

# Ästhetische Bedingungen der Rechtsprechung – eine Auseinandersetzung mit Jürgen Habermas

Ludger Schwarte

## Kurzzusammenfassung

*Erstaunt darüber, dass Habermas' Hauptwerk „Faktizität und Geltung“ als radikaldemokratische Grundlegung der Rechtsphilosophie gelesen wurde, widmet sich der Aufsatz einer detaillierten Auseinandersetzung mit diesem Werk. Er versucht zu differenzieren zwischen Habermas' radikaldemokratischem Problembewusstsein und seinen oft allzu konventionellen Lösungen. Dies führt zu einer Kritik an der Diskurstheorie des Rechts, weil diese immer noch expertokratischen Mustern verpflichtet bleibt. Eine radikaldemokratische Rechtstheorie kann nur durch eine ästhetische Fundierung der Rechtsprechung gelingen.*

## I.

Mit seiner Diskurstheorie des Rechts hat Jürgen Habermas den bedeutsamen Versuch unternommen, das Recht aus der Rationalität des kommunikativen Handelns abzuleiten. Die Wende hin zur Sprachrationalität, zur Diskurstheorie, ist zugleich eine Abwendung von der ästhetischen Orientierung der Kritischen Theorie vor ihm. Habermas verspricht sich davon eine Öffnung des Rechts und eine Rückbindung an Alltagspraktiken wie auch an demokratische Prozeduren. Doch gerade an der Rechtsprechung zeigt sich, so lautet meine Hypothese, dass die Diskurstheorie ohne eine ästhetische Fundierung das Recht steril und abgekoppelt von der Lebensrealität konzipiert und dass sie darüber hinaus ihre ursprünglichen, radikaldemokratischen Ziele verfehlt.

Denn Habermas' „Faktizität und Geltung“ ist auch als Kritik an der Entkoppelung von Recht und Demokratie gelesen worden, die eine polemische Spitze gegen juristische Expertokratien und gegen die sich verselb-

ständigende (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit impliziere. Einen Rechtsstaat ohne Demokratie könne es nicht geben.<sup>1</sup>

Gegen das Modell der instrumentellen Vernunft, das bei Horkheimer und Adorno vorherrschend war und das sich an den Begriffen der Arbeit, der Verdinglichung und der Beherrschung orientiert, stellt Habermas das Modell der Intersubjektivität, die er aus den Hegelschen Frühschriften zieht und die durch Kommunikation gelingt.<sup>2</sup> Gegen Adornos *Ästhetische Theorie* wendet Habermas ein, sie halte einen Vorbegriff gelungenen Lebens einzig im Nicht-Identischen ästhetischer Erfahrung, im Außeralltäglichen der Kunst für möglich.

Während bei Adorno Utopie nur in der Erfahrung des avantgardistischen Kunstwerkes aufscheint, wurzelt sie bei Habermas in der konkreten sprachlichen Verständigung: „Die utopische Perspektive von Versöhnung und Freiheit ist in den Bedingungen einer kommunikativen Vergesellschaftung der Individuen angelegt, sie ist in den sprachlichen Reproduktionsmechanismus der Gattung schon eingebaut.“<sup>3</sup> Mit seiner Konzeption will Habermas das emanzipatorische Potenzial der Alltagspraxis retten.<sup>4</sup>

Gegenüber ästhetisch grundierten Auffassungen wie denjenigen Adornos, Horkheimers und Marcuses, „daß die Kultur in postliberalen Gesellschaften ihre Autonomie einbüßt und in den entsublimierten Formen der Massenkultur dem Getriebe des ökonomisch-administrativen Systems einverleibt wird“ und zugleich dafür sorgt, dass dessen Herrschaft intrapsychisch verlängert wird, insistiert Habermas darauf, dass in der kommunikativen Alltagspraxis der Lebenswelt „Rationalitätsstrukturen verkörpert sind.“<sup>5</sup>

---

1 So beispielsweise *H. Brunkhorst*, Habermas, Stuttgart 2006. Die Entwicklung der Habermasschen Rechtslehre skizziert Mathieu Deflem in: *M. Deflem*, The Legal Theory of Jürgen Habermas, in: R. Banakat/M. Trevers (Hrsg.), *Law and Social Theory*, Oxford: Bloomsbury 2013, S. 70–95.

2 *A. Honneth*, Adorno und Habermas. Zur kommunikationstheoretischen Wende kritischer Sozialphilosophie, in: H. Schwab-Felisch (Hrsg.), *Merkur. Zeitschrift für europäisches Denken* 33 (374), 1979, S. 648–665 (651).

3 *J. Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Bd. 1, Frankfurt a. M. 1981, S. 533. Siehe auch ebendort, S. 514–516. Vgl. *Honneth*, Adorno (Fn. 2), S. 657 und *J. Habermas*, *Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen*, Frankfurt a. M. 1983, S. 393.

4 Ich folge hier den Ausführungen von Nina Tessa Zahner, *N. Zahner*, Jürgen Habermas und die Kunst, in: C. Steuerwald (Hrsg.), *Klassiker der Kunstsoziologie. Prominente und wegweisende Ansätze*. Reihe: Kunst und Gesellschaft, Wiesbaden 2017, S. 679–704.

5 *J. Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Bd. 2, Frankfurt a. M. 1981, S. 561.

Gegen die „Idee einer allein noch individuell formulierbaren oder gestaltbaren Unterdrückungs- und Leidenserfahrung“<sup>6</sup>, die in den singulären Momenten ästhetischer Erfahrung eine Alternative zur fortschreitenden Durchsetzung der herrschaftlich-instrumentellen Rationalität andeutet, setzt Habermas die sprachliche Interaktion als Rahmen zur Entfaltung von Rationalität auf der Ebene gesellschaftlicher Institutionen. Sprachliche Symbole sind ebenso objektiv wie subjektiv. Sie gliedern die Welt intersubjektiv, sie können zwischen verschiedenen symbolischen Formen übersetzen und „Einzelfälle zu exemplarischen Fällen eines gegliederten Ganzen“<sup>7</sup> verallgemeinern. Sprachliche Strukturen und symbolische Welten sind nicht nur „im Kopf“, sondern objektiv. Mittels der Sprache können verschiedenste Handlungen ausgerichtet und koordiniert werden. Auch rein sprachlich können Handlungen vollzogen werden.

