

Sigrid G. Köhler · Sabine Müller-Mall  
Florian Schmidt · Sandra Schnädelbach (Hg.)

# RECHT FÜHLEN

Wilhelm Fink

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der VolkswagenStiftung

Umschlagabbildung:  
© Simon & Raabenstein, Berlin, 2014

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.

© 2017 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](http://www.fink.de)

Einbandgestaltung: Evelyn Ziegler, München  
Printed in Germany  
Herstellung: Brill Deutschland GmbH, Paderborn

ISBN 978-3-7705-5934-3

## Inhalt

<i>Vorwort</i> .....	7
SIGRID G. KÖHLER, SABINE MÜLLER-MALL, FLORIAN SCHMIDT UND SANDRA SCHNÄDELBACH RECHT FÜHLEN. Zur Persistenz einer diskursiven / medialen Übersetzungsfigur .....	9
BERTRAM LOMFELD Emotio Iuris. Skizzen zu einer psychologisch aufgeklärten Methodenlehre des Rechts .....	19
JOHANNES F. LEHMANN ,Rechtsgefühl'. Zur Diskursgeschichte eines Begriffs um 1800 .....	33
FLORIAN SCHMIDT Der Sieg des Rechtsgefühls. Subjektivierung und Selbstgenuss bei Foucault, Rousseau, Kleist und in der Jurliteratur .....	43
SIGRID G. KÖHLER Menschenrecht fühlen, Gräuël der Versklavung zeigen. Zur transnationalen Abolitionsdebatte im populären deutschsprachigen Theater um 1800 .....	63
BENJAMIN WIHSTUTZ Gerichtbarkeit. Über politisches und ästhetisches Urteilen im Theater .....	81
SANDRA SCHNÄDELBACH Vom inneren Trieb zum psychophysischen Paradox. Ein emotionshistorischer Blick auf die Vermessung des „Rechtsgefühls“ um 1900 .....	95
RUPERT GADERER ,Aus-Sich-Heraustreten'. Medien des exzessiven Rechtsgefühls .....	115
FABIAN STEINHAEUER Albert Hellwig und die Geschichte des Kinorechts (1911-1921). „Erregung“ und „Suggestivkraft“ in der Kampagne um ein Lichtspielgesetz .....	133
TERRY A. MARONEY Emotion and reason in judicial decision-making .....	151

SABINE MÜLLER-MALL  
 Entfaltungen des Rechts im Gefühl ..... 159

Autorinnen und Autoren ..... 177

### Vorwort

Der vorliegende Band geht auf das interdisziplinäre Kolloquium „Recht fühlen“ zurück, das am 5. und 6. Juni 2014 als Kooperation des SFB 626 „Ästhetische Erfahrung im Zeichen der Entgrenzung der Künste“ (Berlin) mit dem Dilthey Fellowship „Homo contractualis. Strategien und Fiktionen der Verrechtlichung in der Moderne“ (Germanistisches Institut der WWU Münster) und der Professur für Rechts- und Verfassungstheorie mit interdisziplinären Bezügen/TU Dresden an der Humboldt-Universität zu Berlin stattfand. Wir möchten all jenen herzlich danken, die die Kooperation, das Kolloquium und auch das Buch ermöglicht haben – neben den Beiträger\*innen auch den Vortragenden, Moderator\*innen, Übersetzer\*innen und Grafiker\*innen: Vivi Bentin, Anja Breljak, Dagmar Ellerbrock, Veronika Gruber, Thomas Hilgers, Susanne Kaul, Jan-Philipp Kruse, Gabrijela Leovic, Christoph Möllers, Emily Phillips, Martin Raabenstein, Isette Schuhmacher, Isabell Simon, Tim Wihl. Besonders hervorheben möchten wir Philipp Buchallik, der Lektorat und Formatierung dieses Buches wesentlich unterstützt hat. Für die finanzielle Unterstützung danken wir der VolkswagenStiftung und der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Herausgeber\*innen, Berlin und Münster im Dezember 2016

SIGRID G. KÖHLER, SABINE MÜLLER-MALL,  
FLORIAN SCHMIDT UND SANDRA SCHNÄDELBACH

RECHT FÜHLEN.  
Zur Persistenz einer diskursiven /  
medialen Übersetzungsfigur

Lässt sich Recht fühlen? Gibt es normativ gesehen ein richtiges Fühlen? Und welche Konsequenzen hätte dies? Während die Forschung sich erst nach und nach diesen Fragen und damit der spezifischen Bezogenheit von Recht und Gefühl zuwendet, ist die Vorstellung, dass die Urteilsbildung nicht zuletzt durch intuitive Momente, durch einen ‚Hunch‘, ein ‚Judiz‘ oder einen Sinn für Angemessenheit, eingeleitet wird, schon lange in der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis präsent. Nach dem Zusammenhang von Recht und Gefühl fragt auch die *Law-and-Emotion*-Debatte, wie sie in der angloamerikanischen rechtswissenschaftlichen Forschung, aber auch jüngst im deutschsprachigen Kontext geführt wird, allerdings wird die Frage etwas anders perspektiviert, nämlich als Frage, welche Gefühle, d. h. welche konkreten Emotionen im Recht präsent sind: auf welche Weise etwa Scham, Reue, Liebe, Wut auf das Recht einwirken, es formen und wiederum von ihm geformt werden.<sup>1</sup> Grundlegend für die *Law-and-Emotion*-Debatte ist daher die Emotionsforschung, die es sich mit einer interdisziplinären Methodenvielfalt zum Ziel gemacht hat, dem Gefühl auf die Spur zu kommen: mit neurowissenschaftlichen Hirnscans, in ethnologischer Feldforschung, mit linguistischen und historischen Studien, philosophischer Reflexion und literaturwissenschaftlicher Forschung.<sup>2</sup> Auch der vorliegende Band siedelt sich auf diesem Feld an, fragt aber nicht nach

