

Thorsten Keiser | Greta Olson | Franz Reimer (Eds.)

Feelings about Law/Justice

Rechtsgefühle

The Relevance of Affect to the Development of Law in Pluralistic Legal Cultures

Die Relevanz des Affektiven für die Rechtsentwicklung in pluralen Rechtskulturen



Nomos

Schriften des Rudolf-von-Jhering-Instituts Gießen

Edited by

Prof. Dr. Marietta Auer, M.A., LL.M., S.J.D. (Harvard)

Prof. Dr. Steffen Augsberg

Prof. Dr. Thorsten Keiser, LL.M.

Prof. Dr. Martin Lipp

Prof. Dr. Franz Reimer

Volume 3

Thorsten Keiser | Greta Olson | Franz Reimer (Eds.)

Feelings about Law/Justice

Rechtsgefühle

The Relevance of Affect to the Development of Law
in Pluralistic Legal Cultures

Die Relevanz des Affektiven für die Rechtsentwicklung
in pluralen Rechtskulturen



Nomos

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung.

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

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

ISBN 978-3-7560-0629-8 (Print)
978-3-7489-4260-3 (ePDF)

British Library Cataloguing-in-Publication Data

A catalogue record for this book is available from the British Library.

ISBN 978-3-7560-0629-8 (Print)
978-3-7489-4260-3 (ePDF)

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

Keiser, Thorsten | Olson, Greta | Reimer, Franz

Feelings about Law/Justice | Rechtsgefühle

The Relevance of Affect to the Development of Law in Pluralistic Legal Cultures

Die Relevanz des Affektiven für die Rechtentwicklung in pluralen Rechtskulturen

Thorsten Keiser | Greta Olson | Franz Reimer (Eds.)

217 pp.

ISBN 978-3-7560-0629-8 (Print)
978-3-7489-4260-3 (ePDF)

1st Edition 2023

© The Authors

Published by

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

www.nomos.de

Production of the printed version:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN 978-3-7560-0629-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-4260-3 (ePDF)

DOI <https://doi.org/10.5771/9783748942603>



Onlineversion
Nomos eLibrary



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Foreword / Vorwort

„Rechtsgefühl“ kann das Gerechtigkeitsempfinden des Individuums „vor dem Gesetz“, das Judiz der Richterin im Prozess der Entscheidungsfindung, das emotionale Aufbäumen der unterlegenen Partei nach der Entscheidung, die Rechtsüberzeugung eines Kollektivs bezeichnen. Trotz der verbreiteten Vorstellung, Recht rechtfertigt sich durch seine Distanz zu Emotionen,¹ wird der Verweis auf das „Rechtsgefühl“ dazu genutzt, Rechtssysteme, Rechtsgebiete oder einzelne Rechtsakte – Rechtsnormen oder Gerichtsentscheidungen – von innen oder von außen zu legitimieren oder zu delegitimieren. Diese Strategie ist umso wirkmächtiger, je monolithischer ein Akteur „das Rechtsgefühl“ präsentiert, je bruchloser es sich in kollektive Überzeugungen oder Anschauungen einfügt. Als sozialer Kompass und normative Rechtfertigung muss „Rechtsgefühl“ dagegen versagen, wenn es mit zahlreichen gegenläufigen Rechtsgefühlen konkurriert.

Die Frage nach der Fühlbarkeit des Rechts und nach dem Rechtsgefühl (fast durchgängig im Singular) wird aus zahlreichen, insgesamt aber additiv erscheinenden Blickwinkeln bearbeitet. Im Bereich der Rechtswissenschaft hat sie weniger die Methodenlehre – wo das Rechtsgefühl eher kurzorisch,² zum Teil als Frage nach der Bedeutung von Gerechtigkeit als methodologischem Argument³ behandelt wird – als die Rechtstheorie⁴ und

