

Über die Form des Rechts

Dietmar von der Pfordten

Kurzzusammenfassung

Das Recht tritt, so die zentrale, im vorliegenden Aufsatz entfaltete These, nicht nur wirklich, sondern sogar notwendig in allen seinen einzelnen Rechtsakten in einer zusätzlichen Form auf. Während Brauch, Moral, Politik und andere Sozialgebilde auch in Form des einfachen Denkens und Sprechens vorkommen können, ist das beim Recht in keinem seiner einzelnen Akte möglich. Allerdings ist mit dieser These der Notwendigkeit der zusätzlichen Form des Rechts nicht gemeint, dass das Recht eine eigentümliche, also spezifische Form hat, die ausschließlich dem Recht zukommt. Das Recht kann alle möglichen Formen als notwendige zusätzliche Form annehmen, welche prinzipiell auch alle anderen Sozialgebilde haben können, z.B. Schriftlichkeit, Veröffentlichung, Zustellung usw. Die Differenz zu nichtrechtlichen Sozialgebilden liegt also nicht in einer einzigen eigentümlichen Form, welche als solche exklusiv dem Recht zukommt. Die Differenz liegt vielmehr in der Notwendigkeit eines formalen Plus, einer additiven Form gegenüber der immer schon erforderlichen Grundform allen Denkens und Sprechens.

Das Recht begegnet uns in vielfältigen Formen: Gerichtsurteile werden verkündet, Gesetze veröffentlicht, Verwaltungsakte bekanntgegeben, Verfassungen proklamiert, Testamente handschriftlich abgefasst, Verkäufe von Grundstücken notariell beurkundet, Vollstreckungsanordnungen zugestellt, Verträge durch übereinstimmende Willenserklärungen geschlossen usw. Beim Recht treten diese vielfältigen Formen *zu* der schon immer erforderlichen Form allen Denkens und Sprechens *hinzu*. Dabei ist das Ausmaß dieser *zusätzlichen Form des Rechts* variabel. Die zusätzliche Form des Rechts war in früheren Zeiten und Kulturen ab einem gewissen Zeitpunkt der Rechtsentwicklung – so kann man vermuten – sogar noch ausgepräg-

ter als heute.¹ Im römischen Recht mussten etwa Klagen mit genau festgelegten Formeln vorgebracht werden.²

Allerdings können auch andere Arten von Sozialgebilden, etwa der Brauch, die Moral oder die Politik eine solche *zusätzliche Form* aufweisen. Diese ist jedoch vielfach – so kann man vielleicht vermuten – nur eine *wirkliche, keine notwendige* zusätzliche Form. Sie unterscheidet sich dann in fundamentaler, nämlich *modaler* Art und Weise von der zusätzlichen Form des Rechts. Das Recht tritt dagegen – so die zentrale, hier entfaltete These – *nicht nur wirklich, sondern sogar notwendig in allen seinen einzelnen Rechtsakten in einer solchen zusätzlichen Form auf*. Während andere Sozialgebilde auch in Form des einfachen Denkens und Sprechens vorkommen können, ist das beim Recht in keinem seiner einzelnen selbständig regelnden Akte möglich.³ Das Recht *muss* eine zusätzliche Form haben.

Zu betonen ist allerdings, dass mit dieser These der Notwendigkeit der zusätzlichen Form des Rechts nicht gemeint ist, dass das Recht *eine eigenständige, also spezifische Form haben muss*, die *ausschließlich* dem Recht zu-

1 Jedenfalls zeigen sich in frühen Rechtskulturen Verbindungen zwischen rechtlichen Formvorschriften und ritualisierten religiösen Handlungen: beispielhaft für das antike griechische Recht: H. Barta, „Graeca non leguntur“? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland, Bd. 1, Wiesbaden 2010, S. 239–242, 293, 298 f.; für das römische Recht: F. Schwind, Römisches Recht I. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts, Berlin 1950, S. 40 f.; W. Waldstein/J. M. Rainer, Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl., München 2014, S. 147; zum frühmittelalterlichen Recht: G. Dilcher, Frühmittelalterliche Studien 2007, S. 297–316, (311 f.); M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Tübingen 1985, S. 816 hat konstatiert: „Wie alle primitiven Prozesse war auch der altgermanische ein streng formales Verfahren.“ Vgl. zu einer differenzierteren Analyse verschiedener Grade der Formalität im römischen Recht: O. Behrends, Formality and Substance in Classical Roman Law, in: W. Krawietz/N. MacCormick/G. H. v. Wright (Hrsg.), Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers, Berlin 1994, S. 207–223. Ich danke Georgios Karageorgoudis und Maximilian Schulz für ihre Unterstützung bei der Verfertigung dieses Aufsatzes.

2 Waldstein/Rainer, Römische Rechtsgeschichte (Fn. 1), S. 142; Schwind, Römisches Recht (Fn. 1), S. 40.

3 Bei der Religion könnte man etwa erwägen, ob sie nicht Rituale und damit wie das Recht eine zusätzliche Form immer zur notwendigen Voraussetzung hat. Und das erklärt vielleicht auch den historisch wie sachlich engen Zusammenhang von Recht und Religion. Aber etwa der Zen-Buddhismus wendet sich ausdrücklich gegen die Festlegung von Ritualen. Es kann also vielleicht sehr innerlichkeitsorientierte Arten der Religion ohne notwendige Rituale und damit ohne notwendige zusätzliche Form geben. Da diese Frage die Kompetenz des Autors übersteigt, muss sie offen bleiben.

kommt. Das Recht kann vielmehr alle möglichen Formen als *notwendige zusätzliche Form* annehmen, welche prinzipiell auch alle anderen Sozialgebilde annehmen können, z.B. Schriftlichkeit, Handschriftlichkeit, Unterschrift, notarielle Beurkundung, Veröffentlichung, Bekanntgabe, Zustellung, Übergabe, Verkündung, Proklamation, Besiegelung, Abschluss vor einem Beamten, Verknüpfung mit einer religiösen Handlung, spezifische Verfahren usw. Die Differenz zu nichtrechtlichen Sozialgebilden liegt also *nicht in einer einzigen eigentümlichen Form*, welche als solche exklusiv dem Recht zukommt, wie vielleicht eine bestimmte religiöse Formel ausschließlich für eine religiöse Handlung, etwa ein Gebet zu Gott, eingesetzt werden kann. Die Differenz liegt vielmehr in der *Notwendigkeit eines formalen Plus*, einer *additiven Form* gegenüber der immer schon erforderlichen Grundform allen Denkens und Sprechens. Identifizieren wir eine einzelne soziale Handlung als Rechtsakt, so können und müssen wir diese soziale Handlung notwendig (auch) im Hinblick auf ihr formales Plus, ihre additive Form als Rechtsakt identifizieren. Welche spezifische Gestalt diese additive Form des Rechts hat, ist jedoch nicht generell, das heißt für jeden Einzelakt festgelegt. Alle möglichen Formen kommen in Betracht.