1 Vgl. Susan A. Bandes (Hg.), *The passions of law*, New York, NY u. a., 1999; Kathryn Abrams, „Emotions in the Mobilization of Rights“, in: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 46 (2011), S. 551-589; Eric A. Posner, „Law and the Emotions“, in: *University of Chicago Law Occasional Paper* 42 (2001), S. 1-36, [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=occasional\\_papers](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=occasional_papers) [Stand: 14.12.2016]; Neil Feigenson, „Emotional Influences on Judgments of Legal Blame. How They Happen, Whether They Should, and What to Do About It“, in: *Emotion and the Law. Psychological Perspectives*, hg. v. Brian Bornstein u. Richard Wiener, New York, 2009, S. 45-96; Susanne Karstedt: „Emotions and criminal justice“, in: *Theoretical Criminology* 6/3 (2002), S. 299-317; Robert C. Solomon, *A Passion for Justice. Emotions and the Origin of the Social Contract*, Reading/Mass., 1990. Für Impulse aus der deutschen Forschungslandschaft siehe Dagmar Ellerbrock u. Sylvia Kesper-Biermann (Hg.), *Between Passion and Senses? Perspectives on Emotions and Law*, Special Issue of *InterDisciplines* 6/2 (2015); Hilge Landweer u. Dirk Koppelberg (Hg.), *Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge*, Freiburg/Br., 2016.

2 Vgl. den interdisziplinären Überblick von Jan Plamper, *Geschichte und Gefühl. Grundlagen der Emotionsgeschichte*, München, 2012 sowie Martin Hartmann, *Gefühle. Wie die Wissenschaften sie erklären*, Frankfurt/M., 2005.

konkreten Gefühlen, die sich im Recht zeigen, sondern nach dem spezifischen Gefühl *für* das Recht.

Der Zusammenhang von Normativität (im moralischen wie im rechtlichen Sinn) auf der einen und Affektivität und sinnlicher Wahrnehmung auf der anderen Seite ist im Grunde kulturhistorisch seit der Antike ein Thema.<sup>3</sup> Der sich im 18. Jahrhundert in der Ästhetik, Anthropologie und Moralphilosophie formierende Gefühlsbegriff<sup>4</sup> legt es jedoch nahe, das 18. Jahrhundert als eine Scharnierstelle zu begreifen, denn dem Gefühl wird nun ein erkenntnistheoretisches Potential zugeschrieben, welches dazu führt, dass Recht und Gefühl neu zueinander ins Verhältnis gesetzt werden.<sup>5</sup> Am Ende des 18. Jahrhunderts wird dieser Prozess schließlich auch terminologisch greifbar, wenn der Begriff des ‚Rechtsgefühls‘ geprägt wird.<sup>6</sup>

Ausgehend von der diskursiven Grundlegung des Rechtsgefühls als epistemischer Figur geht der vorliegende Band in interdisziplinären Perspektiven den Bedeutungsvarianten und Entfaltungen von Funktionszusammenhängen nach: Was leistet das Rechtsgefühl? Welches Potential wird dem Rechtsgefühl zugeschrieben und inwiefern ist dieses Potential abhängig von historisch und systematisch variierenden Kategorien wie Gefühl, Affekt oder Intuition? Aus diesen Fragen generieren sich wiederum eine ganze Reihe von Anschlussfragen: Inwiefern erlaubt die Perspektive des Gefühls neue Erkenntnisse für das Recht? Oder umgekehrt gefragt: Welche Aspekte des Rechts werden ausgeschlossen, wenn die Rolle von Gefühlen für das Recht negiert wird<sup>7</sup> – welche Aspekte werden durch die Kommunikation des Rechtsgefühls neu integriert? Welchen kommunikativen Mehrwert hat das Rechtsgefühl? Entlang dieser Fragestellungen sind historische und systematische Konstellationen zu untersuchen, in denen sich die Verwobenheit von Recht und Gefühl, genauer gesagt in denen sich das Fühlen des Rechts bzw. das rechte Fühlen zeigt. Genau in dieser Verwobenheit liegt zugleich die Brisanz des *Recht-Fühlens*. Die Produktivität des Rechtsgefühls ist problematisch, weil sie die rationalen Kriterien des Rechts immer schon zu unterwandern scheint. Im Zuge der Ausdifferenzierung und Autonomisierung im 18. Jahrhundert sollte das Recht doch gerade vernunftbestimmt und von der Moral getrennt werden. Modernes Recht zeichnet sich durch den Anspruch aus, dass juristische Urteile von unabhängigen Gerichten gefällt, aus positiven Rechtsnormen abgeleitet und rational begründet werden.

3 Vgl. Solomon, *A Passion for Justice*.

4 Vgl. Brigitte Scheer, Art. „Gefühl“, in: *Ästhetische Grundbegriffe*, Bd. 2, hg. v. Karlheinz Barck, Stuttgart u. Weimar, 2001, S. 629-660.

5 Vgl. Sigrid G. Köhler u. Florian Schmidt, „The enigmatic ground. On the genesis of law out of emotion in the writings of Savigny and Uhland“, in: *InterDisciplines* 6/2 (2015), S. 17-46.

