen die Normen des Rechts dann aber auch bis ins Selbstgefühl hinein. Der Staatsbürger wird bis ins Herz vom Recht bestimmt – und die vom Recht affizierten Herzen der Menschen werden zum Schauplatz von Technologien sowohl des Regierens als auch des Selbst. Das Rechtsgefühl avanciert so im 18. Jahrhundert zu einem zentralen Desiderat von Erziehungs- und Regulierungsdispositiven, die den Staatsbürger und die mit ihm verbundenen normativen Implikationen allererst hervorbringen. Die Vermittlungen des Rechtsgefühls haben also einen *reziproken* Formierungseffekt, der sich einerseits vom Subjekt auf das Recht, andererseits vom Recht auf das Subjekt richtet.

Recht – Gefühl – Rechtsgefühl.

Historische und konzeptionelle Konstellationen im 18. Jahrhundert

Dass gerade im 18. Jahrhundert begonnen wird, Recht und Gefühl in der beschriebenen Weise aufeinander zu beziehen, ist kein Zufall, schreiben sich doch sowohl das moderne Konzept von Rechtsstaatlichkeit als auch das des Gefühls aus der Aufklärung her. Rechtshistorisch gesehen werden im 18. Jahrhundert Reformprozesse initiiert, die langfristig auf das ‚moderne‘ Recht im Sinne eines funktional ausdifferenzierten Rechtssystems in einem Rechtsstaat zulaufen.²⁶ Zu nennen sind die schon seit dem frühen 18. Jahrhundert betriebenen Justizreformen, die das Rechtswesen professionalisieren und so die vorherrschenden Missstände insbesondere in den unteren Instanzen beenden

24 Der Begriff der Koformierung wird hier von Thomas Lemke übernommen, der in seiner Analyse von Foucaults Geschichte der Gouvernementalität von einer „Ko-Formierung von modernem souveränen Staat und modernem autonomen Subjekt“ spricht (Thomas Lemke, *Neoliberalismus, Staat und Selbsttechnologien*, in: *Politische Vierteljahresschrift* 41/4 [2000], S. 31–47, S. 33). Eine (allerdings nicht so benannte) Struktur der Koformierung unterliegt in Law-and-Emotion-Perspektive auch dem Argument in Andras Sajó, *Constitutional Sentiments*, New Haven/London 2011, vgl. dort etwa (unter vielen Stellen) S. 11.

25 Sie verfolgt damit einen grundsätzlich anderen Ansatz als die Studie von Katharina Döderlein, *Die Diskrepanz zwischen Recht und Rechtsgefühl in der Literatur. Ein dramatischer Dualismus von Heinrich von Kleist bis Martin Walser*, Würzburg 2017. Es geht in der vorliegenden Studie nicht um Diskrepanzen, sondern um wechselseitige Formierungen.

26 Vgl. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*.

sollten.²⁷ Es ging dabei vor allem um die Beendigung von Willkür und Korruption in der Rechtspraxis, also um Rechtssicherheit – auch gegenüber dem Souverän, wie die Debatte um die Machtsprüche Friedrichs des Großen zeigt.²⁸ Rechtliche Entscheidungen sollten auf rechtlichen Normen und Verfahren beruhen, d. h. unabhängig von äußeren Faktoren wie bestechlichen Beamten oder königlichen Eingriffen sein. Am Horizont dieser Reformprozesse steht die Autonomie des Rechts.

Als rechtshistorische Meilensteine gelten weiterhin die privatrechtlichen Kodifikationen an der Wende zum 19. Jahrhundert, nämlich das *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* (1794), der nach den napoleonischen Besetzungen zum Teil auch im deutschsprachigen Raum gültige *Code civil* (1804), und das *Österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* (1812). Diesen Projekten ist bei allen Differenzen gemein, dass sie die Vorstellung vom Menschen als *Rechtssubjekt*, d. h. als von Natur aus mit subjektiven Rechten versehenes Individuum, festschreiben.²⁹ Diese findet sich zwar auch schon in den naturrechtlichen Entwürfen des 17. Jahrhunderts, gewinnt aber am Ende des 18. Jahrhunderts unter dem Eindruck der Amerikanischen und Französischen Revolutionen an sozialer und politischer Sprengkraft: Die individualistische Konzeption des Rechtssubjektes führt langfristig zum Übergang von der Ständegesellschaft zur bürgerlichen Gesellschaft, die sich durch Rechtsgleichheit der Individuen auszeichnet und rechtsstaatlich organisiert ist. In den revolutionären Kontexten gehört dazu eine Verfassung, in der die Volkssouveränität und die Grund- und Menschenrechte festgeschrieben sind.³⁰

Zwar vollzog sich der Übergang zur bürgerlichen Gesellschaft im deutschen Sprachraum größtenteils nicht auf revolutionärem Weg. Dennoch sind auch in der deutschsprachigen Debatte die von den revolutionären Entwicklungen aufgeworfenen Fragen nach den Rechten des Individuums gegenüber dem

27 Vgl. Clausdieter Schott, 'Rechtsgrundsätze' und Gesetzeskorrektur. Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln, Berlin 1975, S. 74–80 u. Thomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Berlin/Heidelberg 2009, S. 30–31.

28 Friedrich hatte 1779 in den Rechtsstreit zwischen dem Müller Johann Arnold und dem Grafen Schmettau eingegriffen und die gegen den Müller ergangenen Urteile per Machtspruch aufgehoben. Vgl. Uwe Wesel, Juristische Weltkunde. Eine Einführung in das Recht [1984], 8., vollst. überarb. u. akt. Neuauf., Frankfurt a. M. 2000, S. 79–82.

29 Vgl. zu den Kodifikationen Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung [1952], 3., durchges. Aufl., Göttingen 2016, S. 322–347.

30 Vgl. Eike Wolgast, Geschichte der Menschen- und Bürgerrechte, Stuttgart 2009 u. Dieter Grimm, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776–1886. Vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes, Frankfurt a. M. 1988.

Staat, nach Rechtsgleichheit, rechtsstaatlichen Verfahren und der konstitutionellen Absicherung von Grund- und Menschenrechten omnipräsent.³¹ Der Mensch steht, wie Michael Stolleis mit Blick auf die Begriffsgeschichte gezeigt hat, spätestens nach der Französischen Revolution nicht mehr als Untertan, sondern als *Staatsbürger* im Brennpunkt der Debatten, die das Verhältnis zwischen Bürger, Recht und Staat zu bestimmen versuchen.³² Staatsbürger ist, wer Anteil am Staat hat, ein Anteil, der allerdings in der deutschsprachigen Öffentlichkeit umkämpft ist. Denn der Staatsbürger ist vom Untertanen gerade durch die politische Teilhabe unterschieden. Staatsbürger partizipieren an der Souveränität, und das heißt auch an der Rechtserzeugung. In Kants *Rechtslehre* ist zum Beispiel zu lesen:

Die *gesetzgebende* Gewalt kann nur dem vereinigten Willen des Volkes zukommen. [...] Die zur Gesetzgebung vereinigten Glieder einer solchen Gesellschaft (*societas civilis*), d. i. eines Staats, heißen *Staatsbürger* [...]. Nur die Fähigkeit der Stimmgebung macht die Qualifikation zum Staatsbürger aus [...].³³

Diese Gleichsetzung von Staatsbürger und *citoyen*, also echte politische Mitbestimmung, wirft gerade in ihrem Widerspruch zum aufgeklärten Absolutismus die Frage nach der *Souveränität* auf. Mit dem Souveränitätsbegriff sind seit der Frühen Neuzeit vor allem die Kompetenzen der Rechtserzeugung und der Rechtsdurchsetzung verbunden.³⁴ Auch wenn in manchen Theorien, etwa in der Föderaltheologie des 16. Jahrhunderts oder bei Samuel Pufendorf, eine ursprüngliche Volkssouveränität vorgesehen war, tendieren Souveränitätstheorie und Naturrecht im 17. und 18. Jahrhundert zur Bündelung der Rechtskompetenz beim Fürsten, der seinerseits *legibus absolutus* ist. Abgesehen davon, dass

31 Vgl. die Aufsätze von Hans Erich Bödeker, 'Menschenrechte' im deutschen publizistischen Diskurs vor 1789, in: Günter Birtsch (Hg.), Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, Göttingen 1987, S. 392–433 (dort zur Frage nach der politischen Freiheit S. 423–429) u. ders., Zeitschriften und politische Öffentlichkeit. Zur Politisierung der deutschen Aufklärung in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, in: ders. (Hg.), Aufklärung, lumières und Politik. Zur politischen Kultur der deutschen und französischen Aufklärung, Leipzig 1996, S. 209–231.

32 Vgl. Michael Stolleis, Untertan – Bürger – Staatsbürger. Bemerkungen zur juristischen Terminologie im späten 18. Jahrhundert, in: Rudolf Vierhaus (Hg.), Bürger und Bürgerlichkeit im Zeitalter der Aufklärung, Heidelberg 1981, S. 65–100.

33 Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysik der Sitten. Erster Teil, hg. v. Bernd Ludwig, Hamburg 2008, S. 130–131 (AA 314).

34 Vgl. Helmut Quaritsch, Staat und Souveränität. Bd. 1: Die Grundlagen, Frankfurt a. M. 1970, dort insbesondere das Kapitel 'Der Souverän und das Recht', S. 333–394.

sich dieses Modell in der Praxis ohnehin nie in Reinform durchsetzen konnte,³⁵ wird es spätestens nach den Revolutionen am Ende des 18. Jahrhunderts auch theoretisch unhaltbar, und das auch in revolutionskritischen Kontexten. Nicht nur die rechtliche Legitimation, sondern vor allem die Beschränkung von Macht wird zum zentralen Thema. Hinzu kommt, dass die Freisetzung der Produktivkräfte der bürgerlichen Gesellschaft, d. h. die zunehmende rechtliche Liberalisierung des wirtschaftlichen Handlungsspielraums der (Staats-) Bürger, die Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen politischer Mitsprache provoziert. Mit der aufklärerischen Neubestimmung des Menschen als Staatsbürger steht also auch die Souveränität und damit die Genese des Rechts, d. h. die Frage, wie das Recht entsteht und wer zu seiner Setzung und Durchsetzung befugt ist, zur Debatte.