Wer spricht, argumentiert, sich rechtfertigt, lässt sich mit dem Austausch von Gründen und Wissen auf einen Prozess der Rationalisierung ein. Durch diese Bindung an die Vernunft ist Sprache sowohl dem sinnlichen Eindruck als auch der Gewöhnung überlegen.<sup>8</sup> Krisen und gesellschaftliche Pathologien sieht Habermas „als Erscheinungsformen systematisch verzerrter Kommunikation.“<sup>9</sup>

Ein wichtiger Grund für eine solche Verzerrung sind abgekoppelte Expertenkulturen.<sup>10</sup> Hier zeigt sich ein wichtiger radikaldemokratischer Impuls, denn Habermas betont die Widerständigkeit von „Verfahren der diskursiven Willensbildung, welche die Beteiligten selbst in die Lage versetzen könnten, konkrete Möglichkeiten eines besseren und weniger gefährdeten Lebens nach eigenen Bedürfnissen und [...] Einsichten aus eigener Initiative zu verwirklichen.“<sup>11</sup> Diesen „radikaldemokratischen Komponen-

---

6 Honneth, Adorno (Fn. 2), S. 649.

7 J. Habermas, Die befreiende Kraft der symbolischen Formgebung. Ernst Cassirers humanistisches Erbe und die Bibliothek Warburg, in: J. Habermas, Vom sinnlichen Eindruck zum symbolischen Ausdruck. Philosophische Essays, Frankfurt a. M. 1996, S. 9–40 (19).

8 Habermas, Kraft (Fn. 7), S. 30–37.

9 J. Habermas, Entgegnung, in: A. Honneth/H. Joas (Hrsg.), Kommunikatives Handeln. Beiträge zur Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt a. M. 1986, S. 327–405 (342).

10 J. Habermas, Die Philosophie als Platzhalter und Interpret, in: J. Habermas, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt a. M. 1983, S. 9–28 (25–26).

11 J. Habermas, Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien, in: J. Habermas, Die neue Unübersichtlichkeit. Kleine Politische Schriften V, Frankfurt a. M. 1985, S. 141–166 (161–162).

ten“ spezifischer Teilöffentlichkeiten spricht Habermas die Fähigkeit zu, der voranschreitenden Abschottung der politischen Öffentlichkeit und der Delegitimierung lebensweltlicher Positionen entgegenzuwirken.<sup>12</sup> Habermas' Hoffnung ist es, dass der Widerstand aus den „schwer greifbaren Kommunikationsströmen“ im Mikrobereich alltäglicher Kommunikation entspringt.<sup>13</sup> Die Abschottung der Expertenkulturen und Delegitimierung der alltäglichen Lebenswelt geschieht aber vor allem durch das Recht.

Schon in seiner Theorie des kommunikativen Handelns hatte Habermas eine Theorie der Kolonisierung der Lebenswelt durch das Recht entwickelt. Diese Kolonisierung vollzieht sich durch die Entstehung des Staates und nicht zuletzt durch Effekte, die zunächst als Schutzmechanismen der Lebenswelt gegenüber dem Staat und den Märkten erschienen: die Einführung subjektiver Rechte und die Institution des demokratischen Rechtsstaates. Bei der Verwirklichung des Sozialstaates wirkt das Recht nicht mehr als lebensweltlich legitimierte „Institution“, sondern als „Medium“, als Organisationsinstrument des Staates. Im Sozialrecht, im Schul- und Familienrecht dient die Verrechtlichung dem Schutz der benachteiligten Subjekte, untergräbt oder beschneidet jedoch deren kommunikative Macht. „Die sozialstaatlichen Verbürgungen [sollen] dem Ziel der sozialen Integration dienen und gleichwohl die Desintegration derjenigen Lebenszusammenhänge fördern, die durch eine rechtsförmige Sozialintervention vom handlungskoordinierten Verständigungsmechanismus abgelöst und auf Medien wie Macht und Geld umgestellt werden.“<sup>14</sup>

Die Auflösung des Dilemmas liegt für ihn nicht in der Rückkehr zu vorrechtlichen Gewaltverhältnissen, sondern in lokalen, flexiblen Schlichtungsverfahren: „An die Stelle des als Medium benutzten Rechts [...] müssen Verfahren der Konfliktregelung treten, die den Strukturen verständigungsorientierten Handelns angemessen sind – diskursive Willensbildungsprozesse und konsensorientierte Verhandlungs- und Entscheidungsverfahren.“<sup>15</sup> Daniel Loick kommentiert: „Dem liegt die richtige Idee zugrunde, dass ein Teil des Problems der Kolonisierung darin besteht, dass die Verrechtlichung nicht die Selbstvertretung der Betroffenen fördert, sondern eine paternalistische Protektion von außen initiiert und so entmündigende Wirkungen hat. Eine interne Demokratisierung könnte demgegenüber dazu beitragen, dass die Akteur\_innen sich als Subjekte verste-

---

12 Habermas, *Krise* (Fn. 11), S. 141 (156–159).

13 Habermas, *Krise* (Fn. 11), S. 141 (154, 159–160).

14 Siehe Habermas, *Theorie* (Fn. 5), S. 534.

15 J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Bd. 3, Frankfurt a. M. 1981, S. 544.

hen, die ihre Lebensumstände autonom gestalten, und nicht als Objekte, die von dritter Seite zu schützen sind. Zugleich bleibt diese Lösung jedoch aus zwei Gründen unbefriedigend: Erstens ist nicht ganz nachzuvollziehen, wie eine Demokratisierung der Lebenswelt ohne gleichzeitige Verrechtlichung zu institutionalisieren wäre [...]. Dies verweist bereits auf den zweiten Punkt [...]. Gegenüber derartigen fundamentalen Abhängigkeitsverhältnissen ist die Idee demokratischer Mitwirkung aber bestenfalls abstrakt, schlechtestenfalls ideologisch; denn ebenso wie das Recht trägt sie den Betroffenen eine fremde Logik an, die ihren konkreten Bedürfnissen überhaupt nicht Rechnung trägt [...]. Habermas' Kritik der Verrechtlichung, so kann man zusammenfassend sagen, ist selbst noch zu sehr vom Standpunkt des Rechts aus gedacht und versäumt es, gerade die nichtrechtlichen Bedingungen des Rechts in die Analyse mit einzubeziehen.<sup>16</sup> Loick fordert deshalb, ein „menschliches“ Recht zu schaffen, das – radikal demokratisiert – „die wirklichen, empirischen Menschen nicht nur an der Legislation, sondern auch an der Interpretation und der Exekution des Rechts teilhaben lässt.“<sup>17</sup>