6 Vgl. die frühen Fundstellen: Johann Heinrich Pestalozzi, *Lienhard und Gertrud. Ein Versuch, die Grundsätze der Volksbildung zu vereinfachen. Zweiter Theil*, Zürich u. Leipzig, 2. Aufl., 1790, S. 318; Ernst Ferdinand Klein, „Ueber die Natur und den Zweck der Strafe“, in: *Archiv des Criminalrechts* 2/1 (1799), S. 74-112, hier: S. 103.

7 Vgl. Terry A. Maroney, „The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion“, in: *California Law Review* 99/2 (2011), S. 629-682.

Richtende sind allein an ‚Recht und Gesetz‘<sup>8</sup> gebunden. Zugleich tritt das Rechtsgefühl seit dem 18. Jahrhundert immer wieder als Instanz in Erscheinung, die sowohl die Rechtsgenese und die Rechtspraxis als auch die soziale, mediale und politische Implementierung des Rechts vorantreibt.

Die problematische Produktivität des rechten Fühlens hat zu einer ganzen Reihe von diskursiven Konjunkturen des Rechtsgefühls geführt. Diese können in ihren jeweiligen historischen Konstellationen als eine Art Seismographik der Reflexion über das Recht gelesen werden, einer Reflexion allerdings, die per se keine rein rechtsimmanente sein kann. Denn indem das Rechtsgefühl die rationale Selbstbeschreibung des Rechts in Frage stellt, wird schon durch die Benennung eines emotionalen oder intuitiven Moments im Recht die Grenze des Rechtsdiskurses porös. Das Rechtsgefühl ist deshalb eine Figur der Öffnung und der Rückkopplung, die eine Reflexion über die Konstitutionsprozesse und Bedingungen des Rechts, seine Einbindung in andere soziale Praktiken und nicht zuletzt die Rückbindung an außerrechtliche Vorstellungen über das Gerechte und Rechte ermöglicht und erfordert. Die Notwendigkeit dieser Öffnung ergibt sich dabei diskursgeschichtlich gesehen allein schon aus der Tatsache, dass historisch veränderliche Konzepte des Rechtsgefühls auf Wissensformationen zum Gefühl zurückgreifen müssen, die nicht vom Recht allein erzeugt werden können.<sup>9</sup> Das Rechtsgefühl ist daher immer schon in einem interdiskursiven Feld verortet, auf dem sich Rechtswissenschaft, Moralphilosophie und philosophische Ästhetik, Naturwissenschaft, Medienwissenschaft und nicht zuletzt die Künste, insbesondere die Literatur treffen. Dem versucht die disziplinäre Vielfalt der Perspektiven des vorliegenden Bandes Rechnung zu tragen.

Historisch gesehen nehmen die Beiträge Schwellenzeiten in den Blick, an denen die Debatten um das Rechtsgefühl auf jeweils unterschiedliche soziale, politische und juristische Problemlagen reagieren: Steht um 1800 vor allem die Konstitution von Nationalstaaten und Rechtssystemen und damit das Verhältnis von Recht und Bürger auf dem Spiel, so implementiert sich die Debatte um 1900 noch stärker in der Anwendung – paradigmatisch lässt sich das am rechtswissenschaftlichen Methodenstreit zwischen Freirecht und Reiner Rechtslehre ablesen, mit dem zugleich eine Neuverständigung über die Bestimmung von Recht und Rechtswissenschaft einhergeht. In der Gegenwart rücken schließlich neben nationalstaatlichen Rechtssystemen auch transnationale Rechtsregime und globalisierte Rechtsräume in den Blick. Die Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht wird angesichts sich überlagernder Rechtsschichten und Pluralisierungen normativer Ordnungen noch schwieriger, als sie für den Nationalstaat ohnehin schon ist. Das Rechtsgefühl kann hier, insofern es Unterscheidungen zu moralischen oder politischen Gefühlen<sup>10</sup>

8 Vgl. Art. 20 Abs. 3 GG: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“

9 Vgl. Susan A. Bandes, Introduction, in: *The Passions of Law*, S. 1-15, hier: S. 7.

10 Vgl. dazu auch Martha Nussbaum, *Political Emotions. Why Love Matters For Justice*, Cambridge/Mass., 2013.

sichtbar machen kann, neue Perspektiven auf das Recht eröffnen und die Frage nach dem Verhältnis und der Vermittlung pluraler normativer Ordnungen neu stellen.

Mit der Fokussierung dieser Schwellenzeiten ist selbstverständlich Lückenlosigkeit weder erreicht noch beabsichtigt; wichtige Kapitel der Geschichte des Rechtsgefühls wie die Theoriebildung der Historischen Schule im frühen 19. Jahrhundert<sup>11</sup> und die politischen und rechtlichen Debatten vor 1848<sup>12</sup> bleiben unberücksichtigt, ebenso wie Justizkritik in der Weimarer Republik,<sup>13</sup> der Nationalsozialismus mit seiner ganz eigenen Pervertierung des Rechtsgefühls zum ‚gesunden Volksempfinden‘ oder die Nachkriegsdebatten etwa um die Renaissance des Naturrechts.<sup>14</sup>

Das Einsetzen des Bandes mit der Zeit um 1800 perspektiviert die Formierungsphase des Konzepts ‚Rechtsgefühl‘. Dass gerade im späten 18. Jahrhundert der Begriff ‚Rechtsgefühl‘ erstmals auftaucht und debattiert wird, ist eigentlich gar nicht überraschend, sind doch gerade im Jahrhundert der Aufklärung die moralphilosophischen, anthropologischen und ästhetischen Bedingungen dafür entstanden, dem Vermögen des Gefühls einen eigenen, wenn auch subjektiven erkenntnistheoretischen Wert zuzuschreiben. Das Gefühl wird als ein Vermögen entwickelt, dessen Hauptmerkmal die Selbstreferenz ist: Das Gefühl gibt dem Subjekt in jedem Augenblick Rückmeldung über den eigenen Zustand in Bezug auf die Außenwelt.<sup>15</sup> Das Rechtsgefühl fungiert so gesehen als subjektiver Bezug auf den rechtlichen Zustand dieser Außenwelt.