Wie lässt sich die notwendige zusätzliche Form des Rechts genauer verstehen? Dies soll in einem einleitenden Abschnitt erklärt werden (I.). Dann werden drei Arten der Rechtfertigung der These von der Notwendigkeit der zusätzlichen Form des Rechts in drei Abschnitten in der Reihenfolge zunehmender Stärke entfaltet: Eine relativ schwache Plausibilisierung ergibt sich durch die *Vertretung der These seitens der Wissenschaft ohne erkennbare Gegenstimmen*. Diese wird zunächst kurz erwähnt (II.). Aber Wissenschaftler können natürlich irren. Dieser Abschnitt dient auch dazu, den Stand der Forschung zumindest partiell zu erwähnen. Eine weitere, schon etwas stärkere Begründung liegt in einer *historischen Stützung der These* durch den Verweis auf die *tatsächliche Wirklichkeit* der zusätzlichen Form des Rechts (III.). Allerdings kann hier natürlich nur ein kleiner Ausschnitt dieser Wirklichkeit berücksichtigt und erwähnt werden. Und selbst wenn die Erwähnung vollständig möglich wäre, würde gelten: Durch die Darstellung der Wirklichkeit kann die Notwendigkeit der zusätzlichen Form des Rechts nicht erwiesen werden. Aus der Wirklichkeit ist kein logisch gültiger Schluss auf die Notwendigkeit möglich. Eine ausnahmslose Wirklichkeit eines Phänomens kann nur ein Indiz für seine Notwendigkeit sein. Nach der Beobachtung vieler weißer Schwäne kann bei nächster Gelegenheit ein schwarzer Schwan auftauchen. Die stärkste Begründung der Notwendigkeit einer zusätzlichen Form des Rechts kann erst in einem letzten Schritt versucht werden (IV.). In diesem letzten Schritt soll gezeigt werden, dass die Trennung des Rechts von anderen Sozialgebilden, insbe-

sondere von der Politik, schon *begrifflich* nur durch die notwendige zusätzliche Form im Verbund mit weiteren notwendigen Eigenschaften erfolgen kann, da der *Begriff des Rechts* auf Sozialgebilde mit einer derart notwendigen zusätzlichen Form sowie weiteren notwendigen Eigenschaften beschränkt ist. Weil die historische Trennung des Rechts von diesen anderen Sozialgebilden und die begriffliche Differenzierung unter anderem über das Kriterium der Notwendigkeit der zusätzlichen Form stattgefunden haben, so ist die zusätzliche Form des Rechts ein Merkmal des Rechtsbegriffs. Damit stellt sie eine *begriffliche Notwendigkeit* jedes Verständnisses des Rechtsbegriffs dar.

Bevor der Versuch unternommen wird, die These der Notwendigkeit der zusätzlichen Form des Rechts in allen einzelnen Rechtsakten zu begründen, muss betont werden, dass diese These keinerlei Parteinahme im Streit um die Theorie des sogenannten *Formalismus* oder *Antiformalismus* impliziert.⁴ Die These der Notwendigkeit der zusätzlichen Form bedeutet weder, dass Gerichtsurteile immer von abstrakten Regelungen abhängen, noch das Gegenteil. Sie darf auch nicht so verstanden werden, dass Gerichtsurteile nur über die Bezugnahme auf ihre Form ohne Rücksicht auf ihren Inhalt identifizierbar sind, noch, dass sie es nicht sind, noch irgendeine andere mögliche Interpretation des Formalismus.⁵ Die These der Notwendigkeit der zusätzlichen Form ist auch eindeutig von der Beschreibung des Faktums der *Formalität* im Sinne einer *gesteigerten Förmlichkeit* mancher Arten des Rechts zu unterscheiden. Welche gesteigerte Förmlichkeit das Recht in wie starkem Maße in unterschiedlichen Zeiten und Kulturen annahm und annimmt, ist zufällig und nicht notwendig. Schließlich ist die These der Notwendigkeit der zusätzlichen Form auch von der Differenzierung zwischen *formalen* und *materialen Gründen* bzw. *formalem* und *materielem Denken* zu unterscheiden, wie sie in verschiedenen Rechtsord-

4 Vgl. zu diesem: H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2. Aufl. Oxford: Clarendon 1994, S. 124–154.

5 Vgl. zu verschiedenen möglichen Interpretationen des Formalismus: M. Stone, *Formalism*, in: J. Coleman/S. Shapiro (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press 2002, S. 166–205 (v. a. S. 170 ff.); zu einer sozialliberalen Interpretation des Formalismus im Sinne der Rückführung auf demokratisch legitimierte Regeln siehe: D. Kennedy, *Legal Formality*, *Journal of Legal Studies* 2, 1973, S. 351–398. Zum Formalismus Jherings: A. Somek, *Legal Formality and Freedom of Choice. A Moral Perspective on Jhering's Constructivism*, *Ratio Juris* 15, 2002, S. 52–62.

nungen unterschiedlich auftreten mögen, etwa im englischen Recht mehr formale Gründe, im amerikanischen Recht mehr materiale Gründe.⁶

I. Was ist die zusätzliche Form des Rechts?

Um die zusätzliche Form des Rechts besser verstehen zu können, muss man sich fragen, was die Form eines Gegenstandes überhaupt ist. Zunächst ist einsichtig, dass die Form in einer dualen *Beziehung* von *Form* und *Stoff* (*Materie, Inhalt*) steht. Diese duale Beziehung ist seit der Antike als Verhältnis von *morphe* und *hyle* bekannt.⁷ Ein einzelner Stein besteht etwa aus Molekülen als Stoff und hat eine bestimmte Form. Mehrere, herumliegende Steine als Stoff haben die Form eines Haufens. Die herumliegenden Steine können durch die Errichtung z.B. eines Hauses eine neue Form als Bau, genauer als Hausbau, erhalten. Diese Form ist eine *Einheit zusätzlicher Eigenschaften*, welche mit dem Stoff als bloßer Einheit der Dinge verbunden ist, bzw. in unserem Beispiel verbunden wird, etwa beim Bau eines Hauses die spezifische, räumliche Zusammensetzung der Steine in Form eines geschlossenen, innen hohlen geometrischen Körpers, um in dem Haus wohnen zu können. Fasst man dies allgemeiner und nicht nur räumlich, so kann man die Form folgendermaßen definieren: *Die Form ist die Einheit zusätzlicher Eigenschaften, welche mit der Materie bzw. dem Inhalt als Einheit des Dings bzw. der Dinge verbunden ist.* Im Falle des Rechts handelt es sich bei der Form um die *Einheit zusätzlicher Eigenschaften* seines *geistigen* und *sprachlichen Inhalts*, nämlich seiner Begriffe und Gedanken sowie seiner Verpflichtungen, Wertungen, Beschreibungen, wobei diese zusätzliche Form über die immer schon notwendige Form einfachen Denkens und Sprechens hinausgeht. Einzelne Begriffe, Gedanken, Verpflichtungen, Wertungen, Beschreibungen, Definitionen usw. werden beim Recht bewusst zu einer zweckhaften Einheit verbunden, welche die Einheit jedes Denkens und jeder Äußerung übersteigt. Die zusätzliche Form des Rechts stellt eine *zusätzliche Art der Äußerung dar, die zumindest zeitweise auch sinnlich wahrnehmbar ist*, etwa die zusätzliche Äußerung der Urteilsverkündung, die Veröffentlichung eines Gesetzes, die schriftlichen Bekanntgabe eines Verwaltungsakts, die Förmlichkeit des Vertragsschlusses,

6 Vgl. zum stärker formalen englischen und stärker materialen amerikanischen Recht: P. S. Atiyah/R. S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford: Oxford University Press 1987, S. 11 ff.