-
- 1 Paradigmatisch wohl *Angela Merkel*: „Es gelten bei uns Regeln. Und diese Regeln können nicht durch Emotionen ersetzt werden. Das ist das Wesen des Rechtsstaates“ (47. Sitzung des *19. Deutschen Bundestages, 11.9.2018, zit. n.: Das Parlament Nr. 38-39 v. 17.9.2018, Debattendokumentation, S. 10).
 - 2 Etwa *Karl Larenz / Claus-Wilhelm Canaris*. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin u.a. 1995, S. 168 f.; *Dirk Looschelders / Wolfgang Roth*. Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung. Berlin 1996, S. 78 f.; *Franz Reimer*. Juristische Methodenlehre. Baden-Baden 2016, Rn. 60 f., 372, 415; *Thomas M.J. Möllers*. Juristische Methodenlehre. München 2017, § 1 Rn. 25; *Hans-Joachim Strauch*. Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Freiburg 2017, S. 41, 542.
 - 3 *Friedrich Müller*. Gerechtigkeit als die „Unruh im Uhrwerk“. 2009; *Reimer*. Methodenlehre (Fn. 2), Rn. 531 ff.; *ders.*, Gerechtigkeit als Methodenfrage (Referat im Gesprächskreis „Grundlagen“ in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Marburg, 9. Oktober 2019). Tübingen 2020.
 - 4 Zuletzt etwa *Julia Hänni*. Gefühle als Basis juristischer Richtigkeitsentscheidungen. In: Thomas Hilgers u.a. (Hrsg.). Affekt und Urteil. Paderborn 2015, S. 133-142; *Sabine Müller-Mall*. Zwischen Fall und Urteil. Zur Verortung des Rechtsgefühls. Ebenda, S. 117 ff. Zu Vermittlungszusammenhängen durch situative Kontexte, per-

die Rechtsgeschichte aufgegriffen. Fast immer wurde das „Rechtsgefühl“ in interdisziplinärer Perspektive thematisiert.⁵ Im geisteswissenschaftlichen Bereich ist ein gestiegenes Interesse der Geschichtswissenschaft zu konstatieren.⁶ Die kulturwissenschaftliche Behandlung des Rechts (*Law as Culture, cultural legal studies*) wendet sich in jüngerer Zeit vermehrt der Bedeutung von Gefühlen, Leidenschaften und Affektivem im Recht zu.⁷ Auffällig ist, dass bei allen interdisziplinären Zugängen die Kategorie „Emotion“ oft einen weiten Assoziationsrahmen zur Rechtsordnung eröffnet, bei dem die Relevanz von Gefühlen in verschiedensten Zusammenhängen thematisiert wird.⁸ Eine juristische Aufarbeitung des Themas kann nicht von allgemein psychologischen oder soziologischen Emotionskategorien ausgehen, sondern muss die konkrete Bedeutung der Verweise auf Gefühle dort erfassen, wo ihre jeweiligen normativen Implikationen innerhalb des Rechtssystems deutlich werden. Dazu ist gerade das Problem der Widersprüchlichkeit von Rechtsgefühlen in pluralistischen Gesellschaften und Rechtsordnungen zu analysieren. Dieser Aufgabenstellung widmete sich eine interdisziplinäre Tagung aus Rechts- und Kulturwissenschaften, die vom 13.-14. Juni 2019 an der Justus-Liebig-Universität Gießen stattgefunden hatte. Organisiert wurde die Tagung vom Institut für Anglistik und vom Rudolf-von-Jhering-Institut für rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung. Der vorliegende Band versammelt einige der Beiträge. Dem Konzept der Tagung entsprechend betreffen diese historische, kulturwissenschaftlich-vergleichende, politische und rechtspraktische Ebenen des Themas Rechtsgefühl.

Die Rechtsgeschichte kann den Erfahrungsschatz des Rechts in affektiver Hinsicht deutlich machen, um Orientierungswissen für die gegenwärtige

formative Vollzüge und phänomenales Erscheinen vgl. *Eva Schürmann / Levno von Plato* (Hrsg.). *Rechtsästhetik in rechtsphilosophischer Absicht: Untersuchungen zu Formen und Wahrnehmungen des Rechts*. Baden-Baden 2020.

- 5 Nicht selten mit Verbindungen zu Literaturwissenschaft, siehe etwa *Sigrid G. Köhler / Sabine Müller-Mall / Florian Schmidt / Sandra Schnädelbach* (Hrsg.). *Recht fühlen*. Paderborn 2017; *Hilge Landweer / Dirk Koppelberg* (Hrsg.). *Recht und Emotion* (2 Bde.). Freiburg 2016.
- 6 *Dagmar Ellerbrock / Sylvia Kesper-Biermann*. *Between Passions and Senses? Perspectives on Law and Emotions*. In: *InterDisciplines* (6.2). 2015; siehe auch *Jan Plamper*. *The History of Emotions. An Introduction*. Oxford 2015, S. 284.
- 7 *Greta Olson*. *The Turn to Passion: Has Law and Literature become Law and Affect?* In: *Law and Literature* (28.3). 2016, S. 335 ff.; *dies*. *From Law and Literature to Legality and Affect*, Oxford 2022; *Julia J.A. Shaw*. *Law and the Passions: Why Emotion Matters for Justice*. Abingdon und New York 2020.
- 8 Vgl. etwa *Susan A. Bandes*. *The Passions of Law*. New York und London 1999.

tigen Debatten zu erarbeiten. Gerade die als sehr aktuell empfundene Pluralität der Rechtsquellen (und daher womöglich auch ihrer gefühlsmäßigen Grundierung oder Rezeption) war daher in historischer Hinsicht zu kontextualisieren, wobei deutlich wurde, dass Rechtspluralismus auf lange Sicht gesehen der Regelfall und nicht die Ausnahme war. Diesen Themen widmeten sich die Beiträge von Sylvia Kesper-Biermann und Thorsten Keiser.