Zugleich stellt die Zeit um 1800 eine Phase des gesellschaftlichen und politischen Umbruchs dar, in der sich die Ablösung der altständischen Gesellschaft durch die bürgerliche Gesellschaft zu konsolidieren beginnt und so auch das Verhältnis von Mensch und Staat neu bestimmt werden muss – der Mensch steht nun mehr als je zuvor als *Staatsbürger* im Fokus der Debatten. Effekt dessen ist auch ein erhöhter Reflexions- und Handlungsbedarf aufseiten des Rechts, in der Rechtsprechung, der Verfassungsfrage, aber auch, was die Umsetzung des Rechts in Bürokratie und Verwaltung betrifft. Das Rechtsgefühl entfaltet also die Grundfrage nach dem Verhältnis von Staatsbürger und Recht mit Blick auf ganz unterschiedliche

11 Vgl. Stephan Meder, *Urteilen. Elemente von Kants reflektierender Urteilskraft in Savignys Lehre von der juristischen Entscheidungs- und Regelfindung*, Frankfurt/M., 1999; Hans-Peter Haferkamp, „Einflüsse der Erweckungsbewegung auf die ‚historisch-christliche‘ Rechtsschule zwischen 1815 und 1848“, in: *Konfession im Recht. Auf der Suche nach konfessionell geprägten Denkmustern und Argumentationsstrategien in Recht und Rechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts*, hg. v. Pascale Cancik, Frankfurt/M., 2009, S. 71-93.

12 Vgl. Köhler u. Schmidt, „The enigmatic ground. On the genesis of law out of emotion in the writings of Savigny and Uhland“.

13 Vgl. Warren Rosenblum, „Serene Justitia and the passions of the public sphere“, in: *InterDisciplines* 6/2 (2015), S. 101-130.

14 Vgl. Heinrich Hubmann, „Naturrecht und Rechtsgefühl“ [1954], in: ders., *Wertung und Abwägung im Recht*, Köln u. a., 1977, S. 103-144.

15 Vgl. Johannes F. Lehmann, „Geschichte der Gefühle. Wissensgeschichte, Begriffsgeschichte, Diskursgeschichte“, in: *Handbuch Literatur & Emotionen*, hg. v. Martin von Koppenfels u. Cornelia Zumbusch, Berlin u. Boston, 2016, S. 140-157, hier: S. 150-151.

rechtssystematische Orte: sei es mit Blick auf die naturrechtliche Begründung des Strafrechts (LEHMANN), die Urteilsbildung in der Rechtsprechung (SCHMIDT) oder die Verwaltung und Bürokratie (GADERER). Zugleich eröffnet sich aber durch die anthropologische Bestimmung des Gefühls als ein prinzipiell allen Menschen inwohnendes Vermögen eine menschenrechtliche Perspektive, deren Rahmen dann nicht auf den Nationalstaat beschränkt sein kann, sondern notwendig ein transnationaler bzw. globaler sein muss, wie z. B. die über die nationalen Grenzen hinweg geführte Debatte um die Abschaffung des Sklavenhandels und der Sklaverei am Ende des 18. Jahrhunderts zeigt (KÖHLER).

Die Vielfalt der rechtssystematischen Orte, an denen um 1800 das Rechtsgefühl in Anschlag gebracht wird, zeigt die Produktivität des Rechtsgefühls als die einer Wissensfigur, die es ermöglicht, diskursiv und disziplinar distinkte Debatten in Beziehung zu setzen. Dabei lassen sich zwei Kraftfelder unterscheiden, von denen das eine vom Menschen bzw. Bürger und seinem Rechtsgefühl auf das Recht, das andere dagegen von der rechtsstaatlichen Verfasstheit der bürgerlichen Gesellschaft auf das Subjekt zu wirken scheint. Es handelt sich dabei um zwei Aspekte, die bis heute die Virulenz des Rechtsgefühls ausmachen. In der erstgenannten Perspektivierung zeigt das Rechtsgefühl vor allem die Verletzung des Rechts an, und es zielt auf dessen Wiederherstellung. Insofern überschreitet es immer schon seine eigene subjektive Natur, indem es nämlich auf die Existenz einer objektiven Ordnung und nicht nur auf das eigene Interesse bezogen ist. Das Rechtsgefühl fordert Recht, will aber „nichts gewinnen“ (LEHMANN). Über die Einforderung des positiven Rechts hinaus trägt das Rechtsgefühl aber auch überpositive Normen als Forderung an das Recht heran, artikuliert also Reformbedarf: Das Rechtsgefühl will nicht nur Recht, es will das ‚richtige‘ Recht. Insofern leistet es die Rückkopplung unabhängig voneinander stattfindender (Rechts-)Debatten an die ‚Natur des Menschen‘, der ja das Gefühl als normatives Vermögen eingeschrieben ist. Es ‚unterfüttert‘ auf diese Weise das positive Recht normativ bzw. fordert die Angleichung, wenn geltendes Recht und gefühltes (Natur-)Recht divergieren (KÖHLER).

