

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

II: Historische Entwicklungen von Rechtsgeföhlen im deutschen Kontext

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

Thorsten Keiser

I. Einleitung: Emotionalität und rationales Recht

Ergebnisse juristischer Entscheidungsfindung wie Rechtsnormen werden in der Regel als transparente, nachvollziehbare Verstandesleistungen und Ergebnisse logischer Denkprozesse dargestellt. Daraus resultiert ein nicht geringer Teil ihrer Legitimität, den sie brauchen, um ihre Ordnungsfunktion für menschliches Zusammenleben erfüllen zu können. Moderne Rechtsordnungen sind von dem Anspruch geprägt, allgemein einsichtigen Mustern zu folgen. Notwendigerweise sind solche die Domäne des Rechts, das sich als Inbegriff von Rationalität präsentiert¹ und teilweise sogar durch die Herausbildung einer eigenen Dogmatik seine Geltungsmith Wahrheitsansprüchen verbindet². Beispiele aus der Rechtsgeschichte zur Untermauerung solcher Rationalitätsansprüche gibt es viele. Im Beweisrecht des Mittelalters wurden etwa Anforderungen an rationale Beweiswürdigung und glaubwürdiges Zeugenverhalten als Voraussetzung für die Richtigkeit des Urteils formuliert³. Hier begegnet man eigenen Rationalitätskriterien für die juristisch relevante Bewertung menschlichen Verhaltens und individueller Beobachtungen. Aber auch ein Gottesurteil war juristisch gesehen rational, weil es auf eine höhere, weltlicher Legitimation entrückte Entscheidungsinstanz verweist. Insofern sind, je nach Rechtsauffassung, „Wunder und Beweis“ keine Gegensätze, vielmehr kann das Wunder der Beweis sein⁴. Begriffe von Tatsachen, Evidenz und Objek-

1 Allgemein dazu *Bernhard Peters*. Rationalität, Recht und Gesellschaft. Frankfurt/M. 1991.

2 *Josef Esser*. Möglichkeiten und Grenzen dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht. In: *Archiv für civilistische Praxis* 172 (1972), S. 103 ff. (insbes. S. 111).

3 *Susanne Lepsius*. Von Zweifeln zur Überzeugung. Der Zeugenbeweis im gelehrten Recht ausgehend von einer Abhandlung des Bartolus von Sassoferrato. Frankfurt/M. 2003, S. 83 ff.

4 Vgl. *Lorraine Daston*. Wunder, Beweise und Tatsachen. Zur Geschichte der Rationalität. Frankfurt/M. 2001, S. 29 ff.

tivität⁵ dienen der Nachvollziehbarkeit und Rückbindung von Normen an Bereiche, welche politische Herrschaftsansprüche mit logischen Überzeugungsmustern verbinden. Möglicherweise lassen sich verschiedene Rationalitäten des Rechts ausmachen, in aktueller Terminologie etwa auf sozialer oder prozeduraler Ebene; daneben wird eine wissenschaftliche oder formale Rechtsrationalität beschrieben⁶. Unabhängig davon, wie man die Rationalität des Rechts definiert, scheint eines fest zu stehen: Irrationale, rein emotionale Elemente haben darin offenbar keinen Platz. Sie sind in vieler Hinsicht Sand im Getriebe einer Legitimationsmaschinerie. Andererseits lässt sich aber auch in Aussagen von Rechtswissenschaftlern eine Entkopplung von Rechtswissen und rationalem Expertenwissen unter Verweis auf einen eigenen normativen Wert nicht unmittelbar rationaler Elemente beobachten. Seit dem 19. Jahrhundert war es ein gängiger Ausgangspunkt juristischer Argumente, menschliches, natürliches oder konkretes Recht einem kühlen Vernunftprodukt entgegenzusetzen. Anrufungen von Gefühl, Gemüt, Innerlichkeit und Seele gegen formale Strenge waren – ob explizit oder unterschwellig – in vielen rechtspolitischen oder -methodischen Argumentationsmustern erfolgreich. Zwar liefen die vielfältigen Rationalismus-Kritiken am Werk von Gelehrten⁷, Gesetzgebern oder Richtern selten explizit auf den Vorwurf eines Mangels an Gefühl hinaus. Noch weniger verstanden sie sich als Plädoyers zugunsten „irrationalen Rechts“. Dennoch schwingt im bekannten Klischee des „Juristen als solchen“⁸ auch der Vorwurf der Gefühllosigkeit mit. Kritik an solchen Positionen äußerte etwa aus rechtssoziologischer Sicht Theodor Geiger, der als Emigrant während der NS-Zeit unter dem deutlichen Eindruck der Folgen eines sich irrational-gefühllos gebenden Rechtsdenkens stand. Er störte sich an der „Veneration“ und „mystischen Feierlichkeit“, mit dem Worte wie „Rechtsgefühl“ ausgesprochen wurden und warf die Frage auf, ob sie nicht mehr als „farbenprächtige Wort-Kulissen für die Illusionsnummern behendiger Gedankenjongleure“ seien⁹. Seine Skepsis

5 Zu diesen Begriffen als Kategorien des Rationalen *Daston*, a.a.O.

6 Aus kritischer Sicht *Bernhard Peters*. Rationalität, Recht und Gesellschaft. Frankfurt/M. 1991, insbes. S. 100-114.

7 Ausführlich in Bezug auf die Kritik des Systemdenkens Puchtas *Hans-Peter Haferkamp*. Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“. Frankfurt/M. 2004, S. 281-284.