Diese rechtshistorischen, rechtsphilosophischen und politischen Aspekte können aber für sich genommen die Entstehung des Rechtsgefühls noch nicht erklären. Zu fragen ist weiterhin, mit Novalis gesprochen: „Was ist denn ein Gefühl?“³⁶

Diskurshistorisch gesehen ist das ‚Gefühl‘ genau wie die individualistische Konzeption des Rechtssubjekts ein Produkt der Aufklärung, sofern man diese nicht auf den Rationalismus verkürzt. Denn das Projekt der Aufklärung ist ja, allgemein formuliert, die Erforschung des ‚ganzen Menschen‘, d. h. seiner Rationalität ebenso wie seiner Sinnlichkeit und Körperlichkeit sowie seiner individuellen und sozialen Bestimmungen, mit dem Ziel, jedem im gesellschaftlichen Rahmen ein selbstbestimmtes und glückliches Leben zu ermöglichen.³⁷ Die Sinnlichkeit im weiten Sinne, von konkreten Emotionen über die sinnliche Wahrnehmung bis zum moralischen Gefühl, wird im 18. Jahrhundert vom schlichten anthropologischen Faktum zur produktiven Ressource menschlichen Erkennens, Handelns und Zusammenlebens aufgewertet. Dieser Prozess vollzieht sich transnational, nämlich in der wechselseitigen Rezeption britischer, französischer und deutschsprachiger Diskussionszusammenhänge, und interdiskursiv. Beteiligt sind die Anthropologie, die Ästhetik im engeren kunsttheoretischen wie im weiteren Sinne von *aisthesis*, die Moralphilosophie inklusive naturrechtlicher Entwürfe, und nicht zuletzt die Literatur, die von der

35 Vgl. Gerhard Oestreich, Strukturprobleme des europäischen Absolutismus, in: ders., Geist und Gestalt des frühmodernen Staates. Ausgewählte Aufsätze, Berlin 1969, S. 179–197.

36 Novalis, Philosophische Studien der Jahre 1795–96 – Fichte Studien, in: ders., Schriften. Die Werke Friedrich von Hardenbergs. Bd. 2: Das philosophische Werk I, hg. v. Paul Kluckhohn u. Richard Samuel, Darmstadt 1981, S. 104–296, S. 113.

37 Vgl. Hans Adler, Fundus Animae – der Grund der Seele. Zur Gnoseologie des Dunklen in der Aufklärung, in: Deutsche Vierteljahrsschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte 62 (1988), S. 197–220, S. 197.

Empfindsamkeit bis in die Romantik den richtigen Umgang mit Emotionen einübt, aber auch die neu entstehende philosophische Kategorie des ‚Gefühls‘ reflektiert.³⁸

Die Debatte ist bis in die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts von einer terminologischen Unschärfe gekennzeichnet, die Vokabeln wie ‚Gefühl‘, ‚Empfindung‘, ‚feeling‘, ‚sentiment‘, ‚emotion‘ oder ‚passion‘ semantisch von Text zu Text variieren lässt.³⁹ Wenn in der vorliegenden Arbeit vom ‚Gefühl‘ die Rede ist, so ist damit eine erkenntnistheoretische Kategorie, genauer gesagt eine Kategorie der subjektiven Erkenntnis gemeint. ‚Gefühl‘ bezeichnet zwar ursprünglich und z. T. noch bei Herder den Tastsinn, der Begriff wird jedoch sukzessive einer Bedeutungsverschiebung von der äußeren zu inneren Empfindung unterzogen und dem Gefühl so die Funktion eines ‚inneren Sinns‘ zugeschrieben.⁴⁰ Bezugspunkt des Gefühls ist also das Subjekt, wie es sich im Hinblick auf Objekte oder in sozialen bzw. intersubjektiven Zusammenhängen

38 Vgl. die Überblicksdarstellungen bei Angelica Baum, Selbstgefühl und reflektierte Neigung. Ethik und Ästhetik bei Shaftesbury, Stuttgart/Bad Cannstatt 2001, S. 14–30 und Ursula Franke, Ein Komplement der Vernunft. Zur Bestimmung des Gefühls im 18. Jahrhundert, in: Ingrid Craemer-Ruegenberg (Hg.), Pathos, Affekt, Gefühl, Freiburg/München 1981, S. 131–149. Vgl. weiter die einschlägigen Handbuchartikel: Brigitte Scheer, Gefühl, in: Karlheinz Barck (Hg.), Ästhetische Grundbegriffe. Historisches Wörterbuch in sieben Bänden. Bd. 2, Stuttgart/Weimar 2001, S. 629–660; Ursula Franke u. Günther Oesterle, Gefühl, in: Joachim Ritter (Hg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie. Bd. 3, Basel 1974, Sp. 82–89.

Vgl. aus der kultur- und literaturwissenschaftlichen Forschung Nikolaus Wegmann, Diskurse der Empfindsamkeit. Zur Geschichte eines Gefühls in der Literatur des 18. Jahrhunderts, Stuttgart 1988; Rüdiger Campe, Affekt und Ausdruck. Zur Umwandlung der literarischen Rede im 17. und 18. Jahrhundert, Tübingen 1990; Albrecht Koschorke, Körperströme und Schriftverkehr. Mediologie des 18. Jahrhunderts, München 1999; Claudia Benthien, Anne Fleig u. Ingrid Kasten (Hg.), Emotionalität. Zur Geschichte der Gefühle, Köln u. a. 2000; Caroline Torra-Mattenklotz, Metaphorologie der Rührung. Ästhetische Theorie und Mechanik im 18. Jahrhundert, München 2002; Joseph Vogl, Kalkül und Leidenschaft. Poetik des ökonomischen Menschen, Zürich/Berlin 2002; Ernst Stöckmann, Anthropologische Ästhetik. Philosophie, Psychologie und ästhetische Theorie der Emotionen im Diskurs der Aufklärung, Tübingen 2009; Cornelia Zumbusch, Die Immunität der Klassik, Berlin 2011, S. 21–109; Johannes F. Lehmann, Im Abgrund der Wut. Zur Kultur- und Literaturgeschichte des Zorns, Freiburg i. Br. 2012; Davide Giuriato, Zärtliche Liebe und Affektpolitik im Zeitalter der Empfindsamkeit, in: Martin von Koppenfels u. Cornelia Zumbusch (Hg.), Handbuch Literatur & Emotionen, Berlin/Boston 2016, S. 329–342.

39 Vgl. Scheer, Gefühl, S. 630.

40 Das Konzept des inneren Sinnes geht auf Lockes *Essay concerning human understanding* zurück und wird zuerst in der britischen Moral-sense-Philosophie profiliert (vgl. Franke, Ein Komplement der Vernunft, S. 132–139). Es findet sich aber auch in der rationalistischen Ästhetik, nämlich in Baumgartens *Metaphysica*, §535: „SENSUS repraesentat vel statum anima meae, INTERNUS, vel statum corporis mei, EXTERNUS.“ (Alexander G.

selbst fühlt. „Nicht den Gegenstand empfindet man, sondern sich selbst“⁴¹, ist etwa bei Sulzer zu lesen. Indem Gefühl immer auch Selbstgefühl ist, wird die Referenz auf die Außenwelt permanent an das Selbstverhältnis des Subjekts zurückgekoppelt.⁴² Das ‚Erkennen‘ des Gefühls kann sich dementsprechend nicht auf Wahrheit im logischen oder naturwissenschaftlichen Sinn beziehen. Es wird vielmehr als ein *Urteilsvermögen* für diejenigen Bereiche konzeptualisiert, die sich rationaler Erkenntnis ganz oder teilweise entziehen, und das sind im 18. Jahrhundert vor allem Ästhetik und Moral. Das Gefühl ist, schreibt Gellert, ein „richterisches Vermögen“⁴³. Normativer Bezugspunkt des ästhetischen und moralischen Urteilens ist aber kein externes objektives Regelwerk mehr, sondern das Selbstgefühl des Subjekts, genauer und in Kants Worten „die Fähigkeit, Lust oder Unlust bei einer Vorstellung zu haben“⁴⁴. Die Lust zeigt das Verhältnis eines Gegenstands – sei es ein ästhetisches Objekt, die Natur oder eine menschliche Handlung – zu ästhetischen oder ethischen Normen an. Die entscheidende Aufwertung der Sinnlichkeit, die im 18. Jahrhundert vollzogen wird, besteht also darin, Lust und Unlust nicht mehr als affektive Widerfahrnisse, sondern als eine aktive und reflexive Leistung des Subjekts zu verstehen, die es zu Urteilen befähigt.⁴⁵

Baumgarten, Texte zur Grundlegung der Ästhetik, übers. u. hg. v. Hans Rudolf Schweizer, Hamburg 1983, S. 16)

- 41 Johann Georg Sulzer, Anmerkungen über den verschiedenen Zustand, worinn sich die Seele bey Ausübung ihrer Hauptvermögen, nämlich des Vermögens sich etwas vorzustellen und des Vermögens zu empfinden, befindet [1763], in: ders., Vermischte philosophische Schriften aus den Jahrbüchern der Akademie der Wissenschaften zu Berlin gesammelt. Bd. 1, Leipzig 1773, S. 225–243, S. 229. Das Kriterium der Selbstbezüglichkeit bzw. Subjektivität wird oft auch dem Terminus ‚Empfindung‘ zugeordnet, wie hier bei Sulzer zitiert. Die vorliegende Studie folgt terminologisch der Differenzierung, die Tetens und später Kant zwischen ‚Empfindung‘ als gegenstandsbezoglicher Sinneswahrnehmung (*sensation*) und ‚Gefühl‘ (*sentiment*) im beschriebenen Sinne vornehmen. Vgl. Johann Nicolas Tetens, Philosophische Versuche über die menschliche Natur und ihre Entwicklung. Bd. 1, Leipzig 1777, S. 167–168 u. Immanuel Kant, Kritik der Urteilskraft, hg. v. Heiner F. Klemme, Hamburg 2009, S. 48 u. S. 51 (AA 206 u. 208).
- 42 Vgl. Johannes F. Lehmann, Selbstgefühl und Selbstzerstörung im Sturm und Drang und bei Schillers Verbrechern, in: Der Deutschunterricht 61/3 (2009), S. 39–51, S. 44. Vgl. auch Lothar Pikulik, Die Mündigkeit des Herzens. Über die Empfindsamkeit als Emanzipations- und Autonomiebewegung, in: Aufklärung 13 (2001), S. 9–32 u. zum Selbstgefühl aus philosophischer Perspektive Manfred Frank, Selbstgefühl. Eine historisch-systematische Erkundung, Frankfurt a. M. 2002.
- 43 Christian Fürchtegott Gellert, Moralische Vorlesungen [1770], in: ders., Gesammelte Schriften. Kritische, kommentierte Ausgabe. Bd. VI, hg. v. Sybille Späth, Berlin/New York 1992, S. 1–286, S. 28.
- 44 Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, S. 15 (AA 211).
- 45 Vgl. Scheer, Gefühl, S. 633.

Dieser Konnex von Urteil und Selbstgefühl zeigt, dass das Gefühl nicht ‚irrational‘, sondern – ganz ähnlich wie der heutige Emotionsbegriff – mit der Vernunft verknüpft ist, d. h. je nach Theoriesetting in einem komplementären und/oder grundierenden Verhältnis zur Vernunft steht. Das Gefühl ist insofern subjektiv, aber nicht willkürlich, denn sein Bezugspunkt sind *geteilte* Normen – sowohl in der Ästhetik als auch in der Moral. Insofern hat das Gefühl über die Normen, auf die es sich bezieht, immer schon einen sozialen Rahmen.⁴⁶ Das gilt insbesondere für den moralisch-praktischen Bereich, denn das Gefühl hat auch die über subjektive Erkenntnis hinausgehende Funktion der Handlungsmotivation: Es übersetzt Normen in praktisches Handeln und leistet so die soziale Verortung und die normative Orientierung des Subjekts.