Umgekehrt ist das Rechtsgefühl in Bezug auf den Menschen als Staatsbürger aber auch ein Erziehungs- und Regulierungsprojekt. Seit dem 18. Jahrhundert wird eine staatsbürgerliche Subjektformierung projektiert, die von der Einsicht ausgeht, dass das Recht seinen Auftrag nicht allein durch Zwang und Strafe erreichen kann, sondern es vielmehr einer affektiven Hinwendung der Rechtssubjekte zum Recht bedarf, um ein rechtstaatliches Gemeinwesen zu stabilisieren. Das Recht muss zur Herzensangelegenheit werden und Gesetze müssen geliebt werden, so Rousseaus wirkmächtiges Postulat, das sich bis in die Jurydebatte des frühen 19. Jahrhunderts verfolgen lässt (SCHMIDT). Ein zentraler Ort dieses Bildungsprojekts ist, neben Schule und Familie, die Ästhetik.<sup>16</sup> In ganz besonderem Maße gilt das für das Theater als derjenigen ästhetischen Institution, die im 18. Jahrhundert

16 Vgl. Peter Schnyder, „Schillers ‚Pastoraltechnologie‘. Individualisierung und Totalisierung im Konzept der ästhetischen Erziehung“, in: *Jahrbuch der deutschen Schillergesellschaft* 50 (2006), S. 234-262.

nicht zuletzt mit der ästhetisch-moralischen Bildung betraut war und die auch für die theaterpolizeiliche Überwachung der Geschmacksbildung gesorgt hat (WIH-STUTZ). Zu fragen ist deshalb dann aber auch nach den Verfahren und Medien, welche die Vermittlung des Rechtsgefühls jenseits des Theaters leisten (KÖHLER, GADERER). Vor diesem Hintergrund wird das Rechtsgefühl als Phänomen erkennbar, das in der kommunikativen Auseinandersetzung mit einer rechtlichen Frage erst entworfen wird und das sich mit seinen medialen Formen verändert. Mit Blick auf eine gerade erst entstehende kritische Öffentlichkeit<sup>17</sup> wird das Rechtsgefühl schließlich zu einem Gegenstand staatlicher Sorge: Der Einsicht in die soziale, rechtliche und politische Relevanz des Rechtsgefühls korreliert seine normative und institutionelle Einhegung. Diese Sorge kreist in der Ästhetik wie in der bürokratischen Verwaltung um das richtige Maß des Rechtsgefühls – mit dem Effekt diskursiver Ausschlussmechanismen, die einen tatsächlichen oder vermeintlichen Überschuss des Rechtsgefühls als Querulanz dann auch rechtlich beschreibbar machen (GADERER).

Betrachtet man also das Rechtsgefühl von seinen diskurshistorischen Anfängen her, so scheinen sich die beschriebenen Vektoren zu einer janusköpfigen Figur zu verdichten, die einerseits totalisierende, andererseits emanzipatorische Züge trägt. Die Disziplinierung des Menschen zum Staatsbürger, der bis ins Innerste des Herzens von der Rechtsordnung bestimmt werden soll, korreliert einem Reformdruck auf das Recht, sich der gesellschaftlichen Bewegung hin zur bürgerlichen Ordnung und nicht zuletzt dem emphatischen Begriff des ‚Menschen‘ auch adäquat zu zeigen, d. h. rechtes Fühlen Recht werden zu lassen – national und transnational.

Um 1900 manifestiert sich die Herausforderung des Rechts durch das Rechtsgefühl im deutschsprachigen Kontext, wenn mit der nationalen Einigung im Kaiserreich auch die Vereinheitlichung des Rechts vorangetrieben wird.<sup>18</sup> Aus den Begründungsfiguren moderner staatlicher Justiz entstanden, legt das Rechtsgefühl im Zuge der bürokratischen Ausgestaltung des Rechtswesens aber vor allem auch dessen Dysfunktionalitäten offen. Wenn des Bürgers Rechtsgefühl Forderungen aufstellt und den Staat auf Einhaltung und Durchführung rechtlicher Regelungen verpflichtet, muss der Staat zu der Frage Stellung beziehen, wie er Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit gewährleistet, aber auch, wie er sich zum Rechtsgefühl selbst verhält. Dies hat u. a. zur Konsequenz, dass das rechtliche Fühlen des Bürgers fortan in legitime und illegitime Formen kategorisiert wird: Der Vorwurf der dysfunktionalen Justiz wird beantwortet mit dem Vorwurf dysfunktionalen Fühlens. Im Kontext des Aufstiegs und der Ausdifferenzierung naturwissenschaftlicher Disziplinen rückt das Gefühl im 19. Jahrhundert entsprechend in den Blick von Medizin, experimenteller Psychologie und Psychiatrie und wird damit zunehmend in die medizinischen Klassifikationen von Gesundheit und Krankheit, Übereinstim-

17 Vgl. Werner Faulstich, *Die bürgerliche Mediengesellschaft (1700-1830)*, Göttingen, 2002.

18 Zu nennen wären hier z. B. die Reichsjustizgesetze von 1879, die das Gerichtsverfassungsgesetz sowie die Straf- und Zivilprozessordnung umfassten und insbesondere das Verfahrensrecht vereinheitlichten, sowie das Bürgerliche Gesetzbuch, eingeführt im Jahr 1900.

mung und Abweichung normativ eingebettet.<sup>19</sup> Dies führt nicht zuletzt zu einer Pathologisierung des Rechtsgefühls (GADERER). Damit zeichnet sich ein Kategorienwechsel in der Beschreibung des Rechtsgefühls ab, der auch die Rechtswissenschaft erreicht. Neben die Philosophie und Ästhetik als Scharnierstellen zwischen Recht und Gefühl treten Deutungsangebote der Evolutionsbiologie und Psychophysik, die nun in das Konzept des Rechtsgefühls integriert werden und die körperliche Seite des Fühlens in den Fokus rücken: Die Beschäftigung mit physischem Reiz, Erregung und Nervenfunktionen zeigt eine zunehmend an der experimentellen Psychologie und auf physische Messbarkeiten ausgerichtete Sicht auf das Fühlen (SCHNÄDELBACH).