8 Anschaulich *Ulrich Falk*. Ein Gelehrter wie Windscheid. Frankfurt/M. 1989, S. 112 ff.

9 *Theodor Geiger*. Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. 4. Aufl. Berlin 1987 (Erstaufgabe 1947). Hg. von Manfred Rehbinder, S. 340.

gegenüber dem „Rechtsbewusstsein“, das er an diesem Punkt mit „Rechtsgefühl“ gleichsetzt, beruht auf der Unmöglichkeit seiner unmittelbaren Erkenntnis. „Gefühle“ seien keine Erfahrungskategorien, sondern nur in Form von Reaktionen und Aussagen von außen erkennbar, wobei der Rückschluss von der äußeren Manifestation auf das ‚wahre‘ innere Gefühl stets zweifelhaft sei¹⁰. Das Trügerische der auf Gefühl oder Bewusstsein verweisenden Aussage oder Handlung führe also dazu, dass diese als juristische Kategorien ungeeignet seien. Was hier deutlich wird, ist ein Spannungsfeld zwischen Emotionen, also unkontrollierbaren und nicht immer verlässlich ergründbaren Faktoren auf der einen und den Gewissheitsansprüchen des Rechts auf der anderen Seite. Auf dieser Ebene lassen sich Forschungsfragen für eine wertende Rechtswissenschaft der Gegenwart formulieren, aber auch für eine eher deskriptiv orientierte Rechtsgeschichte. Diese kann sich an der Kategorie des „Rechtsgefühls“ orientieren, ohne zu eng am Begriff haften zu bleiben.

II. Rechtsgefühl aus Sicht der Rechtsgeschichte

1. Aufgaben und Potenziale

Rechtsgeschichte kann den Erfahrungsschatz des Rechts in affektiver Hinsicht deutlich machen, um Orientierungswissen für gegenwärtige Debatten zu erarbeiten. In der rechtshistorischen Forschung fand die Kategorie „Rechtsgefühl“ nur in der hinlänglich bekannten „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ von Franz Wieacker Beachtung. Dort steht die Akzentuierung von „Rechtsgefühl“ für eine Epochenbeschreibung, nämlich die des „juristischen Naturalismus“, der gegen Ende des 19. Jahrhunderts durch empirisch orientierte Menschenbilder das Rechtssubjekt zum affekt- und triebgesteuerten Wesen enthumanisiert und damit das Recht – von den Werten isoliert – zur bloßen Wirklichkeitswissenschaft gemacht habe¹¹. Natürlich ist Wieackers Meistererzählung kritisch zu lesen und gerade seine Polemik gegen den „Naturalismus“ kann man als verschleierte Apologie seiner eigenen Rolle im Nationalsozialismus deuten¹². Was fehlt,

¹⁰ Geiger. ebenda, S. 341.

¹¹ Franz Wieacker. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2. Aufl. Göttingen 1968, S. 563 ff.

¹² Zur Einordnung etwa Joachim Rückert. *Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen*. In: *Quaderni fiorentini* 24 (1995), S. 531-562. Wieackers eigene Ausführungen über das Recht der Volksgemeinschaft und die Anwendung des kon-

ist eine Auseinandersetzung mit Rechtsgefühl ohne den verzerrenden Kontext einer rechtshistorischen Meistererzählung, die mittlerweile selbst Teil der juristischen Zeitgeschichte ist.

Dennoch verweist die von Wieacker angesprochene Verbindung von Rechts- und Naturwissenschaften auf einen zentralen Kontext. „Rechtsgefühl“, als Begriff und Konzept, hat mit dem Aufkommen der Psychologie zu tun. Die naturwissenschaftliche Entdeckung des Bewusstseins ließ die Frage entstehen, inwiefern sich Empfindungen von Recht individuell als innerer Kompass für bestimmte Verhaltensweisen formieren konnten. Auf der anderen Seite konnte „Rechtsgefühl“ im 19. Jahrhundert im Zuge einer romantisch wirkenden Aufwertung des Irrationalen gegenüber dem scheinbar wissenschaftlich erfahrbaren und somit vorbestimmbaren Recht akzentuiert werden¹³. Motive einer aus der Natur entspringenden Gerechtigkeit ließen später Parallelen zur (ethologischen) Verhaltensforschung deutlich werden, Rechtsinstinkte schienen nun bei Mensch und Tier gleichermaßen erkennbar¹⁴.

Lange vor diesen modernen Verbindungen zwischen Naturwissenschaft und Recht war es die Disziplin des Naturrechts, welche das Rechtsgefühl thematisierte¹⁵. Ein Ziel der Wissenschaftsgeschichte ist es, hier die Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Naturrecht und einer das Recht beeinflussenden Naturwissenschaft, wie sie im 19. Jahrhundert deutlicher hervortrat, herauszuarbeiten. Damit wären auch allgemeine Reflexionen über die Relevanz von Vorstellungen „menschlicher Natur“ im Rechtssystem möglich, die Verbindungen zu aktuellen Debatten ermöglicht/en.

kreten Ordnungsdenkens wurden so als idealistische, an sozialen Wertvorstellungen orientierte Gegenentwürfe zu einer biologisch-rassisch definierten Volksgemeinschaft darstellbar, welche wiederum als entartete Form eines „juristischen Naturalismus“ historisierbar wurde.