7 *Aristoteles*, *Metaphysik*, 1015a5, 1023a32.

die Feststellung des Gewohnheitsrechts, die Proklamation der Verfassung usw. Wie oben erwähnt, ist diese zusätzliche Form des Rechts in ihrer Konkretisierung keine dem Recht eigentümliche Form. Sie ist aber auch nicht völlig beliebig, sondern eine Art der Äußerung, welche wenigstens zeitweise auch sinnlich wahrnehmbar ist.

Eine Art der zusätzlichen Form des Rechts sind auch spezifische, nicht bloß gedankliche, sondern auch mit Äußerungen verbundene *Verfahren* bzw. *Prozeduren*, etwa der Strafprozess, der Zivilprozess, das Verwaltungsverfahren zum Erlass eines Verwaltungsakts, das Gesetzgebungs- und Veröffentlichungsverfahren zur Erzeugung eines Gesetzes usw.⁸ Diese zusätzlichen Prozeduren bilden schon unabhängig von allen Durchführungsregeln allein dann eine zusätzliche Einheit der Form, wenn sie einen festgelegten Beginn und ein festgelegtes Ende haben, etwa im deutschen Strafverfahren nach § 203 StPO den Eröffnungsbeschluss und nach § 260 StPO die Verkündung des Urteils. Einzelne zusätzliche Formen des Rechts können so zu mehrstufigen Formgebilden verbunden werden, etwa einzelne Verfahrensakte, wie der Eröffnungsbeschluss, der Beweisbeschluss, die Verkündung des Urteils usw. zur gesamten zusätzlichen Form eines Strafverfahrens.

Das Recht kann auf verschiedenen Abstraktionsebenen betrachtet werden. Die Notwendigkeit der zusätzlichen Form des Rechts gilt nicht nur für das Recht als Ganzes sowie für einzelne größere Arten des Rechts auf der Makroebene – wie die einzelnen Rechtsordnungen (wenn vielleicht auch nur summativ). Sie gilt auch auf einer *konkreten Ebene der einzelnen rechtlich bedeutungsvollen Rechtsakte*, also für einzelne Gesetze, Verwaltungsnormen, Feststellungen des Gewohnheitsrechts, Verfassungsregelungen sowie für Verträge. Rechtsverbindliche Verträge hatten in früheren Rechtsordnungen häufig eine gewisse Form zu wahren, etwa mit einem Handschlag abgeschlossen zu werden.⁹ Zur Erleichterung des Rechtsverkehrs erlauben moderne, liberale Gesetze wie das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch heute in vielen Fällen einen scheinbar „formlosen“ Vertragsschluss. Dann ist zwar keine schriftliche Abfassung bzw. keine zeremonielle Beglaubigung der Vertragseinigung mehr notwendig, aber es muss immerhin *übereinstimmende Willenserklärungen* geben, also das Formerfordernis der äußeren, konsensualen „Erklärung“ im Zusammenhang mit einem

8 Vgl. für den Strafprozess etwa T. F. Schweiger, *Prozedurales Strafrecht. Zur Bedeutung von Verfahren und Form im Strafrecht*, Baden-Baden 2018.

9 J. Herrmann, *Die persönlichen Sicherungen im griechischen Recht*, in: G. Schieman (Hrsg.), *Johannes Herrmann. Kleine Schriften zur Rechtsgeschichte*, München 1990, S. 94–124 (100).

übereinstimmenden Willen und einer ihrerseits formalen gesetzlichen Regelung. Die Willenserklärung ist dabei jeweils eine „Geltungserklärung“, ein „bestimmender Akt“. Bereits jede einzelne Willenserklärung hat also schon eine zusätzliche Form.¹⁰ Diese zusätzliche Form liegt in der Verbindung von – in Spezialfällen nur fingiertem – Rechtswillen und rechtlicher Geltungserklärung, welche in der einfachen Kommunikation nicht bestehen, etwa bei einem einfachen Versprechen.

Die Anforderung der Form gilt auch für das Gewohnheitsrecht, welches eine Feststellung und damit Fixierung in gerichtlichen, administrativen, parlamentarischen, gutachterlichen und sonstigen Äußerungen von Rechtsmeinungen voraussetzt. Die bloße Meinung (*opinio*) muss in der weitergehenden Rechtsmeinung (*opinio iuris*) als Voraussetzung des Gewohnheitsrechts ihre bestimmte Äußerungsform finden.¹¹

Die zusätzliche Formhaftigkeit des Rechts wird auch dadurch beglaubigt, dass an Verstöße gegenüber Formerfordernissen regelmäßig eine bestimmte Folge geknüpft wird, welche das Recht in der Art einer Metanorm gegenüber den eigenen Normen selbst ausspricht. § 125 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches statuiert etwa: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge.“¹²

II. Vertretung in der Wissenschaft

Die These von der Notwendigkeit der zusätzlichen Form ist für das Recht verschiedentlich behauptet worden, wenn auch meistens relativ vage und unpräzise, etwa von Rudolf v. Jhering: „Die Form ... ist im innersten Wesen des Rechts begründet.“¹³ Ein zentraler Vertreter dieser These ist Robert S. Summers. Er definiert Form folgendermaßen: „My general definition of the overall form of a functional legal unit is that this form is the purposive

10 M. Wolf/J. Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, S. 338 f.

11 Vgl. F. Puchta, Das Gewohnheitsrecht, Darmstadt 1965.

12 Vgl. zu § 125 BGB: A. Hafsfurter, Form und Treue. Die Verhältnismäßigkeit von Formnichtigkeit und Formzweck, München 2016.

13 R. v. Jhering, Geist des Römischen Rechts. Auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. 2/2, Leipzig 1858, S. 479.

systematic arrangement of the unit as a whole.“¹⁴ (Diese Definition wird unter V. noch näher diskutiert). Zu nennen ist etwa auch Stanley Fish, der mehrfach auf die besondere Form des Rechts hingewiesen hat.¹⁵

Jede Art des Rechts muss den Betroffenen, also vor allem den Verpflichteten, in irgendeiner Art und Weise bekannt sein oder bekannt werden, sonst können diese die jeweilige Regelung nicht in ihrem Handeln und Entscheiden berücksichtigen. So definiert bereits Thomas v. Aquin das Gesetz im weiteren Sinn, einschließlich des Welt- und Naturgesetzes, als eine „Anordnung der Vernunft für das Gemeinwohl, erlassen und bekanntgegeben von dem, der die Sorge für die Gemeinschaft innehat“ („...quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata.“)¹⁶ Für positiv-rechtliche Gesetze als abstrakt-generelle Regelungen, welche sich an einen offenen, unbestimmten Adressatenkreis wenden, ist nicht nur die Bekanntgabe, sondern sogar die *Veröffentlichung*, also die personal unbeschränkte Bekanntgabe, unabdingbar. Auch Lon Fuller sieht die Veröffentlichung der Gesetze als notwendig an.¹⁷

III. Skizze einer historischen Stützung und Präzisierung, wie die Form des Rechts zu verstehen ist

Das jüdische Gesetz wurde nach der Bibel auf dem Berg Sinai von Gott Mose in mehreren Schritten verkündet, bis hin zur zweimaligen Beschriftung der beiden steinernen Tafeln der Bundesurkunde, einmal durch Gott selbst, das andere Mal durch Mose.¹⁸ Unabhängig von der Tatsächlichkeit

14 R. S. Summers, *Form and Function in a Legal System. A General Study*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, S. 9, 18, 39, 41, 51, 53 f. und passim. Aber diese Definition der Form gilt für jedes Wort, jeden Satz, jeden Begriff und kann deshalb nicht zur Spezifikation beitragen.