Mit dem Ausbau der Judikative und der voranschreitenden Kodifikation geraten im Kaiserreich die Funktionsträger der Justiz ins Zentrum der Aufmerksamkeit. Auf diese Weise liefert das Rechtssystem selbst neue Impulse für die Perspektivierung des Rechtsgefühls. Die Einführung des jahrzehntelang diskutierten Bürgerlichen Gesetzbuches 1900 verändert nicht nur die normativen Grundlagen rechtlichen Urteilens, sondern wirft auch grundsätzliche Fragen über Techniken der Rechtsanwendung auf. Die schon von Savigny gestellte Frage, wie sich Auslegung und Text, Urteil und Norm zueinander verhalten, wird um 1900 noch einmal auf neue Weise virulent. Hält der Gesetzestext bereits alles bereit, was für ein richterliches Urteilen durch logische Schlüsse notwendig ist? Oder wäre doch vielmehr die ‚Richterpersönlichkeit‘, von der in der Jurisprudenz allerorten die Rede ist, ausschlaggebend – und damit ein uneinholbares Element, das auf Begriffe wie Intuition und Gefühl verweist? Ist ein anwendungsorientiertes Rechtsgefühl möglich oder gar nötig? Lässt sich Recht fühlen? Diese Fragen stehen nun als Fragen an den Richter im Raum.<sup>20</sup> In dem umfassenden Methodenstreit, der die Jurisprudenz an der Wende zum 20. Jahrhundert erfasst, erhält die Debatte um Chancen und Gefahren rechtlichen Fühlens eine zentrale Bedeutung. Juristische Strömungen wie die Freirechtbewegung fordern eine genauere Analyse des Urteilsvorgangs, um die Grauzonen zwischen den vermeintlichen Polen von rationaler und emotionsgeleiteter Rechtsanwendung auszuloten und ihnen rechtspraktisch Rechnung tragen zu können.

Das Rechtsgefühl zeigt sich damit als Teil einer rechtspolitischen Kommunikation und darüber hinaus als Teil eines Kommunikationszusammenhangs, der seinen Gegenstand, das Rechtsgefühl, selbst stetig formt. Nicht nur die Diskurskonstellationen – wer mit wem in welcher Absicht spricht –, sondern auch die Formen der Kommunikation – ob es um Urteilstexte, private Bittschriften, Beschwerdebriefe oder bewegte Bilder geht – konstituieren das, was als Rechtsgefühl verstanden wird. Diese Verschränkung tritt um 1900 noch einmal deutlicher hervor, etwa

19 Vgl. Uffa Jensen u. Daniel Morat, *Rationalisierungen des Gefühls. Zum Verhältnis von Wissenschaft und Emotionen 1880-1930*, München, 2008.

20 Vgl. Sandra Schnädelbach, „The jurist as manager of emotions. German debates on ‚Rechtsgefühl‘ in the late 19th and early 20th century as sites of negotiating the juristic treatment of emotions“, in: *InterDisciplines* 6/2 (2015), S. 47-73.

wenn dem Kino als neuer Medienform eine besondere emotionale Kraft beigemessen wird, die auch das moralische Fühlen beeinflusst und daher rechtlich eingeehgt werden muss. Unter dem Schlagwort ‚Suggestivkraft‘ werden Überlegungen zur emotionalen Wirksamkeit bewegter Bilder zusammengeführt, die, in juristische Begriffe überführt, noch die medienrechtliche Debatte unserer Zeit prägen (STEINHAEUER). In medientheoretischer Perspektive wird die Rede vom Rechtsgefühl vor allem da virulent, wo Konfliktlinien verlaufen und sich Krisen abzeichnen. Dies wird nicht nur an der Formierung des Rechtssubjekts um 1800 deutlich, sondern auch an der Formierung des Subjekts im Angesicht der neuen Medien Anfang des 20. Jahrhunderts. Naturwissenschaftler, Soziologen, Philosophen und eben auch Rechtswissenschaftler interessieren sich für das fragile Selbst des modernen Individuums. Die Sorge vor den Pathologien der Moderne treibt die Entwicklung des Rechts, aber auch die Konzeptualisierung des Rechtsgefühls voran. In den Auseinandersetzungen von Rechtsformen, die das Fühlen des Individuums vor den Zugriffen der modernen Welt schützen, zeigt sich das Rechtsgefühl als Figur einer Suchbewegung. Es versucht mit Blick auf das Verhältnis von Individuum, Recht und Gefühl systematische Leerstellen benennbar zu machen und weist so auf begriffliche Engpässe hin (GADERER, STEINHAEUER).