- 13 Ein eindringliches Beispiel für diese personalisierte Auffassung von Rechtsgefühl stammt von *Julius von Kirchmann*. Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 1848. Neudruck Darmstadt 1966, S. 18: „Setzt man die Vergleichung fort, so zeigt sich eine neue Eigentümlichkeit des Gegenstandes der Jurisprudenz darin, dass alles Recht nicht bloß im Wissen, sondern auch im Fühlen ist, dass ihr Gegenstand nicht bloß im Kopfe, sondern auch in der Brust des Menschen seinen Sitz hat. Ob das Licht eine Wellenbewegung des Äthers oder die geradlinige Bewegung feiner Körperchen ist; ob die Vernunft und Verstand eins, oder unterschieden sind; ob die algebraischen Gleichungen vierten Grades direkt aufgelöst werden können oder nicht; das alles sind Fragen, aber das Gefühl hat dabei nirgends im voraus entschieden“.

14 Vgl. *Giorgio Del Vecchio*. Die Gerechtigkeit. 2. Aufl. Basel 1950, S. 97 ff.

15 Dazu unten IV.

Ein anderes Thema ist die Geschichte der Praxis und der Reflexionen über die Rechtsanwendung. Noch heute nehmen Rechtsanwender für sich zuweilen in Anspruch, über ein „Judiz“ zu verfügen, also die durch Fachkunde geschulte Fähigkeit zum eigenen rechtlichen Urteil ohne vorherige methodisch-systematische Normerkundung. Das „Judiz“ verweist auf eine Art informellen Wissensbestand der Praxis. Als solcher ist es bislang unerforscht. Auf die Spur kommt man ihm mit soziologischen Methoden, da keine Texte darüber zu finden sind.

Für die Rechtsgeschichte spielte die gefühlsmäßige Rechtsfindung ebenfalls eine große Rolle. Den Schöffen des Mittelalters wurde bescheinigt, sie entschieden *„wenn auch nicht nach Willkür, so doch nach dem Rechtsgefühl oder Rechtsbewusstsein, welches in ihnen, welche einen besonderen Beruf aus der Anwendung des Rechts machten, lebhafter als in den übrigen Mitgliedern des Volkes existierte“* heißt es bei Otto Stobbe¹⁶. Später stellte Oskar von Bülow – nicht unkritisch – die Schöffen als Urteiler dar, welche „unter der Leitung des im Volke pulsierenden, freilich oft von gegensätzlichen Strömungen durchwogenen Rechtsgefühls“¹⁷ standen und daher nicht gänzlich gegen Willkür und Parteilichkeit gefeit waren. Herauszufinden gilt es, ob die heutigen Verweise auf ein Judiz alte Vorstellungen notwendig irrationaler Restbestände bei der Entscheidungsfindung konservieren und was damit konkret legitimiert wird.

Insgesamt zeigt der Blick auf die Rechtsgeschichte, dass Rechtsgefühl individuell, aber auch kollektiv, theoretisch, praktisch, oder politisch formuliert sein kann. 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.

2. Anregungen seitens der historischen Emotionsforschung

Berücksichtigt man, dass sich Teile der rechtshistorischen Disziplin primär als normativ orientierte Geschichtswissenschaft mit prinzipiell historischen Erkenntnisinteressen ohne erstrangigen Fokus auf das geltende Recht betrachten, muss erstaunen, dass das Thema der emotionalen Erkenntnis in dieser Forschungsrichtung bislang nicht vorkam. Tatsächlich ist das Thema der historischen Emotionsforschung in der letzten Zeit ein

16 Otto Stobbe. Geschichte der deutschen Rechtsquelle. Bd. 1. Leipzig 1860, S. 277.

17 Oskar von Bülow. Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885, S. 17.

Thema mit großer Konjunktur im Bereich der Geschichtswissenschaften¹⁸. Ausgehend von einer Kritik am mangelnden historischen Bewusstsein aktueller Kognitionswissenschaften kennzeichnet etwa Ute Frevert einen Ansatz historischer Emotionsforschung, der sich als Teil einer historischen Semantik versteht¹⁹. Im Mittelpunkt steht dabei eine Rekonstruktion der zeitgenössischen Reflexionen und Argumentationsmuster über Gefühle, wie sie etwa von 1700 bis in die Gegenwart hervorgebracht worden sind²⁰. Dabei soll es um mehr gehen als eine Geschichte politisch-sozialer Sprache, wie sie etwa im begriffsgeschichtlichen Pionierwerk „Geschichtliche Grundbegriffe“ in Angriff genommen wurde. Die hier gekennzeichnete Form der Emotionsgeschichte sieht sich als Wissenschaft zur Erforschung einer Sprache, die sich auf die Beschreibung menschlicher Potenziale bezieht und ihre Anregungen daher eher bei einer historischen Anthropologie sucht²¹. In dem gekennzeichneten sprachgeschichtlichen Projekt ließe sich auch die Rechtswissenschaft berücksichtigen, handelt es sich doch um eine Disziplin, welche eine Beschreibung menschlicher Potenziale verwendet, um daraus Normen für menschliches Verhalten zu gestalten. Juristische Sprache könnte also in historischer Perspektive eine Schnittmenge zwischen soziopolitischer Sprache und anthropologisch sensibler Terminologie bilden. Auch wenn sich emotionsgeschichtliche Ansätze für die Rechtswissenschaft und Rechtsgeschichte stets offen zeigen, kommt Jurisprudenz in ihnen meistens nur am Rande vor. Als Verknüpfung von Rechtsgeschichte und Emotionsgeschichte wurde etwa die Thematisierung von Emotionen bei Zeugenvernehmung und Beweisführung anhand des Lügendetektors vorgeschlagen²². Hier soll ein Beispiel für die, insofern noch zu erforschende, juristische Berücksichtigung von Gefühlen liegen; weitere Anhaltspunkte wären Strafe, Zurechnung oder ‚Verbrechen aus Leidenschaft‘²³. Nicht klar wird hier jedoch, welchen Begriff von Emoti-

18 Aus interdisziplinärer Sicht: *Dagmar Ellerbrock/Sylvia Kesper-Biermann*. *Between Passions and Senses? Perspectives on Law and Emotions. Inter disciplines 2* (2015); siehe auch *Jan Plamper*. *The History of Emotions. An introduction*. Oxford 2015. 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.