15 S. Fish, *Das Recht möchte formal sein*, Frankfurt a. M. 2011; *ders.*, *The Law Wishes to Have a Formal Existence*, in: *ders.* (Hrsg.), *There's No Such Thing as Free Speech and it's a Good Thing, Too*, Oxford: Oxford University Press 1994, S. 141–179.

16 *Thomas von Aquin*, *Summa Theologiae*, II-I, qu. 90, 4, 3, resp: Gesetz (Lex), Die Deutsche Thomas-Ausgabe Bd. 13, herausgegeben von der Philosophisch-Theologischen Hochschule Walberg bei Köln, Heidelberg 1977, S. 14 f.

17 L. Fuller, *The Morality of Law*, 2. Aufl., New Haven: Yale University Press 1969, S. 49–51.

18 Bibel, Exodus 20, 3–17: erste mündliche Verkündung der zehn Gebote auf dem Berg Sinai an Mose durch Gott; 21, 2–23, 19: weitere mündliche Vorschriften; 24,

dieser Darstellung erzeugt bereits die Berufung auf sie für das Recht eine spezifische Form.

Das griechische Recht wandelte sich etwa ab der Mitte des 7. Jahrhunderts v. Chr. vom bloßen Gewohnheitsrecht zum teilweise schriftlichen, gesetzten Recht.¹⁹ Zu nennen sind etwa die Verschriftlichungen des Rechts bzw. Gesetzesformulierungen in einzelnen Poleis, z.B. die von Dracon und Solon in Athen, von Kreta und Sparta.²⁰ In der kretischen Stadt Gortyn wurde das Recht sogar auf die Stadtmauer geschrieben.²¹

In der Frühphase des römischen Rechts stechen wenigstens zwei Ereignisse seiner zusätzlichen Formalisierung heraus. Das erste ist die Niederschrift des Rechts im Zwölftafelgesetz²² und das zweite die Tatsache, dass das archaische Sakralrecht durch den Pontifex Maximus und die anderen Pontifices mittels Geheimformeln verwaltet wurde.²³ Livius berichtet, dass diese Sakralformeln 304 v. Chr. durch den ehemaligen Schreiber und späteren kurulischen Ädil Gnaeus Flavius verraten wurden.²⁴ Dies führte zu folgender Praxis vor dem Prätor: Es gab prozessuale Klageformeln, die *ac-*

3–4: Verkündung an das Volk und Niederschrift durch Mose; 24, 12; 25, 16, 21; 21, 18: Ankündigung und Übergabe der ersten beiden von Gott selbst beschriebenen Steintafeln; 32, 19: Zerschmetterung der Tafeln durch Mose aus Zorn über die Anbetung des goldenen Kalbes durch das Volk; 34, 1, 2, 4: Verfertigung zweier neuer Steintafeln durch Mose und Ankündigung, diese zu beschriften; 34, 27–29: Beschriftung der beiden neuen Tafeln durch Mose. Vgl. allgemein *H. J. Boecker*, *Recht und Gesetz im Alten Testament und im Alten Orient*, 2. Aufl., Neukirchen 1984.

19 *Barta*, „Graeca non leguntur“? (Fn. 1), S. 76 und passim.

20 *R. Thomas*, 2: *Writing, Law, and Written Law*, in: *M. Gagarin/D. Cohen* (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, S. 41–60; *D. Phillips*, *The Law of Ancient Athens*, Ann Arbor: University of Michigan Press 2013; *H. Barta*, „Graeca non leguntur“? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland, Bd. 2, Teil 1 und 2, *Archaische Grundlagen*, Wiesbaden 2011; *M. Gagarin/P. Perlman*, *The Laws of Ancient Crete c.650–400 BCE*, Oxford: Oxford University Press 2016.

21 *J. Kohler/E. Ziebarth*, *Das Stadtrecht von Gortyn und seine Beziehungen zum gemeingriechischen Rechte*, Göttingen 1912; *Barta*, „Graeca non leguntur“? (Fn. 20), Bd. 2/2, S. 278–295.

22 *F. Schwind*, *Römisches Recht* (Fn. 1), S. 25 f.

23 *F. Schwind*, *Römisches Recht* (Fn. 1), S. 40 f.

24 In den *Digesten*: „postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redigisset has actiones (sc. quae antea apud collegium pontificum erant), Gnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis.“ (Pomp. D.1.2.2.7). Vgl. Livius: „Cn. Flavius ... civile ius repositum in penetralibus pontificum evulgavit.“ (Liv. 9, 46); Cicero: „nec pauci sunt auctores, Cn.

tionones, deren sich der Inhaber des Rechts zu seiner Durchsetzung bedienen musste.²⁵ Diese *actiones* waren im *edictum perpetuum* gelistet und wurden dem Kläger vom Prätor einzelfallweise zugestanden.²⁶ Ein Vertrag kam nur als Formalvertrag durch Stipulation zu Stande. Der Vertrag wurde durch eine formal festgelegte Frage des Versprechensempfängers (*stipulator*) und die Antwort des Versprechenden (*promissor*) geschlossen. Dabei musste das Verb des Fragesatzes in der Antwort wiederholt werden. Weil die Antwort unmittelbar nach der Frage zu erfolgen hatte („Unitas actus“),²⁷ war die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien am selben Ort notwendig,²⁸ z.B.: „...mihi dari spondesne?“ ... „Spondeo!“.

Auch für die Tätigkeit des Richters gab es im Laufe der Jahrhunderte unterschiedliche Formvorschriften: Der Richter saß seit dem Mittelalter regelmäßig erhöht. Er hatte einen Richterstab in der Hand. Und er musste in der germanischen, mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Straf-, v. a. Blutgerichtsbarkeit, den Stab über einen Angeklagten brechen, wollte er ihn wegen eines Kapitalverbrechens verurteilen.²⁹ Von diesen spezifischen Formen der Rechtsprechung durch den Richter ist heute nur noch wenig übrig geblieben. Die Richter des Völkergerichtshofs in Den Haag tragen noch eine Perücke. Die deutschen Richter haben eine Robe an und zwar – in der Regel, d. h. an den ordentlichen Gerichten – eine schwarze. Die Richter des Bundesverfassungsgerichts und anderer Obergerichte tragen rote Roben. Wenn das Gericht den Raum betritt und die Verhandlung beginnt, muss man aufstehen; ebenso bei der Vereidigung von Zeugen und Sachverständigen sowie der Urteilsverkündung.³⁰

Flavius scribam fastos protuiisse actionesque composuisse“ (Cic. ad Att. 6. 1, 8). Vgl.: D. Liebs, § 111.3. Cn. Flavius in: W. Suerbaum (Hrsg.), Die archaische Literatur. Von den Anfängen bis Sullas Tod (= Handbuch Altertumswissenschaft VIII.1), München 2002, S. 77–78; J. Rüpke, Kalender und Öffentlichkeit. Die Geschichte der Repräsentation und religiösen Qualifikation von Zeit in Rom, Berlin 1995.