Aber will Habermas das prinzipiell nicht auch? Was heißt: „interpretieren“ und „teilhaben“ in diesem Zusammenhang? Der entscheidende Unterschied, scheint mir, liegt hier in der Tat weniger im Bereich der Legislative und der Exekutive, als vielmehr in dem der Rechtsprechung; in der Frage, was die Form des Rechtes und wie Recht anzuwenden ist. Denn in der Rechtsprechung erweist sich, dass nicht einzelne Gesetze oder auch eine Veränderung ganzer Bereiche des positiven Rechts aus dem von Loick triftig benannten Dilemma herausführen würde. Im Recht als Medium machtbasierter Sozialintervention, wie es der Rechtsstaat an die Stelle lokaler konfliktlösender Verfahren setzt, können dem Staat, der Form dieses Rechtes gemäß, nur die Träger subjektiver Rechtsansprüche entgegen treten. Andere Formen und Ansprüche können in diesem Recht nicht wahrgenommen werden – ein Problem der Rechtsästhetik.

Verständigungsorientierte Verfahren zur Konfliktlösung sind dieser Form nicht immer angemessen, denn sie müssen sich auf Reales, auf Affekte und Emotionen, auf Verletzungen und Evidenzen einlassen können. Für Habermas jedoch wird Wirklichkeit grundsätzlich durch die zur Verfügung stehenden Symbole und kommunikativen Formen konstituiert. Sie wird aus seiner Sicht folglich nur im Rahmen einer jeweiligen Sprache

---

16 D. Loick, *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, Berlin 2017, S. 241 f.

17 Loick, *Juridismus* (Fn. 16), S. 331.

wahrnehmbar und verhandelbar. Wahrheit kann deshalb nur als Übereinstimmung innerhalb einer „Interpretationsgemeinschaft“ konzipiert werden: „Die Welt als Inbegriff möglicher Tatsachen konstituiert sich nur für eine Interpretationsgemeinschaft, deren Angehörige sich innerhalb einer intersubjektiv geteilten Lebenswelt miteinander über etwas in der Welt verständigen. ‚Wirklich‘ ist, was sich in wahren Aussagen darstellen läßt, wobei sich ‚wahr‘ wiederum mit Bezugnahme auf den Anspruch erklären läßt, den einer gegenüber Anderen erhebt, indem er eine Aussage behauptet. Mit dem assertorischen Sinn seiner Behauptung erhebt ein Sprecher den kritisierbaren Anspruch auf die Gültigkeit der behaupteten Aussage; und weil niemand über die Möglichkeit eines direkten Zugriffs auf interpretierte Geltungsbedingungen verfügt, muß ‚Gültigkeit‘ epistemisch verstanden werden als ‚Geltung, die sich für uns erweist‘. Der berechtigte Wahrheitsanspruch eines Proponenten soll sich mit Gründen gegen die Einwände möglicher Opponenten verteidigen lassen und am Ende auf ein rational motiviertes Einverständnis der Interpretationsgemeinschaft im Ganzen rechnen dürfen.“<sup>18</sup>

Allerdings ist sich Habermas bewusst, dass diese Geltung nichts weiter als das Ergebnis einer Argumentation bzw. der Konsens auf der Basis sprachlich formulierbarer Gründe ist, der nicht identisch mit den außersprachlichen Realitäten ist, denn in jeder derartigen Konsenswahrheit artikulieren sich vor allem die unbefragten Annahmen einer Lebensform: „Dabei genügt die Bezugnahme auf irgendeine besondere Interpretationsgemeinschaft, die sich in ihrer partikularen Lebensform eingerichtet hat, allerdings nicht. Auch wenn wir aus der Sphäre von Sprache und Argumentation nicht ausbrechen können und die Realität als die Gesamtheit dessen verstehen müssen, was wir in wahren Aussagen repräsentieren können, darf im Realitätsbezug der Bezug zu etwas von uns Unabhängigem, in diesem Sinne Transzendente nicht verlorengehen. Mit jedem Wahrheitsanspruch transzendieren Sprecher und Hörer die provinziellen Maßstäbe jedes einzelnen Kollektivs [...]“<sup>19</sup> Habermas will nun aber keine Wahrnehmung zulassen, die die symbolischen Formen des Kommunikationssystems überschritte, sondern vertraut auf eine „Transzendenz von innen“, die er in einem unter idealen Bedingungen erreichten Konsens sieht. Wahrheit versteht Habermas folglich „als rationale Akzeptabilität, d.h. als

---

18 J. Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a. M. 1992, S. 29. Habermas recurriert an dieser Stelle auf Peirce.

19 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 30.

die Einlösung eines kritisierbaren Geltungsanspruches unter den Kommunikationsbedingungen eines im sozialen Raum und in der historischen Zeit ideal erweiterten Auditoriums urteilsfähiger Interpreten.“<sup>20</sup>

## II.

Schon an dieser Stelle offenbart sich ein charakteristischer Zug des Habermasschen Philosophierens, nämlich auf der einen Seite ein hohes Problembewusstsein und auf der anderen Seite allzu konventionelle Lösungen. Denn auch wenn nicht leicht vorstellbar ist, wie man unabhängig von den Beschränkungen einer jeweiligen, an eine Lebensform gebundenen Sprache über etwas anderes als eine sprachliche Repräsentation von Tatsachen beraten und entscheiden könnte, so ist doch auch Habermas klar, dass der bloße, rational motivierte Konsens über das in wahren Aussagen Repräsentierte nicht identisch ist mit dem von jedweder Interpretationsgemeinschaft unabhängigen Realen. Und dieses Nichtidentische ist oft das Strittige, das, was nach Gerechtigkeit verlangt und das Urteile jedenfalls auch treffen müssen. Es gälte also, Methoden zu finden, die einen Abgleich zwischen der sprachlich-symbolischen Darstellung und dem Realen erlauben. Bei Adorno heißt diese Methode Ästhetik.