19 *Ute Frevert*. *Emotional Lexicons. Continuity and Change in the Vocabulary of Feeling 1700-2000*. Oxford 2014, S. 1 ff.

20 *Frevert*. ebenda, S. 2.

21 *Frevert*. ebenda, S. 11.

22 *Jan Plamper*. *The History of Emotions. An Introduction*. Oxford 2015, S. 284.

23 *Plamper*. ebenda.

on die Rechtsgeschichte dann zugrunde zu legen hätte. Problematisch erscheint vor allem die Konzentration auf Situationen, welche aus der Außenperspektive als emotionale Begegnungen von Menschen mit dem Rechtssystem oder der Justiz erscheinen²⁴.

Vielversprechend erscheint hingegen jeglicher Hinweis der Emotionsgeschichte auf semantische Veränderungen und das Aufkommen neuer Sprachmuster bei der Beschreibung menschlicher Handlungspotenziale. Solche sind für die Normgestaltungen unmittelbar relevant. Im Bereich der Emotionsgeschichte wurde etwa darauf hingewiesen, dass neben der bereits bekannten Beschreibung des Empfindsamkeitskultes des 18. Jahrhunderts in der Mitte dieses Jahrhunderts, auch in der politischen und philosophischen Sprache eine Entdeckung der Innerlichkeit und der Empfindungen nachweisbar ist²⁵. Solche Zusammenfassungen und Sondierungen terminologischer Veränderungen sind ein wichtiger Fundus für die Bedingungen juristischer Reflexion in jener Zeit. Juristen hatten die philosophischen Werke ihrer Zeitgenossen oftmals rezipiert. Neue Erkenntnisse über Bewertungen von Gefühlen im Vokabular einer bestimmten Zeit ermöglichen vielleicht neue Zugänge zu juristischen Werken. Die Erkenntnisse der Gefühlsgeschichte wären hier also Kontext und Folie für die neue Analyse juristischer Schriften aus vergangenen Jahrhunderten. Andererseits können sie aber auch selbst rechtshistorische Fragestellungen anregen. So ist etwa im Bereich der Emotionsgeschichte von einer eigenen „Sattelzeit“ die Rede, welche im späten 19. Jahrhundert angesetzt wird. Gekennzeichnet sei sie durch die Hinwendung der Psychologie zu den Naturwissenschaften und dem damit verbundenen Aufstieg der Psychologie als Leitwissenschaft, der sich im darauffolgenden Jahrhundert vollzog²⁶. Rechtswissenschaftliche Auswirkungen dieser Wende sind bereits in einem Sammelband von Mathias Schmoeckel eingehend analysiert worden²⁷. Es gäbe zahlreiche Ansätze, auf dieser Ebene weiter zu forschen und über die

24 Deutlich wird das vor allem bei Beiträgen wie von *Sandra Schnädelbach*. The jurist as manager of emotions. German debates on Rechtsgefühl in the late 19th and early 20th century as sites of negotiating the juristic treatment of emotions, *Inter disciplines* 2 (2015), S. 47 ff. mit dem Ergebnis, dass „Rechtsgefühl“ bürgerlich-männliche Wertvorstellungen transportieren sollte. Wo es sich auf die damals von Männern dominierte Rechtsanwendung bezog, ist das wenig erstaunlich. Die Relevanz einer solchen Erkenntnis hängt von Alternativen ab, die historisch zu ermitteln wären.

25 *Frevert*. *Lexicons*, S. 5, in Bezug auf Herder.

26 *Frevert*. *Lexicons*, S. 11.

27 *Mathias Schmoeckel* (Hrsg.). *Psychologie als Argument in der juristischen Literatur des Kaiserreichs*. Baden-Baden 2009.

bloße Impulsfunktion der Psychologie als Wissenschaft hinaus detaillierter nach den Auswirkungen der Verwissenschaftlichung menschlicher Gefühle zu fragen, die sich im späten 19. Jahrhundert entscheidend verändert hatte.

Insgesamt fällt also auf, dass ein Blick auf die Emotionsgeschichte die Rechtsgeschichte für bestimmte kulturelle Gegebenheiten sensibilisieren kann, welche dann auf ihre Relevanz für die Rechtsentwicklung zu überprüfen wären. Reflexionen über den Umgang mit Emotionen könnten für die Rechtsgeschichte neue Zäsuren deutlich machen, die bei der Konzentration auf politische Umbrüche, Gesetzgebungsverfahren, Organisation der Justiz und sonstiger Institutionen, oder Herausbildung wissenschaftlicher Theorien nicht ohne weiteres offensichtlich werden. Zum Teil können sich beim Fokus auf das Thema „Emotionalität“ Verbindungen ergeben, die schon auf anderer Ebene diskutiert worden sind, etwa zwischen Recht und Wissenschaft. Emotionsgeschichte suggeriert also offenbar neue Themen, vielleicht auch neue Periodisierungen. Für eine „Geschichte des Rechtsgefühls“ gäbe es also einige Anregungen.