25 Waldstein/Rainer, Römische Rechtsgeschichte (Fn. 1), S. 136 f.

26 Waldstein/Rainer, Römische Rechtsgeschichte (Fn. 1), S. 137.

27 Digesten 45.1.137 pr.

28 Digesten 45.1.1 pr.

29 L. Carlen, Stab, in: A. Erler/E. Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. IV, Berlin 1990, Sp. 1842–1843 und E. Kaufmann, Stabbrechen, in: A. Erler/E. Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. IV, Berlin 1990, Sp. 1844–1846; Dies war allerdings nicht der einzige Anlass für das richterliche Stabbrechen, vgl. besonders ausführlich: E. v. Moeller, Die Rechtsitte des Stabbrechens, ZRG Germ. Abt. 2, 1900, S. 27–115.

30 Vgl. für den Strafprozess: Nr. 124 Abs. 2 Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV).

Der Punkt, an dem sich das Recht von anderen Sozialgebilden absondert, ist nicht genau zu bestimmen. Historisch erfolgte aber etwa im antiken Griechenland der Differenzierungsschritt zwischen dem informalen *ethos* und dem formalen *nomos* wohl in der archaischen und klassischen griechischen Polis. Wenn Platon im vierten vorchristlichen Jahrhundert zwei unterschiedliche Werke zur praktischen Philosophie schreibt, deren eines sich mit der Verfassung des Stadtstaats beschäftigt und *Politeia* heißt und in dem das Recht praktisch nicht vorkommt, und ein anderes, das mit *Nomoi* betitelt ist und bei dem es fast ausschließlich um rechtliche Regelungen geht, so ist die sachliche und begriffliche Trennung von Politik und Recht offenbar bereits vollzogen. Ein wesentlicher Schritt zur Durchsetzung des formalen Gesetzes im politischen Raum und damit zu seiner Differenzierung von der bloßen Politik war etwa die Wiedererrichtung der Demokratie nach der oligarchischen Herrschaft der Dreißig in Athen im Jahre 403 v. Chr. durch schriftliches Gesetz bzw. Vereinbarung.³¹

IV. Begriffliche Rechtfertigung der notwendigen zusätzlichen Form des Rechts³²

Das Recht ist kein bloß empirisch wahrnehmbares, materiales Ding in Raum und Zeit. Recht ist auch kein bloß natürliches, sondern vor allem ein *soziales Gebilde*. Aber es gibt eine Vielzahl sozialer Gebilde, z.B. die Bevölkerungsentwicklung. Wie lässt sich das Recht von anderen sozialen Gebilden unterscheiden? Recht ist ein *sinnhaft-intentionales Gebilde*. Seine Sinnhaftigkeit schließt es aus, das Recht ohne Rekurs auf die mit ihm verfolgten Intentionen zu verstehen. Wichtig für das Verständnis menschlichen Rechts ist, einzusehen, dass dieses notwendig eine Art *sozialen menschlichen Handelns im weitesten Sinn einschließlich seiner intendierten oder wenigstens voraussehbar herbeigeführten Folgen* ist. Recht ist menschliches Handeln in allen seinen einzelnen Manifestationen. Entscheidet ein Richter, so handelt er. Erlässt ein Beamter einen Verwaltungsakt, so ist dies eine menschliche Handlung. Verabschiedet ein Parlament ein Gesetz, so führt es eine kollektive menschliche Handlung aus. Wird ein Vertrag geschlossen, so handeln die Vertragsparteien. Ist das Recht begrifflich notwendig menschliches Handeln, so erfordert sein Verständnis die notwen-

31 M. Ostwald, *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law*, Berkeley: University of California Press 1986, S. 497–524.

32 Zur folgenden allgemeinen Charakterisierung des Rechts ausführlicher: Verf., *Was ist Recht? Ziele und Mittel*, JZ 13, 2008, S. 641–652 und ders., *Rechtsphilosophie. Eine Einführung*, München 2013, S. 17–81.

digen Eigenschaften menschlichen Handelns zu berücksichtigen. Was sind die notwendigen Eigenschaften menschlichen Handelns? Menschliches Handeln umfasst zumindest zwei notwendige Eigenschaften:³³ ein *Ziel* bzw. eine *Intention* und *Mittel* in einem sehr weiten Sinn, um dieses Ziel als Zweck zu erreichen. Dies gilt für alle Handlungen, auch wenn die Mittelwahl stark verkürzt sein mag.

Für manche menschliche Handlungen einschließlich ihrer Resultate ist ein spezifisches Ziel nicht nur notwendig, sondern sogar hinreichend, um sie von anderen Handlungen abzugrenzen. Die Herstellung eines Stuhles ist beispielsweise bereits durch das Ziel, mittels eines Artefakts einer und nur einer Person das Sitzen zu ermöglichen, definiert. Form und Material des Stuhls sind für die Begriffsbestimmung nicht spezifisch. Der Stuhl kann drei, vier oder fünf Beine haben. Er kann aus Holz, Eisen, Stein oder Plastik sein. Und das notwendige Mittel der Herstellung gilt für alle Artefakte.

Hat das Recht als eine Art menschlichen Handelns auch ein solches notwendiges und hinreichendes Ziel jedes einzelnen Handelns? Die an anderer Stelle näher vertretene These lautet, dass das spezifische Ziel des Rechts für seine Phänomenabgrenzung und Begriffsbestimmung *zwar notwendig, nicht aber hinreichend ist*.³⁴ Das bloße Ziel des rechtlichen Handelns genügt also nicht, um das Recht von anderen sozialen Tatsachen mit vergleichbarem Ziel wie der Moral oder Politik abzugrenzen. Deshalb ist es erforderlich, auch die notwendigen und spezifischen Mittel des Rechts heranzuziehen, um es von anderen Sozialgebilden zu unterscheiden. Der Begriff des Rechts hat sich folglich nicht nur über ein spezifisches Ziel, sondern auch über eine spezifische Kombination von Mitteln von den Begriffen für andere Sozialgebilde differenziert.

Das Recht hat – so die an anderer Stelle ausführlicher begründete These – als notwendiges Ziel und daher als notwendiges Merkmal seines Begriffs *das Ziel der Vermittlung zwischen möglicherweise gegenläufigen, konfligierenden Belangen*. Die Verfassung vermittelt etwa zwischen grundlegenden Lebensvorstellungen der Menschen, die Gesetze zwischen unterschiedlichen all-

33 Vgl. zur Notwendigkeit eines Ziels in jeder Handlung schon *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, 1094a1; *J. Searle*, *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge: Cambridge University Press 1983, S. 107 ff. Nicht alle Handlungen haben ein einheitliches Ziel, aber besondere Arten von Handlungen wie das Recht können in all ihren einzelnen Instanzierungen durch ein einheitliches, aber aus naheliegenden Gründen ziemlich abstraktes Ziel näher bestimmt werden.