In Streitfällen wird gerade darum gerungen: wie das Nichtsprachliche in Sprachliches zu übersetzen sei. Im rechtlichen Urteilen sind entsprechend meist nicht die Grundsätze selbst strittig, sondern deren Anwendung bei drängenden Konflikten. Das Urteilen umfasst mindestens zwei Prozesse, ein Erfassen der Tatsachen, das in einer Beschreibung mündet, und eine Anwendung rechtlicher Normen auf diese Beschreibung. Diesen Vorgang hält Habermas für zu anspruchsvoll für „Adressaten“ und spricht sich deshalb dafür aus, (auch ohne expliziten Konsens seitens dieser Adressaten) professionellen Richtern die Arbeit an der Entscheidung zu übertragen.<sup>21</sup>

Obschon Habermas nun dafür hält, dass der Vorgang der Rechtsanwendung für die Adressaten zu komplex ist, wird doch vorausgesetzt, dass die Befolgung des Rechts jedem möglich ist, weil nur dann Recht gilt.<sup>22</sup>

An anderer Stelle jedoch definiert Habermas ein allgemeines Prinzip, demzufolge nicht nur die Befähigung zur Befolgung bei den Adressaten

---

20 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 30.

21 Siehe Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 147; vgl. S. 106.

22 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 148.

vorausgesetzt werden muss, damit Handlungsnormen gültig sind, sondern ihre (prinzipielle) Zustimmung zu diesen: „Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.“<sup>23</sup>

Dieses „Könnten“ ist symptomatisch für Habermas, für den (radikale) Demokratie meist eine kontrafaktische Unterstellung oder eine handlungsleitende Idee bleibt, niemals aber eine reale Praxis wird. Nichtsdestotrotz kritisiert er selbst an anderer Stelle die Einebnung der Differenz zwischen prinzipieller Zustimmung zum Rechtsstaat und tatsächlicher Autonomie: „Die Idee der Selbstgesetzgebung von Bürgern fordert nämlich, daß sich diejenigen, die als Adressaten dem Recht unterworfen sind, zugleich als Autoren des Rechts verstehen können. Und dieser Idee können wir nicht schon damit genügen, daß wir das Recht auf gleiche subjektive Handlungsfreiheiten als ein moralisch begründetes, vom politischen Gesetzgeber nur noch zu positivierendes Recht begreifen [...]. Selbst wenn jedes Rechtssubjekt in der Rolle einer moralischen Person einsieht, daß es sich bestimmte juridische Gesetze selber hätte geben können, beseitigt diese nachträglich und jeweils privatim vorgenommene moralische Ratifikation keineswegs den Paternalismus einer ‚Herrschaft der Gesetze‘, der politisch heteronome Rechtssubjekte insgesamt unterworfen bleiben. Nur die *politisch autonome* Rechtsetzung ermöglicht auch den Adressaten des Rechts ein richtiges Verständnis der Rechtsordnung im Ganzen.“<sup>24</sup>

Deshalb fordert Habermas immer wieder die chancengleiche, politisch autonome Teilnahme an Prozessen der Meinungs- und Willensbildung. Diese sollte nun kein prinzipielles Als-Ob, sondern eine tatsächliche Beteiligung an der Entscheidung über die Regel des Zusammenlebens sein. Dabei ist weder die Rechtsform noch der Verfassungsgebungsprozess gesetzt. Vielmehr muss die Versammlung der Bürger erst Verfahren der Legislation und Juridiktion festlegen; vernünftigerweise folgt sie dabei Regeln, aufgrund derer ihre Versammlung als Versammlung von Freien und Gleichen denkbar wird: „Gemäß dem Diskursprinzip dürfen genau die Normen Geltung beanspruchen, die die Zustimmung aller potentiell Betroffenen finden könnten, sofern diese überhaupt an rationalen Diskursen teilnehmen. Die gesuchten politischen Rechte müssen daher die Teilnahme an allen gesetzgebungsrelevanten Beratungs- und Entscheidungsprozessen in der Weise gewährleisten, daß darin die kommunikative Freiheit eines jeden, zu kritisierbaren Geltungsansprüchen Stellung zu nehmen, gleichmä-

---

23 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 138.

24 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 153 f.

ßig zum Zuge kommen kann.<sup>25</sup> Es geht folglich dabei um nichts geringeres als um die performative Konstitution politischer Autonomie.

Politische Autonomie konstituiert und verwirklicht sich im verfassungsgebenden Akt, denn wer sich politische Regeln selbst gibt, erfindet die Regelgebungskompetenz und wendet sie zugleich auf sich selbst an. Dieses Selbst ist dann dasjenige, was sich, zusammen mit allen anderen, bestimmt.<sup>26</sup> Nun ist die Frage, ob die Regeln, die dabei ausgearbeitet und beschlossen werden, ein System subjektiver Rechte ergeben müssen, ob also mit dem Demokratieprinzip die Rechtsform zugleich mit gesetzt ist. Denn die einzige Anforderung, denen die Regeln zu genügen haben, ist, dass durch sie die gleiche Teilnahme am Rechtsetzungsprozess gewährleistet werden muss.

Eine zweite Anforderung sieht Habermas in der „Erzeugung des Rechtsmediums“, da „mit dem System der Rechte zugleich die Sprache geschaffen werde[n] [muß], in der sich eine Gemeinschaft als eine freiwillige Assoziation freier und gleicher Rechtsgenossen verstehen kann.“<sup>27</sup> Habermas liefert hier eine funktionale Erklärung der Rechtsnorm, die jedoch eine Einschränkung enthält, die folgenreich ist: Während die Deliberation prinzipiell auch das Vorbringen nichtsprachlicher Evidenzen und nicht allen verständlicher Äußerungen erlaubt, ist das Kriterium allgemeiner (Selbst-)Verständlichkeit, das Habermas hier fordert, vielleicht für die Selbstgesetzgebung einer freien Assoziation einsichtig, die rational akzeptabel und gewaltlos vonstatten gehen soll. „Strukturen unversehrter Inter-subjektivität“<sup>28</sup> müssen prinzipiell jedoch auch anderen emotionalen, affektiven, singulären und nicht-konventionellen Artikulationsformen offen stehen, um Ansprüchen an eine konflikttaugliche Öffentlichkeit und Pluralität zu genügen.