3. *Rechtsgefühl, Intuitive Rechterkenntnis und Wissenschaftsgeschichte des Rechts*

Weiterhin stellt sich die Frage, wo eine solche Geschichte des Rechtsgefühls methodisch zu verorten wäre. Es geht dabei zunächst um eine Geschichte der emotionalen Erkenntnismöglichkeiten von Recht und damit um eine Art von Rechtswissen. Im Mittelpunkt steht die Frage, wie dies in verschiedenen historischen Kontexten, vielleicht sogar „Epochen“, beurteilt, beschrieben oder konstruiert wurde. Für Kirchmann etwa lag in der Existenz eines Rechtsgefühls der entscheidende Unterschied zwischen Jurisprudenz und der exakten Wissenschaften:

„Setzt man die Vergleichung fort, so zeigt sich eine neue Eigentümlichkeit des Gegenstandes der Jurisprudenz darin, dass alles Recht nicht bloß im Wissen, sondern auch im Fühlen ist, dass ihr Gegenstand nicht bloß im Kopfe, sondern auch in der Brust des Menschen seinen Sitz hat. Ob das Licht eine Wellenbewegung des Äthers oder die geradlinige Bewegung feiner Körperchen ist; ob die Vernunft und Verstand eins, oder unterschieden sind; ob die algebraischen Gleichungen vierten Grades direkt aufgelöst werden können oder nicht; das

alles sind Fragen, aber das Gefühl hat dabei nirgends im Voraus entschieden.“²⁸

Wo das „Gefühl sich schon für eine Antwort entschieden“ habe, „ehe noch die wissenschaftliche Untersuchung begonnen“, sei die Wissenschaftlichkeit von Rechterkenntnis erschwert, denn „Gefühl“ sei kein Wahrheitskriterium, sondern „Produkt der Erziehung, der Gewohnheit, des Zufalls“²⁹.

Wenn man der These Kirchmanns folgt, dass Recht von Wissenschaft streng zu unterscheiden ist, weil sie eine emotionale Komponente ausschließt, welche im Recht notwendig vorhanden ist, könnte man thematische, vielleicht auch methodische Konsequenzen für die Rechtsgeschichte begründen. Konsens dürfte sein, dass Rechtsgeschichte sich als Geschichte der Praxis oder Geschichte der Wissenschaft betätigen kann³⁰. In den aktuellen Methodendebatten des Fachs, wie sie zuletzt von Peter Oestmann angestoßen wurden, hat die Kategorie „Wissenschaftsgeschichte“ ihren festen Platz und eindeutigen Stellenwert neben Normengeschichte und Praxisgeschichte. Die nicht nur von Kirchmann und nicht erst seit Kirchmann vorgebrachten Zweifel an der Wissenschaftlichkeit des Rechts werden dabei nicht diskutiert. Aus Sicht rechtshistorischer Methodik ist darin auch zunächst kein Versäumnis zu sehen. Wenn mit „Wissenschaftsgeschichte“ gemeint ist, dass man sich juristischer Literaturproduktion, Verbreitung von Normkenntnissen an Universitäten, den wissenssoziologischen Bedingungen der Herausbildung juristischer Denkschulen und Traditionen, dem Dialog, dem Austausch untereinander oder der fachspezifischen Sozialisation von Juristen zum Nachdenken über Recht widmet³¹, impliziert der Begriff keine Stellungnahme zum Erkenntnischarakter der Jurisprudenz. Ihre notwendig normativ-wertende Vorgehensweise ist damit nicht gelegnet, ein zu Recht kritikwürdiger Anspruch empirisch zweifelsfrei nachweisbarer Normativität wird der „Rechtswissenschaft“ damit nicht zugewiesen. Der Unterschied zu Kirchmann liegt darin, dass dieser einen

28 *Julius von Kirchmann*. Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 1848. Neudruck Darmstadt 1966, S. 18.

29 *Kirchmann*. ebenda, S. 19.

30 Zuletzt *Peter Oestmann*. Normengeschichte, Wissenschaftsgeschichte und Praxisgeschichte. Drei Blickwinkel auf das Recht der Vergangenheit (History of Legal Norms, Science and Practice. Three Perspectives on the Law of the Past) (October 31, 2014). Rechtsgeschichte – Legal History 23/2015; Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2014-06. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2526811>.

31 Dazu auch *Oestmann*. a.a.O., S. 4f.

umfassenden, nicht zuletzt von der Naturwissenschaft als Leitdisziplin geprägten Wissenschaftsbegriff zugrunde legt und die Eigenschaften der Jurisprudenz damit vergleichend reflektiert, während die Methodik der Rechtsgeschichte ihren Wissenschaftsbegriff pragmatisch aus der Binnenperspektive heraus bestimmt. Die gewohnten Bemühungen um Wissenschaftsgeschichte des Rechts können also mit dieser Überlegung nicht in Frage gestellt werden.