Das Gefühl ist also trotz seiner unhintergehbaren Subjektivität und Individualität keine Privatangelegenheit. Es wird im 18. Jahrhundert hinsichtlich der Normen und Werte des gesellschaftlichen Zusammenlebens virulent, die nicht mehr oder zumindest nicht mehr ausschließlich transzendent abgeleitet werden können und für deren Begründung auch vor dem Hintergrund des Umbaus von der ständisch-korporativen zur bürgerlich-individualistischen Gesellschaftsordnung neue diskursive Strategien entwickelt werden müssen.⁴⁷ Voraussetzung dieser Inanspruchnahme des Gefühlsvermögens für die Herstellung und Erhaltung sozialer respektive rechtlich-staatlicher Ordnung ist allerdings ein Formierungs- und Disziplinierungsprozess, der konsequenterweise am ethischen Selbstverhältnis des Subjekts, d. h. in der Logik des 18. Jahrhunderts am Selbstgefühl, ansetzen muss.⁴⁸ Dieses wird zum Gegenstand einer anhaltenden erzieherischen Besorgnis und zum Ziel von Bildungsprozessen,

- 46 Für die Moral ergibt sich das von selbst, weil sie sich auf das Zusammenleben bezieht. Für die Ästhetik ist in diesem Punkt noch einmal auf Kant zu verweisen, der in der *Kritik der Urteilskraft* das ästhetische Urteil ja gerade über seine *Verallgemeinerbarkeit* bestimmt. Vgl. Kant, Kritik der Urteilskraft, S. 94–99 (AA 236–240).
- 47 Vgl. Baum, Selbstgefühl und reflektierte Neigung, S. 18. Das Gefühl ist eine Antwort auf diese grundsätzliche Problemstellung und insofern nicht ständespezifisch. Es geht also nicht um einen Rekurs auf die ältere literatursoziologische These von der ‚Bürgerlichkeit‘ der Empfindsamkeit bzw. vom Gefühl als Ausdruck bürgerlicher Emanzipation, wie sie von Gerhard Sauder vertreten und von Lothar Pikulik bekämpft wurde (vgl. Gerhard Sauder, Empfindsamkeit. Bd. 1: Voraussetzungen und Elemente, Stuttgart 1974 u. Lothar Pikulik, Leistungsethik contra Gefühlskult, Göttingen 1984). Ziel ist die diskurshistorische Rekonstruktion eines Konzepts, das moderne Formen der Subjektivierung und des emotionalen Erlebens zuallererst ermöglicht. Vgl. Lehmann, Selbstgefühl und Selbstzerstörung im Sturm und Drang und bei Schillers Verbrechern, S. 43–44.
- 48 Vgl. Wegmann, Diskurse der Empfindsamkeit, S. 88–89 u. Giuriato, Zärtliche Liebe und Affektpolitik im Zeitalter der Empfindsamkeit.

die in unterschiedlichem Grade institutionell gerahmt werden.⁴⁹ Die Verantwortung für die Genese, Erkenntnis und praktische Umsetzung von Normen wird dabei sukzessive von der Religion und dem ‚väterlichen‘ Wohlfahrtsstaat in den Verantwortungsbereich des Subjekts und seines Gefühls verschoben.

Hartmut Böhme zufolge hat der „Prozeß der Verbürgerlichung der Gesellschaft zwei Fronten: die Durchsetzung der Rechtsförmigkeit sozialer und staatlicher Handlungen einerseits, und die Zivilisierung, d. h. die moralische Stilisierung andererseits“⁵⁰. Allerdings lässt sich schon für das frühe 18. Jahrhundert zeigen, dass moralische Stilisierung und Verrechtlichung im 18. Jahrhundert eng verknüpft sind, dass es sich also weniger um zwei Fronten, als um zwei Perspektiven auf ein und dieselbe Front handelt. Zu einer tugendhaften Gefühlsdisposition zählt immer schon ein positives affektives Verhältnis zur politisch-rechtlichen Ordnung. Dieser Aspekt wird spätestens mit dem Rechtsgefühl explizit, das den privaten Bereich endgültig überschreitet, insofern es sich auf rechtliche Normen richtet, also nicht nur einen gesellschaftlichen, sondern auch einen staatlichen Rahmen hat. Dass das Rechtsgefühl am Ende des 18. Jahrhunderts auch terminologisch greifbar wird, rechtliche und moralisch-ästhetische Subjektconstitution also zusammengeführt werden, ist dann nur konsequent: Im bürgerlichen Gesellschaftsmodell kommt es darauf an, dass Individuen in ihrem Handlungsspielraum autonom agieren, d. h. ihr Handeln ohne Rekurs auf eine transzendente Instanz oder einen paternalistischen Staat einrichten und entsprechend auf die Vermögen des autonomen Subjekts zurückverwiesen sind: Vernunft und Gefühl. Mit dem Rechtsgefühl ist eine Selbstregierung des Subjekts indiziert, die insbesondere dann einsetzt, wenn es nicht nur um moralische Fragen, sondern um das Zusammenleben im Staat geht, ein Zusammenleben, das maßgeblich durch Rechtsnormen gestaltet und reguliert wird.

Rechtsgefühl und Subjektivierung – mit Foucault über Foucault hinaus

Es geht also um das Rechtsgefühl als Figur juridisch-ästhetischer Subjektivierung im Sinne einer Koformierung von Subjekt und Recht. Den theoretischen Reflexionsrahmen dessen bildet Foucaults Konzept der Gouvernamentalität.⁵¹ Dieses bezeichnet das für die neuzeitliche Organisation der

49 Vgl. z. B. Joachim Heinrich Campe, Ueber Empfindsamkeit und Empfindelheit in pädagogischer Hinsicht, Hamburg 1779.

50 Hartmut Böhme, Gefühl, in: Christoph Wulf (Hg.), Vom Menschen. Handbuch Historische Anthropologie, Weinheim/Basel 1997, S. 525–548, S. 535

51 Vorarbeiten zu dieser Auseinandersetzung mit Foucault sind in den folgenden Beiträgen eingegangen: Florian Schmidt, Der Sieg des Rechtsgefühls. Subjektivierung und Selbstgenuss

Machtbeziehungen charakteristische Geflecht von Wissen, Macht und Subjektivität, das sich insbesondere dadurch auszeichnet, dass der Staat den Fluchtpunkt der Machtbeziehungen bildet.⁵² Die zentrale Machttechnologie im Zeitalter der Gouvernamentalität ist die ‚Regierung‘, die sich Foucault zufolge aus der ursprünglich kirchlichen Pastoralmacht entwickelt und nach und nach die ganze Gesellschaft durchdrungen hat. Als ‚Regieren‘ bezeichnet Foucault eine Form der Machtausübung, die von bloßem Zwang oder gar Gewalt unterschieden ist. A priori des Regierens und der Macht ist vielmehr die Freiheit der Regierten: Regieren heißt nach Foucault, „das mögliche Handlungsfeld anderer zu strukturieren“⁵³. Die Subjekte der Regierung werden aber nicht bloß als Befehlsempfänger begriffen, sondern als Akteure, die sich in ihrem Handeln selbst regieren: „Der ‚Andere‘ (auf den Macht ausgeübt wird) muss durchgängig und bis ans Ende als handelndes Subjekt anerkannt werden.“⁵⁴ Gerade die Anerkennung der Freiheit der Regierten hat dann aber den totalisierenden Effekt, dass das Regieren dem Subjekt nicht äußerlich bleibt, sondern es so durchdringt, dass es die Regierung, die Steuerung und Führung des Handelns, letztlich selbst vollzieht. Aus dieser abstrakten Bestimmung der Regierung wird auch deutlich, dass sich die Regierungspraktiken nicht im Alltagssprachlichen Sinne auf den Staat beschränken, sondern es vielmehr um ein Ensemble von strukturanalogen und miteinander verwobenen Regierungen gehen muss, dessen Bandbreite von der moralischen Selbstführung über die Führung der Familie bis zu der des Staates reicht.⁵⁵

Foucaults Einsicht in die Relationalität von Machtbeziehungen und die Verwobenheit von Selbst- und Fremddregierung lässt das Subjekt als immer schon regiertes und regierendes erscheinen. Dieses rückt insbesondere im Foucault’schen Spätwerk in den Fokus der Analyse, genauer gesagt sein ethisches Selbstverhältnis, das eine Selbstregierung überhaupt erst ermöglicht.⁵⁶

bei Foucault, Rousseau, Kleist und in der Juryliteratur, in: Sigrid G. Köhler u. a., Recht fühlen, Paderborn 2017, S. 43–62.

52 Vgl. zum Gouvernamentalitätsbegriff Michel Foucault, Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. Geschichte der Gouvernamentalität I. Vorlesung am Collège de France (1977/78), Frankfurt a. M. 2006, S. 162–165. Vgl. aus der Forschung die grundlegende Studie: Thomas Lemke, Eine Kritik der politischen Vernunft. Foucaults Analyse der modernen Gouvernamentalität, Berlin/Hamburg 1997.

53 Michel Foucault, Subjekt und Macht [1982], in: ders., Dits et Ecrits. Bd. 4 (1980–1988), hg. v. Daniel Defert u. François Ewald, Frankfurt a. M. 2005, S. 269–294, S. 287.

54 Ebd., S. 285.

55 Vgl. Foucault, Sicherheit, Territorium, Bevölkerung, S. 142.

56 Vgl. zur Kontinuität der machttheoretischen Problemstellung und gegen einen vermeintlichen Bruch im Foucault’schen Projekt Lemke, Eine Kritik der politischen Vernunft, S. 257–273.