Die Frage, ob bzw. wie sich Recht fühlen lässt, prägt schließlich auch gegenwärtige intra- wie extradisziplinäre Debatten ums Recht. Die experimentelle Psychologie und die Ausweitung der *empirical legal studies* im angloamerikanischen Bereich fokussieren nicht nur die kognitiven Bedingungen der Möglichkeit von Entscheidungsprozessen, sondern auch deren emotionale bzw. affektive Aspekte. Dabei steht gerade das Verhältnis von Kognition und Emotion (einmal mehr) im Zentrum übergreifender Debatten. Wenn sich das Rechtsgefühl hier als eine diskursive Ebene erweist, auf der intuitive, affektive oder ‚bloß‘ körperliche Momente in rechtlichen Urteilskontexten und deren rationaler Rekonstruktion sichtbar gemacht werden können, dann eröffnet die Frage nach dem Rechtsgefühl eine Tiefenbohrung in Richtung dieses Grundproblems: wie sich der Rationalitätsanspruch des Rechts und Emotion zusammendenken lassen, wie sich das Rechtsgefühl als diskursive Größe zeigt und wie es als Katalysator für juristische Kommunikation funktioniert (LOMFELD). Insbesondere das richterliche Urteilen rückt dann auf zweierlei Weise in den Blick: erstens als ein durch das Gefühl für das ‚Passen‘ von Rechtsnormen und Sachverhalt geleiteter Erkenntnis- bzw. Anschauungsprozess (MÜLLER-MALL) und zweitens als ein Prozess, der selbst von Emotionen beeinflusst wird. Letzteres ist Thema psychologischer Studien zum Urteilsprozess, die ihrerseits den Hintergrund für die an Richterinnen und Richter gerichteten Trainingsprogramme zum Umgang mit Emotionen bilden, wie sie in den USA entwickelt wurden (MARONEY). Diese lassen sich als Indikatoren einer Konjunktur der Debatte um Rechtsgefühle lesen, die über die bloße Frage der Rechtsanwendung weit hinausgeht.

Die Konjunktur des Rechtsgefühls ist jedoch nicht allein den Entwicklungen naturwissenschaftlicher Forschung geschuldet. Denn auch die gegenwärtigen Gefühlsdiskurse um das Recht fallen in eine Zeit zäsurartiger Neuformierungen: War

es um 1800 das Verhältnis von Bürger und Staat, um 1900 der Methodenstreit und die Neuverständigung über Recht und Rechtswissenschaft, so stellt sich im Zeitalter der Transnationalisierung rechtlicher Strukturen und rechtlicher Normativität die Frage, wie sich Mensch, Recht und Gesellschaften miteinander in Verbindung bringen lassen. Diese Frage kann im Rahmen der Globalisierung von Recht und Politik, und dies impliziert auch die Entgrenzung ‚bloß‘ territorial gebundener Staatlichkeit, nicht allein über etablierte Legitimationsmodelle beantwortet werden. Das Rechtsgefühl ermöglicht es in diesem Kontext allererst, eine diskursive Ebene zu etablieren, um die Frage nach Recht oder Unrecht innerhalb unübersichtlicher Rechtsstrukturen, Kompetenzverwirrungen oder Kollisionsregeln überhaupt adressierbar zu machen, und es erlaubt dann auch einen Zugriff auf die in normativen Praktiken abgelagerten Wahrnehmungen und Verbindungen von Verbindlichkeit (MÜLLER-MALL).

Die für diese Adressierbarkeit notwendigen und mittels der Adressierung von Rechtsempfinden/Unrechtsempfinden gleichzeitig auch konstituierten Öffentlichkeiten sind dabei auch ein politisches Experimentierfeld für die Künste. Gerade die immer wieder verhandelte Nähe von Recht bzw. Gericht und Theater erweist sich in der gegenwärtigen künstlerischen Praxis als überaus produktiv (WIHSTUTZ). Indem hier nicht unbedingt die Frage nach dem Rechtsgefühl als solche inszeniert wird, sondern die ästhetische wie juristische Urteilsituation für ein Publikum in Theater, Performance und Bildender Kunst als eine Rechtsgefühle hervorbringende gestaltet wird, zeigen sich dieselben auch als gesellschaftsformierende Orte des Rechtsgefühls.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen lassen sich bilanzierend drei systematische Frageperspektiven festhalten, die für das Nachdenken über das Rechtsgefühl zentral sind. Erstens ist zu fragen, wie sich die Beteiligung des Rechtsgefühls im Erkennen von Rechtsnormen zeigt. Damit ist nicht notwendigerweise gleich die ‚Objektivität‘ respektive Rationalität des Rechts in Frage gestellt, d. h. etwa die Verfahren der Gesetzgebung oder der Rechtsprechung. Im Gegenteil, Allgemeinheit der Gesetze verbunden mit Gleichheit vor dem Gesetz sind Ansprüche des modernen Rechtssystems, die in gewisser Weise wiederum einem intuitiven Verständnis von moderner Rechtsstaatlichkeit entsprechen, etwa der Forderung nach Rechtssicherheit und Rechtsverbindlichkeit (*rule of law*). Mit dem Verweis auf ein spezifisches ‚Rechtsverständnis‘ in diesem Sinne ist dann aber zugleich immer schon das Rechtsgefühl mit im Spiel, denn ein Rechtsverständnis, ein wie auch immer geartetes (intuitives) Wissen um das Recht, funktioniert schließlich ohne vorherige Rationalisierung.

Allgemeinheit des Rechts und Rechtsgefühl markieren also keine sich diametral gegenüberstehenden Positionen. Es handelt sich vielmehr um unterschiedliche Betrachtungsweisen. Beteiligt ist das Rechtsgefühl, sofern Gesetzgebung oder Rechtsprechung als Resultat eines (individuellen) Erkenntnisprozesses betrachtet werden, der sich nicht rein rational vollzieht, sondern eher im Sinne eines Erschließungs- oder Anschauungsprozesses zu begreifen ist. Es geht also um das Auffinden respek-

tive Erkennen einer Rechtsnorm im Gesetzgebungsprozess oder im Urteil, nicht um deren rechtsimmanente Objektivität.