Wenn Wissenschaftsgeschichte für die Rechtsgeschichte ein Orientierungsbegriff zur Beschreibung eines bestimmten Erkenntnisvorgangs ist, könnte man angesichts Kirchmanns These jedoch die Frage stellen, ob dieser nicht zu eng ist, wenn er nur die innerhalb professioneller Strukturen erfolgte Normproduktion ins Auge fasst. Ein Vorwurf könnte lauten, dass man bei Konzentration auf Recht von Juristen (seien es Gesetzgeber, Richter oder Gelehrte) Gefahr laufen könnte, das emotional erkennbare Recht³² zu vernachlässigen oder zu übersehen, weil „Wissenschaftsgeschichte“ Recht in seiner Darstellung auf die Analyse von Fachdiskursen beschränkt.

Dieser Anspruch einer Neubestimmung und Erweiterung des Fokus stimmt in seiner Zielrichtung zum Teil mit einer in der Geschichte zu beobachtenden Tendenz zur Ersetzung des Begriffs „Wissenschaftsgeschichte“ durch „Wissensgeschichte“ überein. Hier handelt es sich um eine noch sehr heterogene Forschungsrichtung, bei der von unterschiedlichen Motiven getragene Ansätze zusammenkommen³³. Theoretisch neutraler kann sich „Wissensgeschichte“ auf die historische Beschreibung von durchaus europäisch geprägten Wissensspeichern wie Archiven beziehen³⁴. Artikuliert wurde so etwa der Anspruch, sich einem „prekären“, weil durch soziale Stigmata ausgegrenzten, vielleicht gar tabuisiertem Wissen der frühen Neuzeit widmen zu müssen³⁵. Für Gebiete wie Magie und Rituale – denen übrigens bereits seit längerem unter dem Aspekt der Kulturgeschichte erhöhte Aufmerksamkeit zuteilwird³⁶ – mag das interessante neue Perspek-

32 Die Abgrenzung zu Recht, das von juristischen Laien, etwa vor der Professionalisierung des Juristenstandes im Mittelalter, erkannt und ausgesprochen wurde, sei hier dahingestellt.

33 Überblick bei *Achim Landwehr*. Wissensgeschichte. In: *Handbuch Wissenssoziologie und Wissensforschung*. Hg. von Rainer Schützeichel. Konstanz 2007, S. 801-813.

34 *Markus Friedrich*. Die Geburt des Archivs. Eine Wissensgeschichte. München 2013.

35 *Martin Mulrow*. Prekäres Wissen. Eine andere Ideengeschichte der Frühen Neuzeit. Berlin 2012.

36 Dazu auch *Renn*. *History of Science*, S. 38.

tiven eröffnen. Aus Sicht einer historischen Emotionsforschung des Rechts als Parallele zu fordern, man müsse das von den Fachleuten formalistisch verdrängte Gefühl als prekäres Rechtswissen historisch neu entdecken, wäre freilich in dieser Form zu undifferenziert und klischeehaft. Die Tendenz zur Entdeckung von „Nischen-Wissen“³⁷ umfasst freilich auch „Know-how“, also praktisches Wissen. Davon sind historisch neue Vorstellungen entstanden. „Von Postulaten zu Praktiken“ lautet das Motto zahlreicher unterschiedlicher Forschungsansätze zur Geschichte der frühen Neuzeit³⁸. Praktik wird dabei verstanden als „typisiertes, routiniertes und sozial verstehbares Bündel von Aktivitäten“³⁹. Statt Geschichte einer Person oder eines Geistes wird die Frage relevant, „was Leute tun“⁴⁰. Alltagsphänomene erhalten so ein eigenständiges historisches Gewicht und werden nicht nur als bloße Konsequenzen oder praktische Auswirkungen von etwas Höherem wie Normen oder Idealen erfahrbar⁴¹. Das wiederum eröffnet den Blick auf neue Kategorien eines „Alltagwissens“ und führte überhaupt zu einer Reflexion über Formen des Wissens in der frühen Neuzeit. Berührungspunkte zwischen einer möglichen „Wissensgeschichte des Rechts“ scheinen hier nicht ausgeschlossen zu sein. So könnte man etwa fragen, ob „Rechtsgefühl“ als Alltagswissen von Normen über menschliches Zusammenleben in diesem Forschungsansatz zu verorten wäre, womit man dann eine Rationalitätsfixierung⁴² der Rechtswissenschaft überwinden könnte. Auf der anderen Seite wären die neuen Wissenskonzepte mit rechtshistorischen Überlegungen zu Gewohnheitsrecht oder Rechtsgewohnheit in Dialog zu bringen.

Konkret stellt sich hier jedoch die Frage, ob man durch Einbeziehung der intuitiven, gefühlswisensbasierten, vielleicht gar irrationalen Erkenntnismög-

37 *Mulsow*. Prekäres Wissen, S. 20 ff.

38 Dazu aktuell der Sammelband *Arndt Brendecke (Hrsg.). Praktiken der frühen Neuzeit. Akteure – Handlungen – Artefakte*. Köln, Weimar, Wien 2015. Zu einer Anwendung des Konzepts der Praktiken in der Rechtsgeschichte siehe *Thorsten Keiser*. Prozesse vor dem Reichskammergericht als Praktiken der frühen Neuzeit = Schriften der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung, 48. Wetzlar 2020.

39 *Brendecke*. ebenda, S. 15.

40 *Brendecke*. ebenda, S. 16.

41 *Brendecke*. ebenda, S. 18, wonach der Alltag ist nicht mehr nur Prüfungsgegenstand im „Lichtkegel von Idealen und Normen“ sei.