Foucault zeigt sich überzeugt, „daß der Analyse der Gouvernamentalität – d. h. der Analyse der Macht als Ensemble reversibler Beziehungen – eine Ethik zugrunde liegen muß, die durch die Beziehung seiner selbst zu sich definiert ist.“⁵⁷ Entsprechend verschiebt sich Foucaults Interesse von Disziplinierungs- und Geständnispraktiken zu ‚Technologien des Selbst‘, die stärker von der Autonomie des Subjekts her gedacht sind. Leitend ist die Konzeption der Subjektformierung als eine vom Subjekt selbst vollzogene kontinuierliche Arbeit an sich in Bezug auf einen bestimmten normativen Rahmen.⁵⁸ Die Faktoren der ethischen Subjektkonstitution sind sowohl hinsichtlich der Inhalte und Zielsetzungen des normativen Rahmens als auch hinsichtlich der konkreten Praktiken der Formierung und Regierung des Selbst historisch veränderlich, und schließlich stellt Foucault auch die Frage nach der „détermination de la substance éthique“, d. h. die Frage, was die ‚Materie‘ der ethischen Normen und Praktiken ist, auf welchen Teil des Selbst und auf welche sozialen Zusammenhänge sie sich beziehen.⁵⁹ Foucault hat sich in den Schriften und Vorlesungen der 1980er-Jahre auf die Geschichte der Sexualität und des Wahrsprechens in der griechischen und römischen Antike konzentriert. Die von Foucault behauptete Relevanz des ethischen Subjekts im gouvernementalen Zeitalter führt so zunächst einmal zu einer historischen Diskrepanz. Schließlich arbeitet Foucault die Gouvernamentalität als Phänomen der Neuzeit heraus, das sich erst im 18. Jahrhundert durchsetzt. Das wirft die Frage auf, was im historischen Kontext der Gouvernentalisierung als „substance éthique“ in den Blick zu nehmen wäre, d. h. auf welchem Feld sich die ethische Formierung des gouvernementalisierten Subjekts vollzieht.

Zumindest für das 18. Jahrhundert lässt sich als Antwort formulieren: auf dem Feld des Gefühls. Schließlich besetzt das Gefühl im 18. Jahrhundert, wie oben gezeigt, genau den Ort, den Foucaults Analyse der ethischen Subjektivität in den Blick nimmt, nämlich das Relais zwischen sozialen Normen und dem Selbstverhältnis des Subjekts. Die ‚Bildung‘ des Gefühls folgt im 18. Jahrhundert, so die These, der Struktur der ethischen Formierung des Subjekts

57 Michel Foucault, *Hermeneutik des Subjekts. Vorlesungen am Collège de France (1981/82)*, Frankfurt a. M. 2009, S. 314.

58 Vgl. zur ethischen Subjektivität bei Foucault Luther H. Martin, Huck Gutman u. Patrick H. Hutton (Hg.), *Technologien des Selbst*, Frankfurt a. M. 1993; Lemke, *Eine Kritik der politischen Vernunft*, S. 257–294; Christoph Menke, *Zweierlei Übung. Zum Verhältnis von sozialer Disziplinierung und ästhetischer Existenz*, in: Axel Honneth u. Martin Saar (Hg.), *Michel Foucault. Zwischenbilanz einer Rezeption. Frankfurter Foucault-Konferenz 2001*, Frankfurt a. M. 2003, S. 283–299.

59 Vgl. zum Konzept der ethischen Subjektivität programmatisch die Einleitung in Michel Foucault, *Histoire de la sexualité II. L'usage des plaisirs*, Paris 1984, S. 9–45, Zitat S. 37.

zwischen Selbstpraktiken, Machttechnologien und normativen Rahmenbedingungen.⁶⁰ Die Einübung des richtigen (und des rechten) Fühlens wird einerseits institutionell gerahmt, d. h. sie findet in institutionalisierten Kontexten von der Familie bzw. dem ‚Haus‘ über die Lesegesellschaft bis zu Erziehungseinrichtungen aller Art statt, und sie ist nicht zuletzt ein zentraler Gegenstand staatlicher Sorge. Andererseits ist die Bildung des Gefühls aber auch irreduzibel individuell, insofern die letzte Rechenschaft über das Fühlen nur von der fühlenden Person selbst abgelegt werden kann. Denn trotz der im 18. Jahrhundert entstehenden Semiotik des Gefühls bleiben dessen äußere Anzeichen, das Erröten, Erblassen und natürlich die Tränen, in ihrer Eigenschaft als *Zeichen* stets verdächtig zu trügen. Für das tatsächliche Gelingen der Bildung des Gefühls, d. h. für seine Authentizität, hat das Subjekt daher in letzter Instanz selbst Sorge zu tragen – und erweist sich so wiederum in diskursive Machteffekte verstrickt, ist doch die Authentizität des Fühlens ihrerseits eine Regulierungsform des Emotionalen, die im 18. Jahrhundert erst diskursiv hervorgebracht wird.⁶¹

Und das Recht? Zuweilen scheint es von Foucault aus den modernen Machttechnologien geradezu verabschiedet zu werden, wenn er etwa vom „Rückzug des Gesetzes“⁶² spricht oder die Relevanz der ethischen Subjektivität für die Gouvernamentalität gerade gegen das „juristisch konzipierte Rechtssubjekt“⁶³ herausstellt. Sicherlich steht das Recht nicht im Zentrum von Foucaults Interesse, auch wenn er dem (Straf-)Recht immerhin zwei Vorlesungsreihen

60 Vgl. zu Rekonstruktionen der ethischen Subjektivität im 18. Jahrhundert aus literaturwissenschaftlicher Perspektive Ulrich Kinzel, *Ethische Projekte. Literatur und Selbstgestaltung im Kontext des Regierungsdenkens*. Humboldt, Goethe, Stifter, Raabe, Frankfurt a. M. 2000; Jörg Dünne, *Asketisches Schreiben. Rousseau und Flaubert als Paradigmen literarischer Selbstpraxis in der Moderne*, Tübingen 2003; Giuriato, *Zärtliche Liebe und Affektpolitik im Zeitalter der Empfindsamkeit*; Bastian Ronge, *Das Adam-Smith-Projekt. Zur Genealogie der liberalen Gouvernamentalität*, S. 218–236. Vgl. aus der Perspektive der sozialkonstruktivistischen Emotionsforschung (allerdings nicht mit Blick auf das 18. Jahrhundert) Lila Abu-Lughod u. Catherine A. Lutz, *Introduction: emotion, discourse, and the politics of everyday life*, in: dies. (Hg.), *Language and the politics of emotion*, Cambridge u. a. 1990, S. 1–23.

61 Vgl. z. B. Christian Moser, *Prüfungen der Unschuld: Zeuge und Zeugnis bei Kleist und Rousseau*, in: Tim Mehigan (Hg.), *Heinrich von Kleist und die Aufklärung*, o. O., 2000, S. 92–112. Vgl. aus der aktuellen Authentizitätsdebatte z. B. Susanne Knaller, *Genealogie des ästhetischen Authentizitätsbegriffs*, in: dies. u. Harro Müller, *Authentizität. Diskussion eines ästhetischen Begriffs*, München 2006, S. 17–35 u. Julia Straub (Hg.), *Paradoxes of Authenticity. Studies on a Critical Concept*, Bielefeld 2012.

62 Foucault, *Sicherheit, Territorium, Bevölkerung*, S. 150.

63 Foucault, *Hermeneutik des Subjekts*, S. 314.

gewidmet hat.⁶⁴ In der Rezeption ist deshalb zunächst die sogenannte „expulsion thesis“ vertreten worden,⁶⁵ die aber inzwischen zunehmend kritisch gesehen wird, so dass Foucault in neueren Ansätzen auch für die Perspektivierung von Rechtsthemen produktiv gemacht werden kann.⁶⁶ Victor Tadros hat darauf hingewiesen, dass das Recht nicht mit der von Foucault als vor-modern bezeichneten ‚juridischen‘ Machtform identifiziert werden dürfe, die über einen Mechanismus von souveränem Befehl und Gehorsam der Untertanen funktioniert.⁶⁷ Das ‚Juridische‘ ist in dieser Reinform ohnehin ein theoretisches Konstrukt, denn historisch gesehen werden die frühneuzeitlichen Souveränitätstheorien, aus denen Foucault dieses Modell extrahiert, in der Praxis und zum Teil auch innerhalb dieser Theorien selbst immer von einem Regierungsdispositiv begleitet, das keineswegs nur auf Zwang und Gehorsam abstellt, nämlich der ‚Guten Policey‘.⁶⁸ Es kann sich bei der von Foucault in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts verorteten Durchsetzung der modernen Gouvernamentalität deshalb nicht um einen Umbruch, sondern eher um eine Verschiebung im Verhältnis zwischen der imperativisch gedachten Souveränität und den Regierungspraktiken handeln, die Foucault zufolge eng miteinander verknüpft sind.⁶⁹ Damit wird aber nicht das Recht an sich irrelevant.⁷⁰

64 Vgl. Michel Foucault, Die Wahrheit und die juristischen Formen [1973], Frankfurt a. M. 2003 u. ders., Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice. Cours de Louvain 1981, hg. v. Fabienne Brion u. Bernard E. Harcourt, Louvain/Chicago 2012.

65 Vgl. Alan Hunt u. Gary Wickham, Foucault and Law. Towards a Sociology of Law as Governance, London 1994.

66 Vgl. für einen Forschungsüberblick Ben Golder u. Peter Fitzpatrick, Foucault's Law, New York 2009, S. 11–52. Golder und Fitzpatrick treten für eine produktive Lesart der Foucault'schen Einlassungen zu Rechtsthemen ein. Vgl. für eine Fortsetzung der Debatte im englischsprachigen Kontext die Beiträge in Ben Golder (Hg.), Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights, New York 2013.

67 Vgl. Victor Tadros, Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault, in: Oxford Journal of Legal Studies 18 (1998), S. 75–103.

68 Vgl. dazu Thomas Simon, ‚Gute Policey‘. Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit, Frankfurt a. M. 2004, sowie Kapitel 2.2 in dieser Studie.

69 Vgl. Foucault, Sicherheit, Territorium, Bevölkerung, S. 160–161.

70 So ist allerdings in den auf Foucault aufbauenden kulturwissenschaftlichen Beiträgen zur (Post-)Souveränität immer wieder zu lesen, vgl. z. B. Vogl, Kalkül und Leidenschaft oder ders., Der Souveränitätseffekt, Zürich/Berlin 2015. Vgl. auch Friedrich Balke, Die ‚Zirkulation des Staates‘. Adam Müller und die Medien der politischen Steuerung um 1800, in: Torsten Hahn, Erich Kleinschmidt u. Nicolas Pethes (Hg.), Kontingenz und Steuerung. Literatur als Gesellschaftsexperiment 1750–1830, Würzburg 2004, S. 123–146 u. ders., Figuren der Souveränität, München 2009. Die vorliegende Arbeit stellt diese wichtigen Forschungsbeiträge keineswegs grundsätzlich in Frage, versucht aber, die Funktion des Rechts zwischen Souveränitätsparadigma und der Regierung der ‚Bevölkerung‘ differenzierter zu beschreiben.