Autonomie verwirklicht sich in selbstgegebenen Regeln der Interaktion; nicht notwendigerweise in einem Rechtsstaat. Dieser hat Habermas zufolge die Aufgabe, die autonome Selbstorganisation zu sichern und „sozialintegrative Kraft“ zu entfalten. Unter einem Rechtsstaat ist deshalb keine Gesetzes- oder Rechtsherrschaft zu verstehen, sondern die systematische Entfaltung des Rechts in einer Verfassung, sodass in der ganzen Gesellschaft das selbstgegebene Recht gilt. Regeln in Form von Gesetzen müssen sich die Bürger selbst geben wollen. Habermas unterstellt, dass die Art von Re-

---

25 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 161.

26 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 162; vgl. S. 138 f.

27 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 142 f.

28 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 188.

geln, die die Versammlung der Bürger\_innen sich gibt, Gesetze sind. Dabei versteht er unter Gesetz zunächst nicht mehr und nichts anderes als deliberativ ermittelte und explizit beschlossene generelle Normen. „Die demokratische Genese und nicht apriorische Rechtsprinzipien, denen das Gesetz zu entsprechen hätte, sichert dem Gesetz Gerechtigkeit.“<sup>29</sup>

Gesetze sind keine Voraussetzung von Autonomie, ebenso wenig wie die Form des Rechtsstaats oder ein Rekurs auf Rechtsprinzipien. Politische Subjekte geben sie sich in einem Willensbildungsprozess, der diskursiv so strukturiert ist, dass eine „vernünftige Behandlung politischer Fragen gewährleistet“<sup>30</sup> ist und seine Ergebnisse deshalb rational akzeptabel sind. Rational akzeptabel sind sie aber nicht schon aufgrund der Einsehbarkeit der vorgebrachten Gründe und aus der Verständlichkeit der Sprache, in der sie vorgebracht werden, sondern erst, wenn sichergestellt ist, dass „alle relevanten Fragen, Themen und Beiträge zur Sprache kommen und auf der Grundlage der bestmöglichen Informationen und Gründe in Diskursen und Verhandlungen verarbeitet werden. Es ist diese rechtliche Institutionalisierung bestimmter Verfahren und Kommunikationsbedingungen, die eine effektive Inanspruchnahme gleicher kommunikativer Freiheiten möglich macht und zugleich zum pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft bzw. zum fairen Ausgleich von Interessen *anhält*.“<sup>31</sup> Die Artikulationsform darf dabei nicht vorentscheiden, was als relevant und was als Thema überhaupt in Frage kommt. Denn Vernunft kommt nicht allein durch die Verfahrensrationalität ins Spiel, sondern erfordert auch die anarchische Freiheit der Kommunikation<sup>32</sup> sowie eine offene Vielfalt der Formen der Darstellung und Wahrnehmung.

Habermas erkennt also durchaus an, dass der Unterschied, ob ich hätte zustimmen können oder tatsächlich zugestimmt habe, nicht zu vernachlässigen ist und dass in einer Deliberation alles Relevante die Chance haben muss, zur Sprache zu kommen, wenn es vielleicht auch an der Versprachlichung scheitert. Die plurale, wenn nicht konträre Anfangsartikulation ist ebenso wichtig wie das Erzielen eines Konsenses. Deswegen ist Habermas auch nicht darin zu folgen, dass Demokratien notwendig aufgrund der Bevölkerungsgröße ein Parlament benötigen.<sup>33</sup> Auf systematischer Ebene will Habermas die Einschränkung auf das Parlament durch eine informel-

---

29 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 232, mit Verweis auf Ingeborg Maus.

30 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 210; vgl. S. 217.

31 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 210.

32 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 228 f.

33 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 210.

le Struktur von Arenen kompensieren, in denen autonome Öffentlichkeiten interagieren.<sup>34</sup>

Habermas' diskurstheoretische Fundierung politischer Prozesse orientiert sich nicht allein an Erfordernissen der Legitimität, sondern zielt stets auch auf bessere, weil rationalisierende und am Ende dann wahrheitsverbürgende Verfahren. Die daraus abgeleiteten Prinzipien stellen allerdings nicht nur hohe Anforderungen an die Qualität deliberativer Praktiken und tatsächlicher Entscheidungsfindung bei der Verfassung, sondern auch an die Jurisdiktion, die bis heute nicht eingelöst sind.

Argumentationsgesteuerte Verständigungsprozesse sollen die rationale Akzeptabilität nicht nur von Gesetzen, sondern auch von richterlichen Entscheidungen begründen.<sup>35</sup> Während Habermas nun aber nicht aus Gründen der Rationalisierung, sondern lediglich aufgrund einer pragmatischen Vermutung für die Einrichtung eines Parlamentes optiert, liegen für ihn hinsichtlich der Jurisprudenz die Gründe für die Expertokratie in der Rechtssystematik. „Der Richter“ erfüllt dabei drei Rollen, er ist Repräsentant der Rechtsgemeinschaft, er ist neutral und er ist fähig zur öffentlichen Begründung des Urteils.<sup>36</sup> Die gänzlich andere demokratische Rechtsprechung in den *Dikasteria* des demokratischen Athen nimmt Habermas hier offensichtlich nicht zur Kenntnis. Er bleibt auch einem Grund schuldig, weshalb die Argumentationslogik der Rechtsanwendung die Kompetenz eines Richters erfordert und „Sache von Experten“<sup>37</sup> bleiben muss. Denn für Gerichtshöfe kann die Entscheidung durchaus nach kollegialer Diskussion durch die Mehrheitsregel getroffen werden und lediglich eine vorläufige Wahrheit festhalten.<sup>38</sup>

Nur weil Habermas unterstellt, dass die richterliche Entscheidung nicht einfach die Anwendung einer Norm auf einen Fall ist, sondern sich vor allem an den Kriterien der Erwartbarkeit und der Konsistenz bewährt, sieht er professionelle Richter als besonders befähigt dazu an, autoritativ zu entscheiden, „was jeweils recht und unrecht ist.“<sup>39</sup> Rechtssicherheit in diesem Sinne kann allerdings nur analoge Fälle gleich behandeln und keine, dem

---

34 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 211.