34 Vgl. Fn. 32.

gemeinen Belangen, die Urteile der Richter zwischen den Interessen in einzelnen Konflikten, die Verwaltungsakte der Verwaltungsbeamten zwischen dem konkreten Wollen einzelner Bürger und/oder den Interessen der Allgemeinheit. Mit Hilfe des Ziels der Vermittlung möglicher gegenläufiger, konfligierender Belange lässt sich das Recht von vielen anderen sozialen Handlungen bzw. Tatsachen abgrenzen. Aber manche sozialen Tatsachen sind auch Handlungen im weitesten Sinn und haben dasselbe oder zumindest ein ähnliches begrifflich notwendiges Ziel der Vermittlung zwischen gegenläufigen konfligierenden Belangen. Dies gilt insbesondere für Moral, Politik, Religion und nichtmoralische Konventionen. Von diesen sozialen Handlungen mit einem gleichen oder wenigstens ähnlichen Ziel kann das Recht nur mit Rekurs auf seine notwendigen Mittel unterschieden werden. Allerdings sind nicht alle notwendigen Mittel dazu tauglich. Das Recht verwendet Mittel, die auch alle anderen sozialen Handlungen, die dem Ziel der Vermittlung möglicher gegenläufiger, konfligierender Belange dienen, verwenden – schlicht auf Grund der Tatsache, dass die angestrebte Vermittlung ihre Verwendung faktisch voraussetzt. Die beiden wesentlichen derartigen Mittel sind *Denken* und *Sprache*. Aber diese sind nicht spezifisch für das Recht. Man muss also nach weiteren, notwendigen Mitteln suchen, die besonders für das Recht sind. Die entscheidenden Kennzeichen im Vergleich zu anderen sozialen Handlungen sind die folgenden sieben. Sie werden hier alle kurz erwähnt, um die Bedeutung der zusätzlichen Form des Rechts als eines dieser Mittel (Kennzeichen 4) besser zu verstehen:

1. *Verpflichtung: Abgrenzung gegenüber Empfehlungen/Ratschlägen*

Das Recht enthält nicht nur – wie etwa Empfehlungen und Ratschläge – Wertungen, sondern auch *Verpflichtungen* bzw. gleichbedeutend: *bewusste Pflichten*, *Vorschriften* oder *Regelungen* im Sinne von *Denk-* und *Sprechakten*, welche eine *Notwendigkeit* erzeugen, implizieren oder zumindest konkretisieren. Das bedeutet nicht, dass das Recht vollständig aus Verpflichtungen besteht. Es verwendet vielmehr alle möglichen gedanklichen und sprachlichen Formen: Beschreibungen, Wertungen, Definitionen, Ermächtigungen, Erlaubnisse, Rechte usw. Gemeint ist, dass das Recht im Gegensatz zu bloßen Empfehlungen und Ratschlägen *notwendig auch* Verpflichtungen bzw. Pflichten umfasst, und zwar *an entscheidender Stelle*, also als Konklusionen, in welchen Adressaten zum Handeln aufgefordert werden. Das Recht hat somit einen verpflichtenden Charakter.

2. *Allgemeinheit/Universalität: Abgrenzung gegenüber Schlichtungen/Mediationen*

Das Recht enthält nicht nur einzelfallbezogene Urteile, Beschreibungen und Verpflichtungen wie Schiedssprüche, Schlichtungen oder das Ergebnis von Mediationen usw., sondern notwendig auch den Verweis auf *allgemeine Urteile, Beschreibungen oder Verpflichtungen*, also etwa auf Gewohnheiten und allgemeine Regelungen.³⁵ Das gilt nicht für jeden einzelnen Akt des Rechts, denn es gibt bloße Einzelentscheidungen, etwa Urteile, Verwaltungsakte oder Erlasse. Aber diese einzelnen Akte müssen, um Recht zu sein, in Verbindung mit allgemeinen Urteilen, Beschreibungen oder Verpflichtungen stehen.

3. *Nichtsuspendierbarkeit/Kategorizität: Abgrenzung gegenüber Bräuchen/Konventionen*

Bräuche, Konventionen, Gewohnheiten, Riten, Rituale und *Zeremonien* sind zwar keine bloßen Empfehlungen, sondern enthalten durchaus, wenn nicht explizit, so zumindest implizit, Verpflichtungen in Form eines real verpflichtenden Sprechakts. Aber diese Verpflichtung *kann durch den Verpflichteten in einem weiteren, negatorischen Sprechakt aufgehoben werden*. Die Verpflichtung ist also nicht vollkommen unabhängig vom *Willen* bzw. der *Akzeptanz* des *Verpflichteten*. Man kann sich Bräuchen, Gewohnheiten und Konventionen vollständig entziehen, entweder durch Nichtteilnahme an der gesellschaftlichen Praxis oder durch Teilnahme und explizite Nichtanerkennung der Praxis. Das Recht kann nun zwar auch einige durch den Verpflichteten derogierbare und damit nicht vom Willen des Verpflichteten unabhängige *Verpflichtungen* enthalten. Aber anders als Bräuche und Konventionen muss es notwendig auch unabdingbare, also *willensunabhängige* bzw. *kategorische Verpflichtungen* aufweisen. Das Recht ist somit nicht vollständig *abdingbar*, sondern zumindest in einzelnen Regelungen auch *strikt gebietend*, nicht nur *ius dispositivum*, sondern notwendig auch *ius strictum*.³⁶

35 Vgl. Fuller, *Morality* (Fn. 17), S. 46–49; Hart, *Concept* (Fn. 4), S. 21 f.

36 Vgl. L. Kähler, *Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts*, Tübingen 2012.

4. Zusätzliche Form: Abgrenzung gegenüber der Politik

Die zusätzliche Form des Rechts grenzt dieses vor allem gegenüber der *Politik*, also *politischen Akten* und *Regelungen* ab. Jeder einzelne Rechtsakt zeichnet sich durch eine gewisse, notwendige zusätzliche *Form* aus, die einfachen politischen Handlungen fehlt, zum Beispiel politischen Verhandlungen oder außenpolitischen Regeln wie der Monroe- oder der Breschnew-Doktrin. Die Monroe- und die Breschnew-Doktrin, welche ganze Halbkontinente, nämlich Süd- und Mittelamerika sowie Osteuropa, der politischen Einflussphäre einer Großmacht zuordneten, hatten keine notwendige zusätzliche Form.³⁷ Die Politik als Ganzes und ihre einzelnen Akte kennen keine notwendigen zusätzlichen Formerfordernisse, sofern sie nicht in der Form des Rechts stattfinden. Durch seine zusätzliche Form unterscheidet sich das Recht aber nicht nur von der Politik, sondern auch von anderen vergleichbaren sozialen Handlungen wie der Moral, dem Brauch usw.

5. Äußerlichkeit/Externalität: Abgrenzung gegenüber der Moral

Das Recht hat in allen seinen Ausprägungen ausschließlich *externe Quellen* und *Mittel* (Richten, Erlassen, Beschließen, Feststellen, Vereinbaren, Anordnen) für seine Vermittlung, aber keine rein *internen*, wie das menschliche *Gewissen*, das eine, wenn auch nicht die einzige, Quelle der Moral ist.³⁸ Das Recht kann nur die äußere Befolgung und den dazu ggf. erforderlichen Willensakt verlangen, nicht aber die innere, gewissensmäßige Bejahung und damit eine echte innere Überzeugung von der Richtigkeit der geforderten Handlung. Anders als bei der Moral wird der Mensch beim Recht also niemals durch eine rein psychische, innere Instanz des Regelungsadressaten verpflichtet. Von der Moral differenziert sich das Recht somit durch die *Externalität* aller seiner einzelnen Ausprägungen im Hinblick auf den Menschen.