Foucault selbst deutet den Gedanken an: Moderner Regierung ist es zwar nicht darum zu tun, „den Menschen ein Gesetz *aufzuerlegen*“. Damit wird das Recht aber nicht obsolet, sondern es werden „Gesetze als *Taktiken*“ eingesetzt, d. h. in den Dienst der subtilen Steuerungstechnologien der Regierung gestellt.⁷¹ Dem Recht kommt so gesehen eine Vermittlungsfunktion zwischen Souveränität und Regierung zu. Es wird zusammen mit den anderen Machttechnologien *gouvernementalisiert* und hat deshalb auch Anteil an der Subjektkonstitution. So auch Victor Tadros: „The modern regulatory aspect of law, then, ought not to be understood merely as ‚power-conferring‘ but should be seen as intervening in the social construction and government of the modern subject.“⁷² Gouvernentalisierung impliziert dann neben der Koformierung von Subjekt und Staat auch eine Koformierung von Subjekt und Recht.⁷³

Das heißt dann aber auch, dass das Recht in einem umfassenderen Sinne in den Blick genommen werden muss, als Foucault selbst es zumeist tut. Schließlich sind die Praktiken des Rechts bei Weitem nicht auf die Gesetze bzw. deren gerichtliche Durchsetzung beschränkt, auch wenn damit selbstverständlich für das moderne Recht zentrale Bereiche benannt sind. Gerade weil es Foucault in seiner Geschichte der Gouvernentalität um die Genealogie der Machtformen geht, die liberale bzw. neoliberale Regime durchziehen, ist das Subjekt nicht nur als den Gesetzen unterworfen, sondern zugleich auch als mit subjektiven Rechten versehener sozialer Akteur zu perspektivieren, genauer gesagt: als Rechtssubjekt, dem sowohl Willensfreiheit zugeschrieben wird als auch die Freiheit, im Rahmen des Rechts seine Interessen zu verfolgen.⁷⁴ Der von Foucault behauptete Primat des Ökonomischen impliziert, dass *gouvernemental* regierte Subjekte immer auch als kontraktierende, d. h. *privatrechtlich* agierende Rechtssubjekte zu verstehen sind.⁷⁵ Der taktische oder strategische Einsatz von Gesetzen, von dem Foucault spricht, erweist sich so

71 Foucault, Sicherheit, Territorium, Bevölkerung, S. 150 [Herv. FS].

72 Tadros, Between Governance and Discipline, S. 93.

73 Vgl. zur Koformierung von Subjekt und Staat noch einmal Lemke, Neoliberalismus, Staat und Selbsttechnologien.

74 Foucault selbst unterscheidet allerdings zwischen dem Rechtssubjekt (dem Subjekt des Vertrags) und dem Interessenssubjekt, das im Unterschied zu Rechtssubjekt auf nichts verzichtet, d. h. radikal egoistisch agiert (vgl. Michel Foucault, Die Geburt der Biopolitik. Geschichte der Gouvernentalität II. Vorlesung am Collège de France 1978–1979, hg. v. Michel Sennelart, Frankfurt a. M. 2006, S. 371–379). Vgl. dazu Christoph Menke, Kritik der Rechte, Berlin 2015, S. 259–265.

75 Vgl. Sigrid G. Köhler, Der Vertrag als ‚Technik‘, ‚Gefühl‘ und ‚Idee‘. Kontraktualismus und postsouveräne Regierungskunst bei Michel Foucault, Heinrich von Kleist und Adam Müller, in: Arne De Winde, Sientje Maes u. Bart Philipsen (Hg.), StaatsSachen/Matters of State. Fiktionen der Gemeinschaft im langen 19. Jahrhundert, Heidelberg 2014, S. 325–341.

gesehen als Steuerungstechnologie, die auf das autonome Agieren der Subjekte in der privatrechtlichen Praxis einzuwirken versucht. Voraussetzung für die Regierbarkeit des Subjekts ist in der bürgerlichen Gesellschaft also seine *rechtliche* Freisetzung und Ermächtigung.⁷⁶ Deshalb ist, wie Sonja Buckel zusammenfassend schreibt, die

Rechtssubjektivität ganz wesentlich beteiligt an der Konstruktion des modernen Subjekts, welches als solches regiert wird. Sämtliche Vorstellungen vom ‚autonomen‘, mit ‚Willen‘ begabten, rationalen Akteur, der oder die auch gerade wegen seiner oder ihrer Autonomie sowohl Verträge abschließen als auch schuldig gesprochen werden kann, werden in keiner anderen Praxis so sehr vorausgesetzt und täglich neu reproduziert wie im Recht.⁷⁷

Eine zentrale Frage bleibt damit aber immer noch offen, nämlich die nach dem Verhältnis der Rechtssubjektivität zur *ethischen* Subjektivität, die Foucault ja, wie oben zitiert, als Signum des gouvernementalen Subjekts ausweist, dabei aber der Rechtssubjektivität gerade gegenüberstellt. In der Tat lassen sich rechtliche und ethische Subjektkonzeption auf den ersten Blick schwer vereinbaren, ist doch das Rechtssubjekt ein hochgradig abstraktes Konzept, das, um rechtliche Freiheit zu etablieren, auch Gleichheit herstellen und so von individuellen Eigenheiten bzw. von Differenzen gerade absehen muss. Hinzu kommt die Trennung von Recht und Moral, die sich zwischen Kant und Savigny durchsetzt und in deren Folge rechtliche Subjektivität sich gerade dadurch auszeichnet, dass dem Subjekt sein rechtlicher Handlungsspielraum zur Verfolgung seiner Interessen *unabhängig* von moralischen Erwägungen gewährt wird.⁷⁸ Es wäre aber zu kurz gegriffen, deshalb ein ethisches Selbstverhältnis für die Regierung des Rechtssubjekts für entbehrlich zu halten, insbesondere im historischen Kontext des ausgehenden 18. Jahrhunderts, in dem sich die Ablösung der altständischen Gesellschaft durch die bürgerliche Gesellschaft erst zu vollziehen beginnt. Gerade die Rede vom Rechtsgefühl zeigt, so die These, eine diskursive Arbeit an der Komplementierung der Freiheit und Gleichheit

⁷⁶ Vgl. Menke, Kritik der Rechte, S. 243–247.

⁷⁷ Sonja Buckel, Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts, Weilerswist 2007, S. 204.

⁷⁸ Vgl. Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, S. 28–33 (AA 218–221 u. 239–241, d. i. das Kapitel „Von der Einteilung der Metaphysik der Sitten“) und Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 1, Berlin 1840, S. 330–333 (d. i. § 52: „Wesen der Rechtsverhältnisse“).

der bürgerlichen Rechtssubjektivität durch einen ethischen Selbstbezug, in dem sich die Regierung des Rechtssubjekts vollendet.

Dass sich dieses Selbstverhältnis über ein *Gefühl* herstellen soll, ist angesichts des oben zum Gefühl als Vermögen der Selbstreferenz Gesagten nur konsequent. Das Rechtsgefühl ermöglicht es dem Subjekt, die ihm abstrakt zugeschriebene Rechtssubjektivität als *seine eigene* zu fühlen, also *sich selbst* in der Position des Rechtssubjekts zu fühlen. Es ist so gesehen ein Gefühl für die eigene rechtliche Freiheit und Gleichheit, aber auch für deren Rahmung durch die Rechtsordnung. Die ethische Reichweite des Rechtsgefühls ist dabei in seiner Formierungsphase um 1800 nicht festgelegt, als Minimum lässt sich aber formulieren: Das Rechtsgefühl macht, als Selbstgefühl der Freien und Gleichen, den normativen Rahmen individuellen rechtlichen Handelns erkennbar und motiviert zu seiner Einhaltung. Zwar liegt die Stabilität der Rechtsordnung letztlich auch im eigenen ökonomischen Interesse, dieses wird dabei aber doch ethisch überschritten. Schließlich lässt sich die Funktion des Rechts, friedliches Zusammenleben zu sichern, nicht auf die Regulierung des Ökonomischen reduzieren. Und auch wenn das privatrechtliche Agieren in der kapitalistischen Ordnung der bürgerlichen Gesellschaft formal nur noch rechtlich, nicht aber moralisch begrenzt wird, so lässt sich doch gerade in der Formierungsphase dieser Ordnung die Relevanz eines staatsbürgerlichen Ethos, das die Grundwerte des Rechts – Freiheit, Gleichheit, Verbindlichkeit – affirmiert, nicht bestreiten. Für eine solche sittliche Haltung steht das Rechtsgefühl. Diese ‚Remoralisierung‘ des Rechtssubjekts ist dabei aber kein Archaismus, sondern Bestandteil einer explizit modernen Regierungskunst: Das Rechtsgefühl zeigt sich im Kontext des 18. Jahrhunderts als geradezu paradigmatische Ethik im Kontext der gouvernementalen Regierung durch das Recht. Denn sofern ein ethischer Selbstbezug integraler Bestandteil des Regierungsbegriffs ist, reicht eine zweckrationale Konzeptualisierung des Rechtssubjekts nicht aus, um eine regierungstechnische Funktion des Rechts plausibel zu machen. Erst im Rechtsgefühl stellt sich das ethische Selbstverhältnis her, weil es für ein solches in der Logik des 18. Jahrhunderts immer des Gefühls bedarf, und erst das Rechtsgefühl sichert die totalisierende Expansion des Rechts als Regierungstechnologie bis ins Innerste, oder, in der Metaphorik des 18. Jahrhunderts, bis ins Herz des Subjekts. Wenn Regieren in letzter Konsequenz bedeutet, dass die Subjekte die Regierung selbst vollziehen, dann vollendet das Rechtsgefühl die gouvernementale Taktik des Rechts. Es verschleiert dabei nicht nur den Zwangscharakter von Rechtsnormen, sondern auch die seiner ‚Bildung‘ zugrundeliegenden Erziehungs- und Regulierungsdispositive. Das Rechtsgefühl erweist sich so gesehen als Figur einer bürgerlichen Ideologie.

Das aber ist selbstverständlich eine Folgerung, die nur ex post gezogen werden kann, d. h. von einem historischen Standpunkt aus, an dem sich die Rechts- und Subjektformen bürgerlicher Ordnung längst verfestigt haben (bzw. bereits in Auflösung befindlich sind). Aus der zeitgenössischen Perspektive des 18. und frühen 19. Jahrhunderts ist das Rechtsgefühl dagegen, oder besser: trotzdem auch eine eminent *politische* Figur. Schließlich ist in weiten Teilen des deutschsprachigen Kontextes ein bürgerliches Recht der Freiheit und Gleichheit eben noch nicht realisiert. Es existiert nur als politische Forderung und als ästhetisches Versprechen. Wenn Figuren Recht in der beschriebenen Weise fühlen, d. h. sich als Freie und Gleiche fühlen, dann liegt darin zunächst einmal ein Moment der Transgression der ständischen Ordnung. Selbst wenn es in vielen Kontexten gar nicht unmittelbar um politische Teilhabe oder die Veränderung von politischen Strukturen geht, sind diese mit dem Rechtsgefühl impliziert. Schließlich steht, wie oben ausgeführt, mit staatsbürgerlichem Fühlen immer auch die Frage nach der Souveränität auf dem Spiel. Bürgerliche Freiheit im Sinne einer privatrechtlichen Freisetzung des Subjekts provoziert die Frage nach politischer Freiheit, stellt also das Verhältnis des (Privat-)Rechtssubjekts zum öffentlichen Recht zur Debatte. Tatsächlich reichen die auf das Rechtsgefühl gegründeten rechtspolitischen Forderungen, wie zu zeigen sein wird, bis hin zu demokratischen Prinzipien und Menschenrechten. Dieses Moment der Transgression zeigt, dass es wiederum verkürzt wäre, das Rechtsgefühl auf eine Figur der Unterwerfung zu reduzieren. Es ist zugleich auch eine Figur der Emanzipation und der Ermächtigung.