Wenn das Rechtsgefühl wiederum als ein dem Rationalitätsanspruch des Rechts korrespondierendes Prinzip begriffen wird, so führt dies zur zweiten Frageperspektive, nämlich dem Zusammenhang von rechtlicher Normativität, wie sie sich in der Rechtspraxis, im Urteil oder Gesetz, ausdrückt, und ihrer Implementierung durch kulturelle Techniken, d. h. es geht um die Frage, wie die Anwendung und Umsetzung von Rechtsnormen in der Rechtspraxis geleistet wird und wie ihre Implementierung durch die Vermittlung des Rechtsgefühls in andere soziale, mediale und politische Praktiken begleitet und gegebenenfalls geleitet wird. Ausgangspunkt für diese Frage ist nicht zuletzt die Vorstellung, dass Rechtsnormen (als materielles Recht) gesellschaftliche Normen ausdrücken und in ein zusammenhängendes Regelsystem übersetzen und damit für die Regulierung der Gesellschaft praktikabel und anwendbar machen, d. h. es geht um die gesellschaftliche ‚Verortung‘ des Rechts, genauer gesagt um die Einbettungen und Vermittlungen, welche das Rechtsgefühl leistet. Nicht nur die Normen, sondern auch die Praktiken und Techniken des Rechts, die Verfahren (im weitesten Sinn), müssen aus dieser Perspektive immer schon mit einem Rechtsgefühl korrespondieren. Umgekehrt ist das Rechtsgefühl ein Mittel, das es erlaubt, Normen und Verfahren des Rechts über die Systemrespektive Diskursgrenzen des Rechts hinweg zu vermitteln. Es erzeugt eine Öffentlichkeit des Rechts, sofern es ein Reden über das Recht ‚jenseits des Rechts‘ ermöglicht.

Die Frage nach dem Konnex von Rechtsgefühl und Rechtspraxis führt schließlich zu einer dritten Frageperspektive, nämlich wie sich die Funktion des Rechtsgefühls in Kommunikationsprozessen über Recht bestimmen lässt: Es geht also um die mediale Funktion des Rechtsgefühls selbst. Denn wenn es Anschlusskommunikation ermöglicht und Übersetzungsprozesse leistet, materialisieren sich im Rechtsgefühl nicht nur diskursive Schnittstellen, sondern es erzeugt auch einen Bedarf an spezifischen medialen Kommunikationsformen und -orten, welche das Rechtsgefühl wiederum medialisieren. Umgekehrt ist rechtliche Objektivität vielleicht auch nicht nur das Resultat der durch das Rechtssystem vorgegebenen Prozesse und Verfahren, denn sofern diese medienabhängig sind, kann die Allgemeingültigkeit des Rechts auch das Resultat einer medial erzeugten Evidenz sein, wenn nicht sogar ein durch die Suggestivkraft der rechtlichen Verfahren und Prozesse bedingter Effekt.

BERTRAM LOMFELD

## Emotio Iuris. Skizzen zu einer psychologisch aufgeklärten Methodenlehre des Rechts

*Die Tradition der Moderne sieht Recht wie Rechtsprechung als komplett rationales Unterfangen. Recht ist rational (AXIOM I). Dagegen legen nicht nur postmoderne Theorien eine partiell irrationale Grundlage jeglichen Urteilens nahe. Noch deutlicher bestreiten Verhaltensökonomik und Moralphysikologie die rationale Entstehung moralischer und juristischer Urteile. Danach wirkt an jedem (juristischen) Urteil mindestens auch ein Gefühl mit. Urteile sind emotional (AXIOM II). Die Axiome scheinen sich unvereinbar gegenüber zu stehen. Die Reaktionen beider Seiten sind oft entsprechend unversöhnlich. Die Rationalität des Rechts sei Illusion oder Ideologie. Ein emotionales Urteilsmodell verrate die Emanzipation der Aufklärung an eine neue biologistische Unmündigkeit. Beide Axiome zusammen erlauben aber ein reflexives Verständnis von Recht als komplexem Mechanismus kommunikativer sozialer Rückkopplung (THEOREM I – III). Rechtsgefühle pluralisieren, Rechtsgründe integrieren Urteile (KONKLUSION I & II).*

### AXIOM I: Recht ist rational.

<sup>1</sup> *Modernes Recht* ist der Inbegriff der Rationalität.<sup>1</sup> Die Aufklärung zerriss den Schleier selbstverschuldeter Unmündigkeit. Pompöses politisches Blendwerk autoritärer monarchischer Staatsführungen, religiöse Inszenierungen einer göttlichen Verheißung, patriarchale Einverleibungen des ökonomisch dominanten Gutsherrn verloren vor dem Schwert rationaler Gründe und unparteilichem Recht ihre illusionäre Wirkung. Das Recht institutionalisiert und realisiert die neu erwachte öffentliche Vernunft. Diese Erwartung der Rationalität begleitet das Recht bis heute in unverminderter Aktualität.

<sup>2</sup> Die alltägliche Praxis des Rechts besteht überwiegend aus Urteilen. Die rechtliche Form des Urteils verspricht eine rational determinierte Entscheidung des Richters. Diese *ratio iuris*, eine umfassende juristische Vernunft, ist bis heute die gängige Leiterzählung, die durch eine juristische ‚Methodenlehre‘ im *kontinentalen Gesetzesrecht* sogar eine eigene narrative Gattung bildet. Alle deutschen Jurastudierenden bekommen die ‚Subsumtionstechnik‘ als grundlegende juristische Arbeitsweise ein-

<sup>1</sup> Vgl. Repräsentativ zur Entwicklung des modernen Rechts als ‚Rationalisierung‘ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Frankfurt/M., 2005 [1922].