42 Zu Rationalität und Wissensgeschichte auch *Remm*. History of Science, S. 39, dort zu einem „dilemma of rationality“, welches Wissenschaftsgeschichte begrenze.

lichkeiten des Rechts über die Wissenschaftsgeschichte hinaus⁴³ zu einer neuen Wissensgeschichte gelangen kann, welche zumindest manche der oben geschilderten Perspektiven im Sinne einer methodischen Neuorientierung fruchtbar umsetzen kann.

4. *Quellen des Rechtsgefühls?*

Auch wenn es anregend wäre, über neue Ansätze einer Wissensgeschichte des Rechts nachzudenken, ist einer solchen Überlegung auf methodischer Ebene mit Skepsis zu begegnen. Das hängt im Wesentlichen mit den Erkenntnismöglichkeiten der Rechtsgeschichte zusammen. Vergangenes Recht begegnet uns zumindest in der Regel als sprachliche Überlieferung, also in geronnener Form innerhalb eines grammatisch-logischen Systems⁴⁴. Sichtbar werden in dieser Gestalt Rechtssätze, Regeln oder Urteile, aber kaum „Empfindungen“. In den meisten Fällen liegen solchen Rechtsäußerungen Gefühlsregungen zugrunde. Rückschlüsse darauf sind aber nur indirekt möglich, so dass es hier keine analytisch verwertbaren Quellen gibt. Was Geiger 1947 aus Sicht einer das juristische Argumentationsreservoir seiner Zeit kritisch durchleuchtenden Rechtssoziologie konstatierte, trifft auf die Rechtsgeschichte heute noch genauso zu. Sie hat einzugestehen, dass ihre Quellen dieselben bleiben, auch wenn sich das Forschungsinteresse verschiebt.

Zweifel sind auch angebracht, ob sich die in manchen wissenschaftlichen Ansätzen mehr oder weniger zum Ausdruck kommende Forderung zur Überwindung der Fachdiskurse erfüllen lässt. Eine Konzentration auf Emotionalität im Recht bewirkt möglicherweise eine Hinwendung zu neuen Formen des Wissens, aber keine Abwendung des Fokus von den „Rechtsexperten“⁴⁵. Im Gegenteil könnten diese gerade in den Mittelpunkt des Interesses treten, in ihrer Funktion als Entscheidungsträger, wobei

43 Davon abgesehen ist richtig, dass Wissenschaftsgeschichte des Rechts nie den Anspruch erhoben hat, das „materielle Recht“ einer Epoche abzubilden. Darauf verweist aktuell *Oestmann*, S. 4.

44 Sofern man symbolische oder ritualhafte Formen von Normativität außer Acht lässt.

45 Als Beispiel für einen solchen wissenschaftlichen Anspruch im Bereich der Geschichte der Ökonomie: *Daniel Speich Chassé*. Die Erfindung des Bruttosozialprodukts. Globale Ungleichheit in der Wissensgeschichte der Ökonomie. Göttingen 2013, S. 12 ff., wobei es hier nicht zuletzt um eine politische Kontextualisierung der Wirtschaftsgeschichte geht, die gegen eine unpolitische Dogmengeschichte in Stellung gebracht wird.

die emotionale Motivation ihrer Entscheidungen die eigentlich relevante Aktivierung eines Rechtsgefühls ausmacht. Die aktuelle Law and Neuroscience-Bewegung⁴⁶ sieht etwa hierin eine, wenn nicht die entscheidende Rechtfertigung ihrer Ansätze, von denen man sich ein um hirnorganische Kenntnisse erweitertes Verständnis der Rechtsprechung erhofft⁴⁷.

„Empfindungen“ können freilich ebenfalls wie „Expertenwissen“ kulturell kodiert und in einen hierarchischen Zusammenhang gebracht werden. Abgesehen von der Frage, ob eine ohne normatives Vorverständnis und normative Prägung erfolgende Gefühlsbildung überhaupt vorstellbar ist⁴⁸, dürfte Gefühlswissen von Juristen ebenso hierarchisierbar sein und damit als Herrschaftswissen taugen⁴⁹, wenn nämlich Empfindungen steuerbar sind und, gleichsam als „Fühlen-Müssen“, gemeinsamen Mustern folgen.

Auffindbar und rechtshistorisch von besonderem Interesse sind aber freilich sprachliche Zeugnisse juristischer Empfindungen. Wenn etwa Heinrich Hubmann 1954 „das Rechtsgefühl“ zum „Mittler zwischen Rechtspraxis und Naturrecht“ macht⁵⁰, sagt das zunächst weniger über das Rechtsgefühl selbst aus, sondern über seine Rolle im juristischen Diskurs der sogenannten „Naturrechtsrenaissance“ der fünfziger Jahre. Ist der Forschungsgegenstand ein Gerichtsurteil aus der Vergangenheit, lässt sich nicht mehr rekonstruieren, was der Entscheidungsträger dabei empfunden haben mag. Heutige Ansätze, gerade aus den USA, welche dort von „Gefühl“ reden, wo ungefilterte, impulsive, von erwarteten Mustern abweichende Handlungen auftreten und daraus auf die Abwesenheit einer Steuerung durch den Verstand schließen⁵¹, sind zu unpräzise für historische Fragestellungen. Betrachtungsgegenstand können also nur solche Texte sein, die von einer intuitiven oder gefühlsmäßigen Erkenntnis-

46 Dazu unten III.

47 *Pardo/Patterson*. *Minds, Brains and the Law*, S. 53. Vgl. insgesamt auch: *Brian H. Bornstein/Richard Wiener (Hrsg.)*. *Emotions and the Law. Psychological Perspectives*. New York 2011.