Auch dann ist die juristisch-ästhetische Subjektivität des Rechtsgefühls aber nicht ‚außerhalb‘ der gouvernementalen Macht zu denken, schließlich gibt es aus der Foucault'schen Perspektive auch gar keinen solchen Ort. Das Rechtsgefühl siedelt vielmehr am Knotenpunkt zwischen den institutionalisierten Machttechniken der staatlichen Regierung, den von ihr installierten rechtlichen Regimen und den ethischen Selbstpraktiken des Subjekts. Es lässt sich deshalb auch nicht auf einen der beiden Pole von Befreiung und Unterwerfung oder von Emanzipation und Totalisierung festlegen. Denn im gleichen Zug, in dem sich das Subjekt des Rechtsgefühls in der historischen Situation um 1800 aus den Zwängen der altständischen Ordnung befreit, unterwirft es sich einer neuen, nämlich der bürgerlichen Ordnung. Das Rechtsgefühl kann kein Recht formen, ohne von diesem Recht wiederum selbst geformt zu werden. Als Subjektivierungsweise ist das Rechtsgefühl deshalb ein Vexierbild: Es gibt keine ethische Selbstpraxis, die nicht normativ geformt wäre, und es gibt keine rechtliche Befreiung ohne eine erneute Unterwerfung unter das Recht. Diese Ambivalenz ist unauflösbar.

Zur Materialbasis und zum Aufbau der Studie

Ziel der Studie ist eine Genealogie des Rechtsgefühls, also seine Rekonstruktion als immer schon in Machtstrukturen verwobene Figur juristisch-ästhetischer Subjektivierung. Im Fokus der Analyse stehen die epistemologische Produktivität und die subjektivitätstheoretischen, normativen und politischen Implikationen des Konzepts.⁷⁹ Dieses genealogische Projekt erfordert auch eine zumindest schlaglichtartige Darstellung der Präfigurationen des Rechtsgefühls seit der Frühen Neuzeit. Der historische Schwerpunkt der Arbeit liegt aber auf der Zeit zwischen etwa 1780 und 1820, für die sich, auch vor dem Hintergrund des gesellschaftlichen Umbruchs und der Revolutionen, eine im Vergleich zum früheren 18. Jahrhundert intensiviertere interdiskursive Arbeit am Rechtsgefühl verzeichnen lässt.

Das hohe Abstraktionsniveau, das mit der Perspektivierung des Rechtsgefühls als Subjektivierungsweise bezeichnet ist, integriert eine heterogene Materialbasis aus juristischen, philosophischen und literarischen Texten. Es handelt sich bei der Rede vom Rechtsgefühl um 1800 nicht um einen einheitlichen, historisch und diskursiv klar umgrenzten Diskussionszusammenhang. Das zeigt allein schon die große rechtssystematische Bandbreite, in der das Rechtsgefühl debattiert wird: Es wird, legt man die heutige Systematik an, sowohl im Privatrecht als auch im öffentlichen Recht (Strafrecht, Verwaltungsrecht, Verfassungsrecht) virulent. Diese Einteilung der Rechtsbereiche beginnt sich an der Wende zum 19. Jahrhundert allerdings erst zu konstituieren, überdies entsteht die Rechtswissenschaft als eine übergreifende, die einzelnen Rechtsgebiete umfassende Disziplin erst im Laufe des 19. Jahrhunderts.⁸⁰ Deshalb

79 Die Arbeit entwickelt also keine an der Emotionsforschung orientierte Methodik. Es geht nicht um ‚Emotion‘ als produktions- oder rezeptionsästhetische Kategorie oder um das Fühlen von konkreten Personen und dessen textueller Vermittlung, sondern um die Rekonstruktion einer *Rede über* das Rechtsgefühl, d. h. sowohl die Emotionalität(en) des Rechtsgefühls als auch die Subjektivität, die es impliziert, werden als Effekte diskursiver Praktiken betrachtet. Vgl. aber zum Forschungsgebiet ‚Literatur und Emotion‘ Martin von Koppenfels u. Cornelia Zumbusch, Einleitung, in: dies. (Hg.), *Handbuch Literatur & Emotionen*, Berlin/Boston 2016, S. 1–36. Vgl. aus der Forschung weiterhin Simone Winko, *Kodierte Gefühle. Zu einer Poetik der Emotionen in lyrischen und poetologischen Texten um 1900*, Berlin 2003; Thomas Anz, *Kulturtechniken der Emotionalisierung. Beobachtungen, Reflexionen und Vorschläge zur literaturwissenschaftlichen Gefühlsforschung*, in: Karl Eibl, Katja Mellmann u. Rüdiger Zymner (Hg.), *Im Rücken der Kulturen*, Paderborn 2007, S. 207–239; Katja Mellmann, *Emotionalisierung – von der Nebenstundenpoesie zum Buch als Freund. Eine emotionspsychologische Analyse der Literatur der Aufklärungsepoche*, Paderborn 2006.

80 Vgl. Jan Schröder, *Privatrecht und öffentliches Recht. Zur Entwicklung der modernen Rechtssystematik in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts*, in: Hermann Lange, Knut

ist ein homogener diskursiver Raum für das Rechtsgefühl in dieser Zeit auch nicht zu erwarten. Die Rede vom Rechtsgefühl ist vielmehr auf verschiedene diskursive Orte verstreut. Entsprechend ist ‚Rechtsgefühl‘ nicht immer gleich ‚Rechtsgefühl‘: Den jeweiligen thematischen Zusammenhängen und Problemstellungen, Textsorten, ästhetischen Formen, diskursiven Regulierungen und ihren Effekten ist immer im besonderen Fall nachzugehen.

Die Materialbasis ist also heterogen, sie ist aber nicht zusammenhanglos. Auf einer mittleren Abstraktionsebene lassen sich vier große Themenfelder benennen, die einander bedingen: Urteil, Bildung, Geschichte und Politik. Die Theorien und Szenarien des Rechtsgefühls lassen sich erstens als eine Analytik des Urteilens lesen, die das Gefühl als produktives Moment stark macht. Um 1800 wird begonnen, juridisches Urteilen nicht mehr ausschließlich nach dem kantischen Modell der bestimmenden, sondern nach dem der reflektierenden Urteilskraft, mithin als ‚ästhetisches‘ Urteilen zu verstehen, d. h. nicht als reinen Subsumtionsprozess, sondern als Auffinden der zum besonderen Fall passenden Regel.⁸¹ Dieses Urteilen wird an eine Ethik des Subjekts gekoppelt, das über das Gefühl Normen erkennt und anerkennt und sich in diesem Gefühl genießt. Voraussetzung dessen ist ‚Bildung‘. Der recht fühlende Staatsbürger wird nicht als solcher geboren, sondern ist das Produkt einer gouvernementalen Menschenformung. Die Bildung des Rechtsgefühls zeigt sich – dezidiert gegen die humanistische Bildungskonzeption gelesen – als eine Implementierung von moralischen und rechtlichen Normen im Dienste der Stabilisierung von ökonomischer und staatlicher Ordnung. Die Bildungskonzepte des 18. und frühen 19. Jahrhunderts sind, drittens, eng mit Geschichtskonzepten verknüpft. Perfektibilität und organische Selbstbildung werden nicht nur auf das Individuum, sondern auch auf Völker, Nationen oder sogar die Menschheit insgesamt bezogen. Gleiches gilt für die Bildungsprozesse des Rechtsgefühls, die sowohl als Individual- als auch als Kollektivgeschichten erzählt werden. Das Rechtsgefühl fungiert dabei als Anfang und Antrieb der Geschichte des Rechts oder auch der ‚Nation‘. Nicht zuletzt betrifft die Bezogenheit von Recht und Gefühl, wie oben gesagt, politische Fragen und Prozesse, wobei die Spannbreite der politischen Haltungen, für die sie Anspruch genommen werden kann, beachtlich ist: Das Rechtsgefühl setzt transgressive Energien frei, die den aufgeklärten Absolutismus bis hin zu demokratischen Konzepten

Wolfgang Nörr, Harm Peter Westermann (Hg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, S. 961–974; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München 1992, S. 51–53; Lars Björne, Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert, Ebelsbach 1984, S. 106–127.

81 Die Arbeit schließt insofern an Hilgers u. a. (Hg.), Affekt und Urteil, an.

utopisch überschreiten, es kann aber auch für konservative Positionen instrumentalisiert werden.

Die Rede vom Rechtsgefühl bildet so ein zwar nicht homogenes, aber durch die genannten Themenbereiche doch zusammenhängendes interdiskursives Feld an der Schnittstelle von Rechtswissenschaft, Rechts- und Moralphilosophie und Ästhetik bzw. Literatur. Aus wissenschaftsgeschichtlicher Perspektive erweist sich das Rechtsgefühl so erneut als eine Figur der Vermittlung: Es vermittelt nicht nur Normen, sondern auch mit diesen verbundenes Wissen gefühls-, sozial- und subjektivitätstheoretischer Art; nicht zuletzt mit dem kompensatorischen Effekt, gegen die Ausdifferenzierung von Recht, Moral, Politik und Ästhetik diese Bereiche wieder zu verbinden.⁸² Die Rolle der Literatur dabei entspricht ihrer diskursiven Funktion, Wissen zu (re)integrieren, zu reflektieren, zu konfrontieren und zu problematisieren.⁸³ Umgekehrt wird sie ihrerseits von diesem Wissen geprägt, und das gilt auch für das Rechtsgefühl als Wissensfigur, die für eine bürgerliche Rechtsordnung und Subjektformierung steht und so den engen Bezug zwischen der rechtlichen Ausgestaltung der bürgerlichen Gesellschaft und ihrer Ästhetik zeigt.⁸⁴ Hinzu kommt, dass sich gerade in Bezug auf das Gefühl seit dem 18. Jahrhundert begriffliche und narrative Weisen der Konzeptualisierung verschränken, d. h. die fiktionale Gestaltung und Erprobung des Gefühls, also auch des Rechtsgefühls, wird zum Teil begrifflicher Formierung.⁸⁵ Dazu gehört auch, das zunächst einmal

82 Rainer Schütze liest das Rechtsgefühl ebenfalls als „Korrelat der Ausdifferenzierung eines Rechtssystems, welches sich nur selbst konditionieren und programmieren kann“ (Schütze, Soziologie des Rechtsgefühls, S. 88). Zur Literatur um 1800 und der Autonomieästhetik als „Reflexion von Systemdifferenzierung“ vgl. Gerhard Plumpe, Epochen moderner Literatur. Ein systemtheoretischer Entwurf, Opladen 1995, S. 65–104, Zitat S. 69.