37 E. R. May, *The making of the Monroe doctrine*, Cambridge: Cambridge University Press 1992; M. J. Ouimet, *The Rise and Fall of the Brezhnev Doctrine in Soviet Foreign Policy*, Chapel Hill: The University of North Carolina Press 2003.

38 Vgl. I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, in: *Gesammelte Werke*, Bd. VI, Berlin 1914, S. 219 f., 225.

6. *Unabhängigkeit der Verpflichteten: Abgrenzung gegenüber bloß internen Regelungen/Richtlinien/Verwaltungsvorschriften*

Das Recht setzt die Unabhängigkeit der Verpflichteten in dem Sinne voraus, dass es sich nicht ausschließlich an weisungsabhängige Mitarbeiter in hierarchischen Organisationen, sondern entweder an unabhängige Verpflichtete oder wie bei Satzungen von Vereinen oder Geschäftsordnungen von Parlamenten an gleichgestellte und nicht weisungsabhängige, also die Gemeinschaft konstituierende und damit weisungsunabhängige Mitglieder richtet. Das gilt für jede einzelne Verwirklichung des Rechts. Bloß interne Weisungen in hierarchischen Organisationen wie Richtlinien oder Verwaltungsvorschriften haben also keinen Rechtscharakter, denn sie strukturieren quasi nur die Organisation und können damit nicht dem Zweck der Vermittlung zwischen potentiell konfligierenden Belangen dienen.

7. *Möglichkeit vollständiger Innerweltlichkeit/Immanenz: Abgrenzung gegenüber der Religion*

Von der Religion, also *religiösen Akten und Regelungen*, unterscheidet sich das Recht durch die *Möglichkeit vollständiger Innerweltlichkeit* bzw. *Immanenz*. Die Religion ist *notwendig auch transzendent*, also auf eine *transzendente Sphäre Gottes* oder *göttlicher Wesen und Prinzipien* jenseits der Sphäre bloß empirischer Wahrnehmung und bloß menschlicher Vernunft in Zeit und Raum bezogen. Dieser letzte Schritt der Differenzierung von Recht und Religion ist allerdings gegenwärtig zwar als begriffliche Möglichkeit, nicht aber faktisch allgemein und damit als begriffliche Notwendigkeit vollzogen. Deshalb gibt es neben nichtreligiösem Recht nach wie vor religiöses Recht, etwa jüdisches, christliches und islamisches Recht, bei dem die Trennung von Recht und Religion in der Wirklichkeit bisher nicht stattgefunden hat und bei dem unsicher ist, ob eine derartige Trennung jemals stattfinden wird.

Man kann zusammenfassen: Das Recht ist durch *sieben allgemeine Mittel*, das heißt durch sieben *notwendige Eigenschaften* von anderen sozialen Phänomenen, welche auch dem Ziel der Vermittlung gegenläufiger Belange dienen, unterschieden: 1. Verpflichtung, 2. Allgemeinheit/Universalität, 3. Willensunbedingtheit/Kategorizität, 4. Zusätzliche Form, 5. Äußerlichkeit/Externalität, 6. Unabhängigkeit der Verpflichteten, und – sofern eine Trennung von der Religion vollzogen wurde – 7. Möglichkeit vollständiger In-

nerweltlichkeit/Immanenz. Die zusätzliche Form ist also nur eines dieser unterscheidenden Mittel.

V. Über die Form des Rechts

Man muss nun genauer fragen, warum das Recht die soeben erwähnte 4. Kategorie, die zusätzliche Form, in all seinen einzelnen Manifestationen notwendig aufweisen muss, also eine Form, die jeweils über das einfache Denken und Sprechen hinausgeht. Die Vermittlung, welche das notwendige Ziel des Rechts ist, kann nur wirksam werden, wenn sich alle, welche durch das Vermittlungsergebnis verpflichtet wurden, regelmäßig daran halten. Ein Vertrag kann etwa seine Vermittlungswirkung nur entfalten, sofern die Vertragspartner mit hoher Wahrscheinlichkeit ihre Zusagen erfüllen. Dies lässt sich nur sichern, wenn der Vertragsschluss klar von einem bloß unverbindlichen Gespräch abgegrenzt wird, bei dem sich die Gesprächsteilnehmer nicht an geäußerte Handlungsabsichten gebunden fühlen. Die zusätzliche Form des Rechts dient also vor allem der *Bindung* der Teilnehmer an einen Rechtsakt und damit vor allem der *Rechtssicherheit*. Anders als Konventionen betrifft das Recht häufig relativ wichtige Belange bzw. Interessen der Betroffenen. Wird die Konvention, beim Essen nicht die Ellenbogen auf den Tisch zu legen, verletzt, so ist das unangenehm, hat aber keine sehr gravierenden Auswirkungen. Die Nichtbefolgung der Konvention mag also verschmerzt werden. Anders ist die Situation regelmäßig bei Verpflichtungen durch das Recht. Hier kann es buchstäblich um Leben und Tod oder zumindest um sehr wichtige Güter und Pflichten gehen, so dass die Nichtbefolgung gravierende Folgen haben kann. Das Recht sichert die Befolgung unter anderem durch seine Form. Die Formnotwendigkeit des Rechts soll somit insbesondere die *Rechtssicherheit gewährleisten*, dient dagegen weniger anderen Zielen des Rechts, etwa der *Gerechtigkeit* oder der *Zweckmäßigkeit*, wenn dies auch nicht ausgeschlossen ist.³⁹

Daneben gibt es für einzelne konkretere Formen des Rechts konkretere Gründe. Eine solche Form soll hier erwähnt werden: Die Form der Veröffentlichung hat dem sogenannten „Öffentlichen Recht“ seinen Namen ge-

39 Damit soll Radbruchs These, dass sich Rechtssicherheit, Gerechtigkeit in einem engeren Sinn und Zweckmäßigkeit unter einer Gerechtigkeit im weiteren Sinn zusammenfassen lässt, nicht bestritten werden.

ben.⁴⁰ Die Demokratie verlangt nach öffentlicher Partizipation und der Zurückdrängung der *arcana imperii* des Staates.⁴¹ Ein Gesichtspunkt, der hier nicht weiter untersucht werden kann, ist die *Schönheit* der Rechtsform.

Nun ist es möglich, auch zu der oben erwähnten, von Robert Summers vorgeschlagenen Definition der Form des Rechts Stellung zu nehmen, nämlich als „zweckhaftes, systematisches Arrangement“ jeder einzelnen Rechtseinheit als ein Ganzes („purposive systematic arrangement of the unit as a whole“). Da das Recht, wie sich ergab, dem bestimmten Zweck der Vermittlung zwischen möglichen gegenläufigen, konfligierenden Belangen dient, gilt dieser Zweck im Prinzip auch für die zusätzliche Form des Rechts als eines seiner Mittel. Allerdings handelt es sich nicht um das einzige Mittel, so dass der Zweck nicht nur mit diesem Mittel erreicht werden muss. Überdies kann das Mittel der zusätzlichen Form auch weiteren Zwecken dienen, etwa – wie erwähnt – der Rechtssicherheit. Unter diesen Einschränkungen ist der erste Begriff („purposive“, also das Merkmal der Zweckhaftigkeit) von Summers Definitionsvorschlag zutreffend.