In rechtstheoretischer Sicht spielten stets die Betrachtungen Rudolf von Jherings eine besondere Rolle. Für Jhering ist das Rechtsgefühl einer Person nicht rational; wie er im *Kampf um's Recht* schreibt: „Die Kraft des Rechts ruht im Gefühl, ganz so wie in der Liebe; der Verstand kann das mangelnde Gefühl nicht ersetzen.“⁹ Gabriele Britz widmet sich vor diesem Hintergrund den aktuellen juristischen Implikationen affektiver Elemente. Deutlich wird dabei, dass Gefühle¹⁰ auch heute die Rechtsfindung bzw. Rechtserzeugung im Einzelfall prägen; sie sind subjektive Faktoren der Mobilisierung von Recht.¹¹ Sie können Triebfeder für eine vertiefte und verbesserte Rechtsfindung sein und in diesem Sinne durch die methodischen Standards mediatisiert werden, sie können aber auch als inhaltlich anleitendes „Rechtsgefühl“ oder „Judiz“ professionalisiert, rationalisiert und in ihrer Emotionalität invisibilisiert werden. Aus der Perspektive der Praxis juristischer Entscheidungsfindung analysiert Jeanne Gaakeer Chancen und Risiken einer individuellen Befragung des Rechtsgefühls. Franz Reimer lenkt im gleichen Kontext den Blick auf die Rechtsentstehung.

Als emotionale Gesamteinschätzung der Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit einer Situation nimmt „das Rechtsgefühl“, auch wenn es von einem Individuum stammt, Repräsentativität und gesellschaftliche Relevanz in Anspruch, sobald es mit normativer Absicht geäußert wird. Das ist in einer homogen gedachten Rechtsgemeinschaft mit Blick auf Minderheiten problematisch; in einer sich als plural wahrnehmenden Gesellschaft erhalten derartige nichtkognitive Entscheidungsfaktoren offene Brisanz. Frans-Willem Korsten untersucht die politischen Auswirkungen einer Mobilisierung des Rechtsgefühls für populistische Bewegungen.

Der Begriff des Rechtsgefühls nimmt vorweg, was die rechtskritische US-amerikanische *legal consciousness*-Bewegung seit den 1990er Jahren be-

9 Rudolf von Jhering. *Der Kampf um's Recht* (1872). Wien 1894, S. 41 f.

10 Pointiert Wolfgang Gast. *Juristische Rhetorik*, 5. Aufl. Heidelberg 2015, Rn. 477: „Affekte sind, obwohl Affektkontrolle zur professionellen Sachlichkeit gehört, nicht ausgeschlossen: Betroffenheit darf sich in den gehörigen Formeln äußern („Besonders verwerflich ist das Verhalten des Angeklagten deshalb, weil...“).“

11 Näher Susanne Baer. *Rechtssoziologie*, 3. Aufl. 2017, § 7 Rn. 3 ff.

schreibt: Der erlebte Umgang mit Rechtsinstitutionen und -prozessen ist von der jeweiligen Stellung einer Gruppe in Hinsicht auf ihre gesellschaftliche Privilegiertheit abhängig und wird durch Narrative über diesen situativen Umgang vermittelt.¹² Jherings „Rechtsgefühl“ spielt darüber hinaus im Zuge des Interesses am Affektiven in den *critical legal studies* eine Rolle.¹³ Diese Forschung unterscheidet sich von der Orientierung an rationaler Erkenntnis, wie sie seit den 1990er Jahren auf dem Feld von *law and emotion(s)* betrieben wurde. Im Rahmen von *Law and Emotion* sind empirische Untersuchungen mit dem Ziel durchgeführt worden, die Bedeutung von Gefühlen bei Urteilen, Jury-Entscheidungen und im Vorfeld von Hassverbrechen zu bestimmen.¹⁴ Demgegenüber behandelt der *Law and Affect*-Ansatz das Recht als nicht ausschließlich durch rationale und lineare Mittel und Wege juristischer Interpretation prozedierend. Dieser Forschungsstrang fügt sich in einen größeren „affective turn in legal studies“ ein.¹⁵ Jhering betont, dass das Recht – fern davon, nur die schlimmsten Leidenschaften des Menschen zu besänftigen und affekthaft aufgeladene Konflikte zu entschärfen – ein Instrument des Leidens sei.¹⁶ Affekttheoretiker behandeln Recht als a-rational, um im Wege einer radikalen Rechtskritik menschliche Materialität und Partikularität einzubeziehen.¹⁷ Daher ist zu fragen, warum, mit welchem Erkenntnisinteresse und mit welchen Erträgen es in den kritischen Rechtsstudien zur Ausrichtung auf Affektivität kam. Greta Olson geht der Frage nach, wie die Kategorie des Affektiven dazu beitragen kann, juristische Abläufe und individuelle Sichtweisen zur jeweiligen Rechtsumgebung neu und besser zu verstehen.