83 Vgl. Jürgen Link, Literaturanalyse als Interdiskursanalyse. Am Beispiel des Ursprungs literarischer Symbolik in der Kollektivsymbolik, in: Jürgen Fohrmann u. Harro Müller (Hg.), Diskurstheorie und Literaturwissenschaft, Frankfurt a. M. 1988, S. 284–307. Link sieht die integrierende Funktion der Interdiskursivität ebenfalls als Reaktion auf Ausdifferenzierungsprozesse. Aus Recht- und Literatur-Perspektive geht es – jenseits der traditionellen Unterscheidung von *Law-in-literature* vs. *Law-as-literature* – um „das wechselseitige verändernde Ineinanderwirken von literarischem und juridischem Diskurs“ (Bernhard Greiner, Das Forschungsfeld Recht und Literatur, in: ders., Barbara Thums u. Wolfgang Graf Vitzthum [Hg.], Recht und Literatur. Interdisziplinäre Bezüge, Heidelberg 2010, S. 7–26, S. 20).

84 Vgl. für eine gouvernementalitätstheoretische Sichtweise auf die Autonomieästhetik Peter Schnyder, Schillers ‚Pastoraltechnologie‘. Individualisierung und Totalisierung im Konzept der ästhetischen Erziehung, in: Jahrbuch der deutschen Schillergesellschaft 50 (2006), S. 234–262.

85 Vgl. Johannes F. Lehmann, Geschichte der Gefühle. Wissenschaftsgeschichte, Begriffsgeschichte, Diskursgeschichte, in: Martin von Koppenfels u. Cornelia Zumbusch (Hg.), Handbuch

abstrakte Konzept des Rechtsgefühls konkreter als im juristischen oder philosophischen Zugriff psychologisch beschreibbar zu machen, also zu erzählen bzw. darzustellen, wie sich das Rechtsgefühl im besonderen Fall ‚anfühlt‘: Es kann sich als Empörung oder Wut angesichts von Rechtsverletzungen, aber eben auch als eine Liebe zum Recht und zu den Gesetzen, als Zufriedenheit über deren Einhaltung und Durchsetzung oder als Teil von Nationalgefühl oder -stolz zeigen. Literarische Texte sind ferner – zumal wenn sie ästhetisch autonom gesetzt werden – von den Konsequenzen der in ihnen durchgeführten ‚Versuchsanordnungen‘ entlastet, sowohl epistemisch im Hinblick auf Systemzwänge der (Rechts-)Philosophie, als auch praktisch im politischen oder juristischen Sinne, was also faktische Folgen etwa von Gefühlsurteilen oder von politischer Aktion betrifft. Angesichts der Brisanz des Rechtsgefühls – im Juristischen als Provokation für die rationale Selbstbeschreibung des Rechts, im Politischen als utopische Überschreitung des *ancien régime* – ist das ein nicht zu unterschätzendes Potenzial. Literarische Texte veranschaulichen die rechtsphilosophischen, staatstheoretischen, politischen und gefühls- wie subjektivitätstheoretischen Implikationen ‚nur‘ im Modus des Als-ob und erzeugen durch die Bebilderung und Narrativierung des Rechtsgefühls Evidenzen eigener Art. Jede fiktionale Erprobung bringt so ihre eigene Phänomenologie des Rechtsgefühls hervor, die dann auch je unterschiedliche Handlungslogiken und Textstrukturen motiviert.

Aus dem Befund zur Materialbasis ergibt sich, dass der Aufbau der Studie nicht ausschließlich nach chronologischen Gesichtspunkten konzipiert ist. Zwar schreitet das erste hinführende Kapitel von der Frühen Neuzeit bis in die Spätaufklärung fort. Das Material für die Formierung des Rechtsgefühls zwischen 1780 und 1820 lässt sich dagegen nicht konsequent chronologisch oder gar teleologisch anordnen. Den äußeren historischen Rahmen bilden Schiller-Texte aus den 1780er-Jahren und ein Ausblick in den Vormärz; die Logik der Anordnung ist aber nicht chronologisch, sondern systematisch. Die Kapitel zum Rechtsgefühl um 1800 sind jeweils einem Diskurszusammenhang und/oder Rechtsgebiet (Strafrecht, Privatrecht, Verfassungsrecht etc.) gewidmet. Sie folgen in ihrer internen Organisation historisch den Fundstellen und Texten, so dass an den Kapitelgrenzen bisweilen historisch zurückgesprungen wird. Die Kapitel kommunizieren untereinander weniger durch eine chronologische oder kausale Ordnung als durch rekurrente Fragestellungen und Probleme, die das Rechtsgefühl aufwirft und die in den unterschiedlichen

Literatur & Emotionen, Berlin/Boston 2016, S. 140–157, S. 152–153. Vgl. zur Narrativität von Emotionen aus philosophischer Perspektive (im Anschluss an Martha Nussbaum) Christiane Voss, Narrative Emotionen, Berlin/New York 2004.

diskursiven Kontexten jeweils spezifisch gewichtet und beleuchtet werden: die Fragen nach dem Verhältnis von Mensch und Staat, nach dem richtigen Urteilen, nach dem Zusammenhang von Bildung und Rechtsgefühl und seiner historischen und kulturellen Bedingtheit, nach der guten Regierung der Menschen, nach Partizipation am Recht, nach Freiheit und politischer Teilhabe.

Einsatzpunkt der Arbeit sind die schon genannten ‚Präfigurationen des Rechtsgefühls‘, die das oben ausgehend von Foucault systematisch Ausgearbeitete aus dem *historischen* Kontext erschließen. Dies kann selbstverständlich nur in repräsentativen Schlaglichtern geschehen, die sowohl die diskursive (Theologie, Naturrecht, Moralphilosophie, Staats- und Regierungstheorie, Anthropologie, Ästhetik) als auch die europäische Bandbreite des Formierungsprozesses abdecken. Die Reihe beginnt mit der juristischen Debatte um die Kategorie der *aequitas* (Billigkeit) im 16. Jahrhundert (2.1). Diese ist insofern wichtig für die Geschichte des Rechtsgefühls, als *aequitas* in diesem Kontext als eine eigenständige Rechtsquelle galt, deren Normen für die Bildung eines richtigen Rechtsurteils grundsätzlich heranzuziehen waren und die dem Richter durch das Gewissen zugänglich sein sollte – mithin durch eine im historischen Kontext der Reformation eminent affektive Instanz. Ein zweites Schlaglicht sucht die Präfigurationen des Rechtsgefühls an unerwarteter Stelle auf, nämlich im rationalistischen Naturrecht, konkret bei Samuel Pufendorf (2.2), der – seiner vernunftrechtlichen Prämissen unbeschadet – an zentraler Stelle eine Art Vorläufer des Gefühls einführt, einen *justi & injusti sensus* (zeitgenössisch übersetzt als ‚Empfindung des Gerechten und Ungerechten‘). Im frühen 18. Jahrhundert gilt dann die britische Moral-sense-Debatte als Ort der ‚Erfindung‘ des Gefühls im modernen, d. h. selbstreferenziellen Sinne (2.3). Im Zentrum stehen hier die Entwürfe Shaftesburys, der schon um 1700 die Moral auf ein reflexives Gefühl (*reflex affection*) gründet, sowie David Humes, der nicht nur von einem *moral sense*, sondern auch von einem davon unterschiedenen und auf das Recht bezogenen *sense of justice* spricht. Der historische Durchgang wendet sich dann (2.4) nochmals naturrechtlichen Entwürfen zu, nämlich den drei für die Vorgeschichte des Rechtsgefühls zentralen Autoren Schmauß, Claproth und Justi, die in der Mitte des 18. Jahrhunderts einen radikalen Paradigmenwechsel vollziehen, insofern sie das Naturrecht überhaupt nicht mehr als Vernunftrecht verstehen, sondern aus Trieben und Gefühlen ableiten. Unverzichtbar ist schließlich, als einer der einflussreichsten Gefühls- und zugleich Staatstheoretiker des 18. Jahrhunderts, Jean-Jacques Rousseau, der in seinen Schriften auf die wechselseitige Formierung des Selbstgefühls (*amour de soi*) und des staatsbürgerlichen Gefühls zielt, das sich (mit einer Formulierung Montesquieus) auch als eine Liebe zum Recht (*amour des lois*) paraphrasieren lässt (2.5).

Die Reihe der Analysen zur konzeptionellen Formierung des Rechtsgefühls um 1800 beginnt mit dem dritten Kapitel, das sich der ‚Konstitutionspolitik des Rechtsgefühls‘ bei Schiller und Pestalozzi widmet. Mit der verfassungsrechtlichen Dimension wird die grundsätzliche Bedeutung der Rede vom Rechtsgefühl deutlich. Schließlich ist das Verfassungsrecht der Rechtsbereich, der das Verhältnis zwischen Bürger und Staat explizit regelt und in dem über Grundrechte, politische Teilhabe und Souveränität entschieden wird. Mit dem konstitutionellen Bezug zeigt sich das Rechtsgefühl darüber hinaus als eminent politisches Gefühl, entzündet sich doch an der Verfassungsfrage seit den Revolutionen des 18. Jahrhunderts bis 1848 die Debatten zwischen den politischen Lagern. Im Zentrum steht zunächst Schillers dramatischer und historiographischer Zugriff auf die frühneuzeitliche niederländische Revolution aus den 1780er-Jahren (*Don Karlos, Geschichte des Abfalls der vereinigten Niederlande von der Spanischen Regierung*, 3.1) und dann die terminologische Arbeit Pestalozzis am ‚Rechtsgefühl‘ seit der zweiten Auflage des ‚Romans für das Volk‘ *Lienhard und Gertrud* (1790, 3.2). Gemeinsam ist den Texten beider Autoren, dass zwischen Volk und Regierung ein Vertragsverhältnis behauptet wird, das die jeweiligen Rechte und Pflichten bestimmt und zum Rahmen des rechtlichen Fühlens wird. Die Texte führen dabei zugleich ein historisches und ein politisches Argument: Moderne Rechtskonzepte wie Grund- und Menschenrechte werden auf reale historische Herrschaftsverträge des Mittelalters bzw. der Frühen Neuzeit projiziert, deren schieres Alter die rechtlichen und politischen Forderungen des konstitutionellen Rechtsgefühls legitimiert. Sie schreiben sich dabei mehr oder weniger explizit in konkrete politische Kämpfe ein: Stehen Schillers niederländische Geschichten im Kontext der Brabantischen Revolution, so sind bei Pestalozzi die Unruhen im Zürcher Umland am Vorabend der Helvetischen Revolution als zeitgeschichtlicher Bezugspunkt des Rechtsgefühls zu sehen. Bei aller Emphase für die Rechte des Volks und für die normative Kraft des Rechtsgefühls ist indes bei beiden Autoren ein ‚Gefahrenbewusstsein‘ zu verzeichnen, das – schon vor Kleists *Kohlhaas* – Maß und Grenzen des Rechtsgefühls und der von ihm motivierten politischen Aktion reflektiert.