Der zweite Teil von Summers Vorschlag ist allerdings nicht überzeugend. Die Frage nach der Form des Rechts darf nicht mit der Frage nach seinem Systemcharakter identifiziert werden. Bei einem System handelt es sich um eine *Einheit von Verhältnissen zwischen mehreren Dingen*, die klar von der oben bestimmten Form als *Einheit von Eigenschaften eines einzigen Dinges* unterschieden werden muss. Ein Ball hat etwa eine runde Form ohne ein System aus mehreren Einzeldingen zu sein. In einem gewissen, trivialen Sinn ist natürlich jedes komplexe Ding ein System im weitesten Sinn seiner Einzelteile. Aber bei einem solchen sehr weiten Verständnis des Systembegriffs würde die Kennzeichnung des Rechts als System ihre Differenzierungskraft verlieren. Inwiefern das Recht oder einzelne Rechtsakte ein System in einem nicht derart trivialisierten Sinn sind, ist somit eine weitere Frage, die von der Frage der notwendigen zusätzlichen Form einzelner Rechtsakte klar zu trennen ist.

Was schließlich „arrangement“ heißen soll, ist zweifelhaft. Heißt es nur „zweckhaftes System“ im Sinne einer intentionalen Anordnung von Objekten, dann geht die Bedeutung nicht über die Bedeutung von „Zweck“ und „System“ hinaus und es gilt das soeben Gesagte. Heißt es dagegen auch „Vereinbarung“ oder „Abmachung“, dann ist die These zweifelhaft,

40 M. Stolleis, *Geschichte des Öffentlichen Rechts*, 2. Aufl., München 2012.

41 Vgl. M. Stolleis, *Arcana imperii und Ratio status. Bemerkungen zur politischen Theorie des frühen 17. Jahrhunderts*, Göttingen 1980.

weil nicht jeder Form des Rechts eine Vereinbarung zu Grunde liegen muss.

VI. Tendenzen der Entformalisierung des Rechts

Auch wenn das Recht notwendig eine Form haben muss, welche über die bloße Form des einfachen Denkens und Sprechens hinausgeht, kann sich das *Ausmaß* dieser Überschreitung verändern. Das Recht kann also im Laufe seiner historischen Entwicklung stärker oder weniger stark formal werden. Und das bleibt nicht bloße Möglichkeit, sondern zeigt sich auch als Wirklichkeit in der historischen Entwicklung des Rechts. Am Anfang dieser Untersuchung wurde bereits die Vermutung geäußert, dass das Recht in früheren Zeiten und Kulturen insgesamt formaler war. Nach einer gewissen Phase der Entformalisierung im Mittelalter und der frühen Neuzeit wurde das Recht im Kapitalismus der Neuzeit wieder stärker formal, um einen reibungslosen und rational vorhersehbaren Rechtsverkehr zu ermöglichen.⁴²

Zum Abschluss soll nun die Frage gestellt werden: Wie ist die gegenwärtige Situation? Wie steht es gegenwärtig mit dem Ausmaß der Form des Rechts? Auch hier kann natürlich angesichts der Menge und Vielgestaltigkeit des heutigen Rechts nur eine Vermutung geäußert werden: In den modernen Gesellschaften gibt es zwar weiterhin eine Tendenz zur Bürokratisierung, zugleich aber auch zur Entformalisierung, etwa eine Tendenz zum Verschwinden von Formen, welche Status-, Alters-, Geschlechts- und Bildungsunterschiede markieren. Das von vielen angestrebte Ideal der egalitären Gesellschaft wird nicht zuletzt durch den Abbau von Formen zu erreichen versucht. Dies hat auch Auswirkungen auf das Recht. Auch im Recht lässt sich aktuell vermutlich eher eine Tendenz zur Entformalisierung erkennen. So wird zum Beispiel in verschiedenen Fällen nicht mehr die Schriftform verlangt, sondern nur die Textform, so dass auch elektronische Texte genügen.⁴³ Weiterhin wird versucht, einen formalen Prozess durch vorherige Bemühungen um eine Mediation bzw. gütliche Beilegung zu vermeiden, vor allem in Zivilsachen.⁴⁴ Schließlich gibt es in manchen Ländern Bestrebungen, die Scheidung einer Ehe mittels familiengerichtli-

42 Weber, *Wirtschaft* (Fn. 1), S. 503–513, 817.

43 Vgl. z.B. §§ 312h, 477 II, 126b BGB. Allerdings können dann weitere Erfordernisse hinzutreten, etwa solche der Datensicherheit.

44 § 278 I, II ZPO: Das Gericht ist zur gütlichen Beilegung verpflichtet und soll vor der mündlichen Erörterung eine Güteverhandlung anberaumen.

chen Urteils und Anwaltszwang für mindestens eine Partei durch eine notarielle Vereinbarung zu ersetzen.⁴⁵

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse und Bedeutung für die Rechtsästhetik

Eine zusätzliche Form, welche über das für das Denken und Sprechen immer schon Erforderliche hinausgeht, ist für das Recht in jedem einzelnen Rechtsakt *nicht nur kontingent*, sondern *begrifflich notwendig*. Wie und wie stark diese zusätzliche Form des Rechts ausgestaltet ist, unterliegt jedoch der historischen Veränderung. Das Ausmaß der zusätzlichen Form des Rechts ist also historisch und kulturell variabel. In der Gegenwart ist dieses Ausmaß insgesamt betrachtet offenbar eher abnehmend. Die zusätzliche Form des Rechts dient vor allem der Rechtssicherheit. Nicht erörtert werden konnte hier das weitere wichtige Ziel der *Schönheit* der Rechtsform.

Der Rechtsästhetik kommt die Aufgabe zu, die hier untersuchte zusätzliche Form des Rechts zu erkennen und zu verstehen. Dabei ist sie Teil der allgemeinen Ästhetik, aber auch Teil der Rechtsphilosophie. Die Rechtsästhetik hat neben der Frage nach der objektiven Form des Rechts die Frage nach der subjektiven Wahrnehmung dieser Form zum Gegenstand. Diese Wahrnehmung der Form des Rechts ist wie jede Formwahrnehmung nicht nur eine deskriptive, sondern auch eine evaluative und affektive, also eine umfassende, welche alle Wahrnehmungsgesichtspunkte und damit letztlich alle Teile der menschlichen Seele bzw. des menschlichen Geistes einbezieht. Auch die Sinneswahrnehmung des Rechts und die Gefühlsreaktion auf das Recht sind somit von der Rechtsästhetik zu untersuchen. Die Rechtsästhetik ermöglicht der Rechtsphilosophie so eine umfassendere Perspektive auf das Recht.

45 In Deutschland ist das noch nicht möglich, aber etwa in Lettland, wenn beide Ehegatten zustimmen und keine minderjährigen Kinder vorhanden sind.