12 Patricia Ewick / Susan S. Silbey. *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago und London 1998; Susan S. Silbey. *After Legal Consciousness*. In: *Annual Review of Law and Social Science* (1). 2005, S. 323-368.

13 Cassandra Sharp / Marett Leibold. *Cultural Legal Studies: Law's Popular Cultures and the Metamorphosis of Law*. Abingdon 2015, S. 304 ff.

14 Richard A. Posner. „Emotion versus Emotionalism in Law“. In: Susan A. Brandes (Hrsg.). *The Passions of Law*. New York 1999, S. 309-329, 327; Terry A. Maroney. „Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field“. In: *Law and Human Behavior* (30). 2006, S. 119-142; Martha Nussbaum. *From Disgust to Humanity*. Oxford 2010; dies. *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*. 2006; Jeanne Gaakeer. „The Legal Hermeneutics of Suffering“. In: *Law and Humanities* (3.2). 2009.

15 Olson (Fn. 7); Scott Veitch. *Law and Irresponsibility. On the Legitimation of Human Suffering*. London 2007.

16 Jhering (Fn. 9). S. 12-13.

17 Andreas Fischer-Lescano. *Radikale Rechtskritik*. In: *Kritische Justiz* (47.2). 2014, S. 171-183, 177.

Die Beiträge dieses Bandes gehen der Frage nach, ob und in welchem Sinne Rechtsgefühl in der gegenwärtigen Situation das Verständnis und die Anwendung des Rechts in einer pluralen Gesellschaft fördern und eine positive Relevanz für Rechtspraxis (Gaakeer, Reimer, Britz) nicht nur im Sinne der Rechtsanwendung, sondern auch der Rechtsentwicklung (Keiser, Kesper-Biermann) und Rechtstheorie (Gaakeer) wie auch im politischen Umgang mit Rechtsphänomenen (Olson, Korsten) haben kann. Daher soll nach Pluralisierungsprozessen sowie den möglichen Folgen für die Relevanz der Kategorie des „Rechtsgefühls“ und benachbarter Konzepte wie Emotionen und Affekte in Bezug auf rechtliche Phänomene gefragt werden. Insgesamt zeigt der Blick auf die Rechtsgeschichte, dass Rechtsgefühl individuell, aber auch kollektiv, theoretisch, praktisch oder politisch, nicht zuletzt auch christlich-religiös formuliert sein kann.¹⁸ Im NS-Staat war darüber hinaus die Verwendung als propagandistisches Drohmittel („gesundes Volksempfinden“) zu beobachten.¹⁹ In jedem der Bereiche transportiert es eine spezifische Normativität und kann gleichzeitig Indikator für ein bestimmtes Verständnis juristischer Rationalität sein, die eventuell als Gegenbild zu einer gefühlsmäßigen Normativität Konturen gewinnt. Gleichzeitig versuchten manche Rechtslehren, den Gegensatz zwischen Rationalität und Gefühl aufzuheben. Rechtsgefühl als juristische Erkenntniskategorie war damit emotional und wissenschaftlich zugleich.²⁰

Um die Heterogenität des Begriffes der „Rechtsgefühle“ herauszustellen, ebenso wie die Unterschiedlichkeit von Rechtsgefühlen zu unterstreichen, die sich nach den rechtssystemischen und gesellschaftlichen Kontexten richtet, in denen diese Gefühle auftreten, ist hier die Rede von Rechtsgefühlen und nicht von singulärem Rechtsgefühl. Wie die folgenden Beiträge zeigen, können Rechtsgefühle als historische Erklärung für

18 Zu letzterem Aspekt *Hans-Peter Haferkamp*. Christentum und Privatrecht im Vormärz. In: Nils Jansen, Peter Oestmann (Hrsg.). Rechtsgeschichte heute. Religion und Politik in der Geschichte des Rechts. Schlaglichter einer Ringvorlesung. Tübingen 2014, S. 181-191 (185 ff.).