35 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 214.

36 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 212.

37 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 221.

38 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 220.

39 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 229; vgl. S. 236. Christoph Menke hat darauf verwiesen, dass schon Tocqueville zur „Milderung der Mehrheitstyannei“ das aristokratische Element der „Rechtskundigen“ lobt. Der antidemokratische Charakter der Herrschaft des Rechts findet sich auch bei Dworkin. S. 106. Menke folgert:

jeweiligen Fall angemessene, richtige Entscheidung garantieren.<sup>40</sup> Die Analyse dieser Spannung liegt im Zentrum der Habermasschen Rechtsphilosophie: „Weil alle Rechtskommunikationen auf einklagbare Ansprüche verweisen, bildet das Gerichtsverfahren den Fluchtpunkt für die Analyse des Rechtssystems [...]. Die dem Recht immanente Spannung zwischen Faktizität und Geltung manifestiert sich innerhalb der Rechtsprechung als Spannung zwischen dem Prinzip der Rechtssicherheit und dem Anspruch, richtige Entscheidungen zu fällen.“<sup>41</sup>

Rechtssicherheit und Konsistenz angesichts des „unübersichtlichen Geflechts vergangener Entscheidungen des Gesetzgebers und der Justiz oder gewohnheitsrechtlicher Überlieferungen“<sup>42</sup> fördern die sozialintegrative Funktion der Rechtsordnung. Das Fällen von Urteilen bei konfligierenden Ansprüchen büßt jedoch seinen Legitimitätsanspruch ein, wenn es lediglich zu erwartbaren, aber nicht zu rational akzeptablen Entscheidungen führt. „Das Rationalitätsproblem der Rechtsprechung besteht also darin, wie die Anwendung eines kontingent entstandenen Rechts intern konsistent vorgenommen und extern rational begründet werden kann, um gleichzeitig Rechtssicherheit und Richtigkeit zu garantieren.“<sup>43</sup>

Die interne Konsistenz kann nicht allein durch die Deduktion aus der Rechtsnorm geleistet werden. „Die juristische Hermeneutik hat das Verdienst, gegen das konventionelle Modell der Rechtsentscheidung als einer Subsumtion des Falles unter eine zugehörige Regel die Aristotelische Einsicht wieder zur Geltung gebracht zu haben, daß keine Regel ihre eigene Anwendung regeln kann. Ein regelkonformer Sachverhalt konstituiert sich erst dadurch, daß er in Begriffen einer auf ihn angewendeten Norm beschrieben wird, während die Bedeutung der Norm eben dadurch, daß die-

---

„Herrschaft der Besten‘ bedeutet, dass sich im Recht auf dem Grund der Gleichheit ein Gegensatz, genauer eine Hierarchie durchsetzt [...]. Das Problem ist stets dasselbe: dass die Gerechtigkeit, die die rechtliche Prozedur praktiziert, in nichts anderem als darin besteht, dass durch den oder die Richter die Bürgerschaft als Ganze über einzelne Bürger urteilt. Das heißt hier ‚Unparteilichkeit‘. Durchs Recht spricht die politische Einheit der Bürger.“ (C. Menke, *Recht und Gewalt*, Berlin 2011, S. 28 f., S. 106).

40 Für Robert Cover ist jeder Richtspruch ein Gewaltakt. Siehe R. Cover, *Narrative, Violence, and the Law*, hrsg von M. Minow/M. Ryan/A. Sarat, Ann Arbor: The University of Michigan Press 1992, S. 203–238.

41 Habermas, *Faktizität* (Fn. 18), S. 241 f.

42 Habermas, *Faktizität* (Fn. 18), S. 243.

43 Habermas, *Faktizität* (Fn. 18), S. 244.

se auf einen regelspezifischen Sachverhalt Anwendung findet, konkretisiert wird.“<sup>44</sup>

Im Zentrum richterlichen Urteilens wird also die Kunst der normadäquaten und diese zugleich präzisierenden Beschreibung stehen. Doch diese Hermeneutik basiert auf Vorverständnissen und das „Vorverständnis des Richters [ist] durch die Topoi eines sittlichen Traditionszusammenhangs geprägt [...]. Die Rationalität einer Entscheidung soll sich letztlich [...] an den ‚der lex vorauseilenden jurisprudentiellen Weisheiten‘ bemessen. Die zur Rechtstheorie entfaltete Hermeneutik hält am Legitimitätsanspruch der richterlichen Entscheidung fest. Die Unbestimmtheit eines zirkulären Verstehensprozesses kann mit Bezugnahme auf Prinzipien schrittweise reduziert werden. Aber diese Prinzipien können sich nur aus der Wirkungsgeschichte derjenigen Rechts- und Lebensform legitimieren, in der sich der Richter selbst kontingenterweise vorfindet.“<sup>45</sup>

Der Ethos der Richter stellt aber keine überzeugende Grundlage des Urteilens dar, denn das historisch Bewährte könnte sich als schieres Vorurteil entpuppen. Das Ermessen des Richters bleibt interessengesteuert. Dem wirkt nur der (von Theoretikern wie Hans Kelsen und H.L.A. Hart herausgearbeitete) normative Eigensinn der Rechtssätze und der systematische Aufbau des Regelsystems entgegen, das sich gegenüber Außerrechtlichem als undurchlässig erweist.<sup>46</sup> Innerhalb des Rechtssystems sind Regeln genau dann gültig, wenn sie von den zuständigen Institutionen regelrecht erlassen worden sind. Doch wenn Urteile streng nur den Regeln des Rechtssystems gemäß gefällt werden, so kann nur garantiert werden, dass Urteile rechtssicher sind, nicht aber, dass sie richtig sind: „Soweit das geltende Recht zur genauen Bestimmung eines Sachverhalts nicht ausreicht, muß der Richter eben nach eigenem Ermessen entscheiden. Der Richter füllt seinen Ermessensspielraum durch juristisch nicht begründbare Präferenzen aus und orientiert seine Entscheidungen gegebenenfalls an moralischen Maßstäben, die durch die Autorität des Rechts nicht mehr gedeckt sind.“<sup>47</sup>

Doch auch Dworkins deontologischer Ansatz einer konstruktiven Interpretation kann dieses Dilemma letztlich nicht ausräumen. Zwar erlaubt idealiter die Orientierung an vorgelagerten legitimen Prinzipien die begründbare Ableitung richtiger Entscheidungen. Doch Habermas wendet

---

44 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 244.