Das vierte Kapitel nimmt das Rechtsgefühl als „Tugend des Staatsbürgers“ in den Blick und setzt die Rekonstruktion der Begriffsarbeit fort. Diese findet in der Rechtswissenschaft zunächst in natur- und strafrechtlichen Kontexten statt, nämlich im Umkreis des prominenten Juristen Ernst Ferdinand Klein (4.1). In einer der ersten rechtswissenschaftlichen Zeitschriften, dem von Klein herausgegebenen *Archiv für Criminalrecht*, kommt es im ersten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts zu einer regelrechten Debatte um das Rechtsgefühl. Rechts- und moralphilosophischer Hintergrund ist nun – anders als beim frühen

Schiller und bei Pestalozzi – Kants Theorie des moralischen Gefühls, das dieser als ein Gefühl der Achtung vor dem Vernunftgesetz konzipiert. Klein und seine Diskutanten verstehen das Rechtsgefühl allerdings als ein Gefühl, das explizit auf die Normen des *positiven* Rechts bezogen ist, und überschreiten so die kanntische, von der Trennung von Moral und Recht bestimmte Systematik.

Um eine Überschreitung, genauer gesagt um eine ‚Ausschweifung‘, geht es auch in Kleists *Michael Kohlhaas* (1808/10, 4.2). Das Rechtsgefühl gehört hier zur Tugend des Staatsbürgers, als dessen ‚Muster‘ die Titelfigur dargestellt wird. Allerdings steht diese Tugend in Kleists Versuchsordnung auf dem Prüfstand, denn das Versagen der staatlichen Rechtssicherung zwingt Kohlhaas, sein Recht selbst zu finden und durchzusetzen. Er sieht sich deshalb auf sein Rechtsgefühl verwiesen. Dieses steht in Kleists Text zunächst einmal für eine Handlungslogik des Innehaltens und Prüfens, also gerade nicht für einen überstürzten Rachefeldzug – im Gegenteil, selbst als Kohlhaas durch seine Fehde in Konflikt mit dem Staat gerät, ist die Figur aller Gewalt zum Trotz bedacht, ihr Handeln im (selbstgesetzten) rechtlichen Rahmen durch ein rechtliches Fühlen zu regulieren. Mit dem Gewaltmonopol des modernen Staates kann das aber nicht zusammen bestehen. Die Wiederherstellung der Rechtsordnung erreicht dem Staatsbürger Kohlhaas zur Vollendung des vom Rechtsgefühl verschafften Selbstgenusses – eine Vollendung, die ihn allerdings den Kopf kostet.

Das fünfte Kapitel geht nochmals von Kleist aus, diesmal von dem Drama *Die Familie Schroffenstein* (5.1). Auf dem Spiel steht hier die „Wahrheit des Rechtsgefühls“, die Frage, wie im Recht Wahrheit zustande kommt oder zustande kommen soll. Kleists Theaterstück ist so angelegt, dass sich den Figuren der tatsächliche Sachverhalt, an dem sich der Konflikt entzündet, nicht auf ‚objektivem‘ bzw. rationalem Weg erschließen kann, ihnen also nur das Gefühl bleibt, um sich der ‚Wahrheit‘ zu nähern. Einigen Figuren gelingt es, sich diese fühlend zu erschließen und so auch ihre ethische Integrität zu bewahren, indem sie in Praktiken des Wahrsprechens die Authentizität ihres Fühlens, d. h. letztlich die Authentizität ihres ethischen Selbstverhältnisses artikulieren (bzw. dieses durch das Wahrsprechen performativ erzeugen). Die Wahrheit des Rechts und des Rechtsgefühls ist also bei den Schroffensteins immer auch eine Wahrheit des Selbst und des Selbstgefühls. Diese Konstellation ist, wie der Blick in den rechtshistorischen Kontext zeigt, nicht nur eine literarische. Denn auch in den rechtswissenschaftlichen, genauer gesagt in beweise- bzw. verfahrensrechtlichen Debatten, wird ‚Gefühl‘ als Kategorie der Wahrheitsfindung propagiert (5.2). Die gesetzliche Beweistheorie, die die Ermittlung des Sachverhalts einem starren Regelsystem unterwirft, steht schon im 18. Jahrhundert in der Kritik und wird in den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts durch den bis heute bestehenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung abgelöst. In diesem

Zusammenhang ist auch noch die historisch etwas später, nämlich nach 1815, situierte Kontroverse um die Einführung von Geschworenengerichten nach französischem Vorbild zu sehen. Es geht dabei aber noch um mehr als um die epistemologische Aufwertung von Gefühl und Intuition bei der Wahrheitsfindung, denn die Beteiligung von Laien im Geschworenengericht ist schon seit dem 18. Jahrhundert eine eminent politische Forderung. Die Jury steht für bürgerliche Teilhabe am Recht und soll, nicht zuletzt durch die Vermittlungsleistungen des Rechtsgefühls, für eine ‚richtige‘, d. h. die Rechtsunterworfenen vor staatlicher Willkür schützende Rechtsprechung sorgen.

Wie alle Gefühle unterliegt auch das Rechtsgefühl im Ausgang des 18. Jahrhunderts einem Bildungsprozess. Das sechste Kapitel untersucht die „Bildung des Rechtsgefühls“ ausgehend von der Polizeiwissenschaft, die am Ende des 18. Jahrhunderts die gefühlstheoretischen Errungenschaften der Aufklärung aufnimmt und über Möglichkeiten staatlicher Einflussnahme auf die moralische Verfasstheit der Bevölkerung, über ihre ‚Polizierung‘ nachdenkt (6.1). Der emphatische humanistische Bildungsdiskurs, paradigmatisch Wilhelm von Humboldt (*Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, 1792), kritisiert diesen staatlichen Zugriff vehement, ohne allerdings die ‚Polizierung‘ des Gefühls als Bildungsziel zu verabschieden. Es lässt sich vielmehr eine Verschiebung des polizeilichen Regierens feststellen: Der Staat bleibt als Bezugspunkt der Bildung des Rechtsgefühls erhalten, tritt aber nicht mehr als Agent der Polizierung auf. Diese Verschiebung mündet letztlich in eine ‚Selbstpolizierung‘ des Subjekts, das seine Formierung und Disziplinierung im Hinblick auf Recht und Staat selbst übernimmt und verantwortet. Die dem Rechtsgefühl als Subjektivierungsform innewohnende Spannung zwischen Autonomie und Heteronomie oder zwischen Selbstbildung und institutionellem Zugriff thematisiert auch Goethes Novellenzyklus *Unterhaltungen deutscher Ausgewanderten* (1795, 6.2). Die in der Rahmenhandlung noch expliziten Polizierungsstrukturen werden insbesondere in zwei der Binnenerzählungen, der Geschichte vom Prokurator und der Ferdinand-Novelle, ironisch reflektiert und transformiert. In den dort erzählten Bildungs- bzw. Subjektivierungsprozessen verschwimmen die Grenzen zwischen externer Leitung und interner Selbstpolizierung, so dass die unauflösliche Ambivalenz des Rechtsgefühls zwischen Macht- und Selbstpraktiken lesbar wird.

Das siebte Kapitel nimmt das Rechtsgefühl in den programmatischen Texten der Historischen Schule der Rechtswissenschaft in den Blick, die in den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts im Bereich des Privatrechts führend war. Genauer gesagt geht es um Autoren, die für ihre Verflechtung mit literarischen bzw. ästhetischen Diskursen bekannt sind, nämlich Friedrich Carl von Savigny und Georg Friedrich Puchta. Das Kapitel greift sowohl die epistemologische

Funktion des Rechtsgefühls als auch seine Eingebundenheit in Bildungsprozesse wieder auf. Savigny und Puchta ist es allerdings weniger um individuelle als um kollektive Bildungsprozesse zu tun, denn das Modell der organischen Bildung steht bei ihnen für eine Sichtweise ein, die kulturelle Phänomene – so auch das Recht – als historisch ‚gewachsen‘ betrachtet. Im Kontext der Volksgeistlehre fungiert das Rechtsgefühl als Anfangskategorie und als ‚Bildungstrieb‘ der Rechtsgenese. Aus der organologischen Geschichtlichkeit des Rechts wird auch das rechtspolitische Argument abgeleitet, demzufolge willkürliche Eingriffe des Gesetzgebers in diesen Bildungsprozess (etwa durch Kodifikationen) abzulehnen sind. Zugleich (und damit verbunden) beschreibt das Rechtsgefühl in diesem Zusammenhang die spezielle hermeneutische Kompetenz der Juristen im Sinne einer durch Übung und Bildung erworbenen intuitiven Expertise. Rechtsfindung wird als ein Prozess der ‚Anschauung‘ betrachtet und ist deshalb nicht vollständig rationalisierbar. Insofern Savigny und Puchta zufolge in der Moderne nur noch professionelle Juristen über ein solches Anschauungsvermögen verfügen, steht das Rechtsgefühl in diesem Kontext auch für die Ausdifferenzierung der Rechtswissenschaft als eigenständige Disziplin – und zugleich für eine politische Stillstellung des Volks.

Die historischen Analysen schließen mit einem Kontrapunkt zum Konservatismus der Historischen Schule, nämlich mit einem Ausblick in den Vormärz und die demokratische Bildung der Nation. Ausgangspunkt sind Texte Ludwig Uhlands, die ähnlich wie die Schillers und Pestalozzis eine historische Projektionspolitik betreiben, konkret im württembergischen Verfassungskonflikt von 1815–1819. Uhlands Texte versuchen im Namen von Volkssouveränität, Menschenrechten und Demokratie in diesen Konflikt einzugreifen – und zwar mit den gleichen historisch-organologischen Argumenten, die bei Savigny und Puchta zur Entpolitisierung des Rechtsgefühls führen. Bei Uhländ und den liberalen Autoren, die ihm im Vormärz in diesem Punkt folgen – zu nennen sind etwa Gustav Pfizer und Karl von Rotteck – stehen das „alte, gute Recht“ und das Rechtsgefühl dagegen für die politische Ermächtigung und Emanzipation des bürgerlichen Subjekts und für die Bildung der Nation, und zwar der demokratischen Nation. Das Rechtsgefühl treibt so über die Grenzen der altständischen Ordnung hinaus und trachtet nach der Etablierung einer bürgerlichen Rechtsordnung, auf die es teleologisch bezogen ist und der das Subjekt des Rechtsgefühls seine politische und ökonomische Freiheit um den Preis einer erneuten Unterwerfung verdankt.