19 Hierzu insbes. *Jochim Rückert*, bspw. zum „gesunden Volksempfinden“, vgl. *Jochim Rückert*. Das „gesunde Volksempfinden“ – eine Erbschaft Savignys? In: *ZS Germ* (103). 1986, S. 199-247; auch in: *Rückert*. Ausgewählte Aufsätze, Bd. 1. Grundlagen, Geschichte, Bewältigungen. 2012, S. 577 ff.; *Angelika Kleinz*. Individuum und Gemeinschaft in der juristischen Germanistik. Die Geschworenengerichte und das »gesunde Volksempfinden«. In: *Frankfurter Beiträge zur Germanistik* (36). Heidelberg 2001; *Jan Thiessen*. Gute Sitten und „gesundes Volksempfinden“. Vor-, Miss- und Nachklänge in und um RGZ 150, 1. In: *FS Jan Schröder*. Tübingen 2013, S. 187 ff.

20 *Haferkamp*. Christentum und Privatrecht. S. 187 ff.

die Entwicklung des Rechts, als ein Argument für ein Recht, das sich an höheren Werten wie Gerechtigkeit orientiert, als eine Form von Rechtskritik und als ein Synonym für den politischen Umgang mit imaginiertem und gefühltem Recht verstanden werden. Daher ist eine interdisziplinäre Fragestellung nach der Bedeutung von Rechtsgefühlen relevant.

Thorsten Keiser, Greta Olson und Franz Reimer

Table of Contents/Inhalt

I: From *Rechtsgefühl* to *Rechtsgefühle*?

I: Von „Rechtsgefühl“ zu „Rechtsgefühlen“?

Why *Rechtsgefühle*? The Turn to Emotion and Affect in Legal Studies
(What are impassioned feelings about law and justice, and why are they pertinent?)

Warum Rechtsgefühle? Die Hinwendung zu Emotionen und Affekten in den Rechtswissenschaften
(Was sind Gefühle für Recht und Gerechtigkeit und warum sind sie relevant?)

17

Greta Olson

II: Historical Developments of *Rechtsgefühle* in the German Context

II: Historische Entwicklungen von Rechtsgefühlen im deutschen Kontext

Von der Vernunft zum Rechtsgefühl?
Zu den Wechselwirkungen von Emotionalitätsforschung und historischer Rechtswissenschaft

From Reason to a Feeling about Law/Justice?
On the Interactions between Emotionality Research and Historical Jurisprudence

57

Thorsten Keiser

Rechtsgefühl(e) und Menschenrechte.
Die Freiheit von Folter im langen 19. Jahrhundert

Feeling(s) about Law/Justice and Human Rights:
The Freedom from Torture in the Long Nineteenth Century 83
Sylvia Kesper-Biermann

III: Rechtsgefühle in Legal Theory and Practice
III: Rechtsgefühle in juristischer Theorie und Praxis

Consulting One's Legal Consciousness:
Unsimple Fact or Dangerous Fiction?

Befragung des eigenen Rechtsbewusstseins.
Komplizierter Fakt oder gefährliche Fiktion? 103
Jeanne Gaakeer

Rechtsgefühle. Die Relevanz des Affektiven für die
Rechtsentwicklung
– in Jherings *Kampf um's Recht* und im demokratischen
Verfassungsstaat 141
Gabriele Britz

Feelings about Law/Justice:
The Relevance of Affect for the Development of Law
– in Jhering's *Struggle for Law* and in Constitutional Democracies 153
Gabriele Britz

“The Empire of Laws and Not of Men”:
Gesetzherrschaft als Gefühlsvermeidung?
Rechtstheoretische Rückfragen

“The Empire of Laws and Not of Men”:
The Rule of Law as Avoidance of Feeling? Methodological
Ascertainments 167
Franz Reimer

IV: The Impact of *Rechtsgeföhle* on Politics
IV: Die Wirkung von Rechtsgeföhlen auf die Politik

Besmirching Judges, Undermining Authority:
Populists’ Carnavalesque Play with Feelings of Law and Justice

Besudelung von Richtern, Unterminierung von Autorität:
Wenn Populisten mit Rechtsgeföhlen spielen 191
Frans-Willem Korsten

Biographies/Biographien 215