45 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 245.

46 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 247.

47 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 248.

ein: „Richter wählen Prinzipien und Zielsetzung und konstruieren daraus eigene Rechtstheorien, um mit ihrer Hilfe Entscheidungen zu ‚rationalisieren‘, d.h. die Vorurteile zu kaschieren, mit denen sie die objektive Unbestimmtheit des Rechts kompensieren.“<sup>48</sup>

Die Rationalisierung und die öffentliche Begründung sind nicht unerheblich, der Entscheidung aber nachgeordnet. Diese, die Normanwendung, begreift Habermas als Verschränkung von Situationsbeschreibung und Konkretisierung der allgemeinen Norm: „Letztlich entscheidet die Bedeutungsäquivalenz zwischen der Sachverhaltsbeschreibung, die Bestandteil der Situationsdeutung ist, und der Sachverhaltsbeschreibung, die die deskriptive Komponente, also die Anwendungsbedingung der Norm festlegt.“<sup>49</sup> Schon an dieser Stelle ist auffällig, wie wenig Aufmerksamkeit Habermas der Möglichkeit adäquater Wahrnehmung schenkt, die doch die Voraussetzung jedweder zutreffenden Sachverhaltsbeschreibung ist.

Habermas übergeht diese ästhetische Problematik und leitet aus seiner Konsenstheorie der Wahrheit zwei lediglich sprachinterne Rationalisierungsanforderungen ab: Soll sich die Annäherung der beiden Beschreibungen rational rechtfertigen, so gelingt dies aus seiner Sicht nur mit Bezug auf zwei Horizonte, nämlich den „Geist der Verfassung“ einerseits, und die „Rechtspraxis“ der jeweiligen Rechtsgemeinschaft andererseits. Die Richterin muss sich folglich im Urteilen nicht durch ihr wahrnehmungsgestütztes Verständnis der jeweiligen realen Situation, sondern nur durch ihre professionellen Kenntnisse und Fertigkeiten, wie auch durch ihre Repräsentation der Staatsbürgerschaft als qualifiziert zeigen. Allein die Professionalität sichert weder eine sichere noch eine richtige Anwendung der Norm: „Der einzelne Richter muß seine konstruktive Interpretation grundsätzlich als ein gemeinsames Unternehmen konzipieren, das von der öffentlichen Kommunikation der Staatsbürger getragen wird.“<sup>50</sup> Die alleinige Bindung an die „Interpretationsgemeinschaft von juristischen Experten“, ein Vorschlag von Owen Fiss (1982), überzeugt Habermas nicht:

„Einerseits dienen [diese Regeln] der prozeduralen Rechtfertigung der richterlichen Entscheidungspraxis und begründen insofern die Gültigkeit juristischer Urteile, andererseits wird die Gültigkeit der Verfahrensprinzipien und Auslegungsmaximen selbst mit dem Hinweis auf bewährte Praktiken und Überlieferungen einer allerdings auf Rationalität und rechtsstaatliche Prinzipien verpflichteten Expertenkultur ausgewiesen [...]. Aus

---

48 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 262.

49 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 267.

50 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 274.

der Beobachterperspektive haben solche Standards aber nur den Status eines berufsethischen Regelsystems, das sich selber legitimiert.“<sup>51</sup>

Deshalb muss der Prozess des Urteilens als ein „kooperatives Verfahren der Theoriebildung“ gedacht werden. Habermas' Diskurstheorie des Rechts macht entsprechend „die rationale Akzeptabilität von richterlichen Urteilen nicht nur von der Qualität der Argumente, sondern von der Struktur des Argumentationsprozesses abhängig [...]. Sie stützt sich auf einen starken Begriff der Verfahrensrationalität, wonach die Eigenschaften, die für die Gültigkeit eines Urteils konstitutiv sind, nicht nur in der logisch-semantischen Dimension des Aufbaus von Argumenten und der Aussagenverknüpfung, sondern auch in der pragmatischen Dimension des Begründungsprozesses selbst gesucht werden.“<sup>52</sup>

Ob die Geltungsbedingungen eines Urteils erfüllt sind, lässt sich Habermas zufolge also weder unter Rekurs auf empirische Evidenzen noch durch ideale Anschauung klären, sondern nur durch eine argumentativ durchgeführte Begründung. Das argumentative Verfahren der kooperativen Wahrheitssuche ist zwar stets vorläufig, wie Habermas unterstreicht, kommt aber zum Abschluss dann, wenn idealiter sicher gestellt wird, dass auf einem Forum, auf dem sich alle Stimmen Gehör verschaffen können, alle zu einer Zeit themenspezifisch verfügbaren relevanten Gründe und Informationen zum Zuge kommen und wenn es gelingt, „in einem zwanglosen, aber geregelten Wettbewerb um die besseren Argumente auf der Grundlage der besten Informationen und Gründe für eine strittige Äußerung die Zustimmung eines universalen Auditoriums zu gewinnen.“<sup>53</sup>

Habermas spricht hier von einer Entschränkung der höherstufigen Intersubjektivität des beratenden Kollektivs, von der erweiterten Perspektive der ersten Person Plural und von einem konkreten Allgemeinen, das von allem Substantiellen gereinigt in der Kommunikationsstruktur liegt.

Habermas entgeht dabei durchaus nicht, dass aufgrund der Unbestimmtheit des Rechtes Urteile oft den Charakter von Grundsatzentscheidungen annehmen, weil die Gerichte – bis hin zum Verfassungsgericht – interpretieren: „Immerhin soll die richtige Interpretation ‚gefunden‘, nämlich in ‚rationaler Argumentation‘ [...] erarbeitet werden. Andere Formulierungen, die dem Verfassungsgericht die Funktion der Rechtsfortbildung

---

51 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 275 f.; O. Fiss, Objectivity and Interpretation, Stanford Law Review 43, 1982, S. 739–763 (762).

52 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 277.

53 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 280, mit Verweis auf Aulis Aarnio und Chaïm Perelman.

durch ‚schöpferische Rechtsfindung‘ zuschreiben, deuten allerdings auf ein problematisches Selbstverständnis des Gerichts hin.<sup>54</sup>

Demzufolge sind aus Habermas' Sicht alle Rechtfertigungen von Verfassungsgerichtsbarkeit hinfällig, die die Frage offen lassen, „ob der unvermeidliche Rekurs auf solche Hintergrundnormen dem Verfassungsgericht nicht doch die Tür für eine politisch inspirierte ‚Rechtsschöpfung‘ öffnet, die nach der Logik der Gewaltenteilung dem demokratischen Gesetzgeber vorbehalten bleiben muß.“<sup>55</sup>

Die Verfassungsgerichtsbarkeit wird dann tendenziell verfassungswidrig: „Das Verfassungsgericht verwandelt sich dadurch, daß es sich von der Idee der Verwirklichung verfassungsrechtlich vorgegebener materialer Werte leiten läßt, in eine autoritäre Instanz.“<sup>56</sup> Das bundesdeutsche Verfassungsgericht hat dies durch seine „Wertordnungslehre“, die das methodologische Selbstverständnis des Gerichts festlegt, getan, fügt Habermas hinzu.

### III.

Wie mit Habermas' Hinweis auf das universale Auditorium deutlich wird, sind nicht allein die Einhaltung des Verfahrensrechtes und die prinzipiell öffentliche Begründung von Urteilen hinreichend, um sowohl Rechtssicherheit als auch die Richtigkeit der Normanwendung denken zu können. Die Frage nach dem Wo und Wie des Urteilsgeschehens betrifft die Medialität (die Möglichkeit der Kommunikation) ebenso wie die Wahrnehmbarkeit des Urteilsprozesses (Strafprozess, Zivilprozess), und damit zugleich die ästhetischen Grundlagen des Urteilens. Deren Erforschung zielt auf die Reflexion des Zusammenhanges von Wahrnehmen, Denken und Handeln in der Rechtsprechung. Das Rechtsprechen soll nicht nur „im Recht sein“, sondern auch als Recht erlebt werden bzw. im besten Fall Gerechtigkeit widerfahren lassen.

Die ästhetischen Grundlagen legen die Modi der Präsenz fest, sie bestimmen die Teilhabe am Rechtsgeschehen, sie bestimmen das Verhältnis des Sichtbaren und Sagbaren. Von der Ästhetik des Urteilsprozesses hängt ab, ob sich eine Wahrnehmung des Singulären (des „Falls“) gegenüber dem Wiedererkennen von Typen und Aspekten durchsetzen kann, wobei

---

54 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 298.

55 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 309.

56 Habermas, Faktizität (Fn. 18), S. 315.

diese Wahrnehmung und Artikulation des Singulären und Jeweiligen in Ausgleich gebracht werden muss mit den (für Erwartungen an die Gleichheit und die Rechtssicherheit maßgeblichen) Strukturen der Kohärenz und der Konsistenz, die die jeweilige Artikulation mit dem Netz vergleichbarer Urteile vermittelbar macht.

Nicht nur die Ausbildung eines Sinnes für das faktisch Vorliegende, das rechtlich jeweils Gebotene, auch die Ausprägung eines Rechtsbewusstseins macht eine Beteiligung aller Rechtssubjekte an der öffentlichen Rechtsprechung erforderlich. Diese Dimension der Verwirklichung des Rechts ist folglich auf die Erkundung angemessener Formen der Inszenierung angewiesen.

Für eine Diskurstheorie des Rechts sind die traditionellen expertokratischen Varianten dieser Inszenierung und mediatisierte oder auch nur postulierte Öffentlichkeiten ausreichend, um ein kritisches Feedback durch dieselbe denkbar erscheinen zu lassen. Auch hier wäre eine Verhandlung in Schriftform, die einer Zeitungs-, Fernseh- oder Internetöffentlichkeit mitgeteilt wird, prinzipiell genügend. Das Gericht ist jedoch nicht nur der Ort der Anwendung rechtlicher Normen. Die Bedeutung des Prozesses für die Entscheidung kann weder auf das richterliche Ansammeln und Würdigen von Fakten noch auf die Einbindung der Akteure bzw. die Instruktion des Publikums (wie bei Luhmann und Habermas) reduziert werden.

Um Gerichtsverhandlungen – die Notwendigkeit der Begegnung, der Mündlichkeit, der Lebendigkeit, des möglichen Einbezugs anderer Präsentationsmodi, das Agonale der räumlich-zeitlichen Konfiguration – rechtstheoretisch zu rekonstruieren, ist eine deliberative oder diskursethische Theorie des Rechts deshalb letztlich nicht hinreichend. Vielmehr müssen wir die beteiligten ästhetischen Prozesse rechtstheoretisch einholen.<sup>57</sup> Sie tragen offenkundig zum Konzept gelingender Rechtsprechung bei. Die Lebendigkeit leibhafter Präsenz, die Sichtbarkeit emotionalen und affektiven Involviertseins, die Wahrheitsdimension im Fortgang des Urteilsprozesses, alle diese wesentlichen Aspekte einer öffentlichen Verhandlung können sonst nicht begründet werden. Die theoretische Rekonstruktion dieser ästhetischen Aspekte führt auf ein anderes Verständnis der Aufgaben der Rechtsprechung. Das diskursive Ringen um Beschreibungen und Artikulationsformen im Hinblick auf ein rational akzeptables Urteil wäre entsprechend um eine ästhetische Grundierung der Auseinandersetzungs- und

---

57 Siehe hierzu, L. Schwarte, Vom Urteilen, Gesetzlosigkeit, Geschmack, Gerechtigkeit, Berlin 2012; C. Menke, Kritik der Rechte, Berlin 2015, S. 373–377; D. Loick, Juridismus, Berlin 2017, S. 308–310.

Anerkennungsprozesse zu ergänzen, an denen alle Rechtssubjekte sich auf ihre Weise beteiligen und artikulieren können und in denen das Singuläre, das Nicht-Identische, das Inkommensurable eine Chance hat, zur Geltung zu kommen.