48 Dazu *Jhering*. *Entstehung des Rechtsgefühls*, S. 32 ff.

49 Wenn man dieses definiert als „sämtliche Informationen, die innerhalb eines bestimmten gesellschaftlichen Handlungszusammenhangs dazu geeignet sind, herrschaftliche Ansprüche zu legitimieren, durchzusetzen und zu tradieren“. *Thomas Hildebrand*. *Herrschaft, Schrift und Gedächtnis. Das Kloster Allerheiligen und sein Umgang mit Wissen in Wirtschaft. Recht und Archiv (11.-16. Jahrhundert)*. Zürich 1996, zitiert nach *Achim Landwehr*. *Wissensgeschichte*. In: *Handbuch Wissenssoziologie und Wissensforschung*. Hg. von Rainer Schützeichel. Konstanz 2007, S. 801-813 (806).

50 *Heinrich Hubmann*. *Naturrecht und Rechtsgefühl*. In: *AcP* 153 (1954), S. 297-331.

51 *Susan A. Bandes*. *The Passions of Law*. New York and London 1999.

möglichkeit des Rechts berichten. Insofern muss der erste Schritt in der Auffindung von Texten bestehen, welche sich dem Rechtsgefühl widmen, oder seiner Kritik. Solche Aussagen erscheinen oft an wichtigen Stellen und haben eine große Tragweite. Sie sind aber regelmäßig Teil jenes Expertendiskurses, den die Wissensgeschichte gerade überwinden möchte. Das Besondere an einer Geschichte in diesem Sinne wäre aber gerade nicht, dass sie zu einem Verlassen des Expertendiskurses befähigen würde. Vielmehr sind die Stellen innerhalb des Expertendiskurses aufzufinden, welche eine Durchbrechung des Rechts zum Gefühl hin argumentativ untermauern.

Eine Zusammenschau solcher Texte und deren Analyse im kulturellen und politischen Kontext ihrer Zeit wäre ein lohnendes Unterfangen und ein neuer rechtshistorischer Forschungsansatz. Methodisch wäre eine solche „Geschichte des Rechtsgefühls“ aber der Wissenschaftsgeschichte im hergebrachten Sinn zuzuordnen, eben als Geschichte der fachjuristischen Stellungnahmen, Analysen, Behauptungen zum emotionalen Recht und dessen Verortung im Zusammenhang mit anderen Rechtsquellen.

5. *Rechtsgefühle statt Rechtsgefühl – Pluralismus von Normen und Empfindungen*

Der soeben skizzierte Forschungsansatz bedarf allerdings einer Einschränkung. Möglicherweise ist es nicht ausreichend, „das Rechtsgefühl“ zu untersuchen, sondern unterschiedliche Rechtsgefühle. Auf die Notwendigkeit einer differenzierenden Auffächerung des Konzepts hatte bereits 1923 Erwin Riezler verwiesen. Er beschrieb drei verschiedene Kategorien oder „Rechtsgefühle“. Erstens das Gefühl für die richtige Falllösung als erlernbare juristische Fertigkeit, zweitens das Gefühl als Bedürfnis, das vorhandene gesetzte Recht auch zu verwirklichen und drittens das Gefühl, das den Menschen nach einem höheren Rechtsideal streben lässt⁵². Schon diese Dreiteilung lässt das Erkenntnispotenzial erahnen, das sich ergibt, wenn man unterschiedliche „Rechtsgefühle“ als juristische Instrumente erfasst und untereinander vergleicht. Evident ist auch, dass sich Spannungen ergeben können, etwa zwischen Normdurchsetzungsdrang und dem Erfühlen einer Idee oder eines Ideals, das womöglich dem geltenden Recht gerade zuwiderläuft.

52 *Erwin Riezler*. Das Rechtsgefühl – Rechtspsychologische Betrachtungen. 1923. 3. Aufl. 1968.

In einer pluralen Dimension wird „Rechtsgefühl“ auch bei Rudolf von Jhering erfasst. In seiner berühmten Schrift „Der Kampf ums Recht“ beschreibt Jhering, wie eine „Reizung des Rechtsgefühls“ den Einzelnen erst zur Ahndung der Rechtsverletzung antreibt und damit letztlich zum Kampf ums Recht⁵³. Rechtsgefühl sei dabei ebenfalls viel mehr als bloß Trieb oder Affekt. Das Bemerkenswerte an Jherings Sichtweise ist, dass er dem Konzept des Rechtsgefühls eine soziale Dimension eröffnet. So ist das Rechtsgefühl verschiedener Stände unterscheidbar von dem Rechtsgefühl verschiedener Völker oder Individuen⁵⁴. Hier lässt sich beobachten, wie der Begriff pluralistisch aufgefaltet wird. Rechtsgefühle können auch als kollektive Gefühle zu erfassen sein. Gerade Gustav Rümelin hat vor allem diese kollektive Seite theoretisch zu erfassen versucht, indem er Rechtsgefühl als eine Art Ordnungstrieb eines Volkes auffasste, das dem Ganzen als Triebfeder für neue Gesetze diene⁵⁵.

III. Exkurs: Rechtsgefühl aus Sicht von Hirnforschung und Psychologie

Betrachtet man die heutige Situation, scheint allerdings vor allem eine Vorstellung von Rechtsgefühl im Vordergrund zu stehen. Es ist weniger die Rede von den Konflikten verschiedener, individueller oder kollektiver Rechtsgefühle. ‚Das Rechtsgefühl‘ scheint derzeit, von dunklen-romantischen Verbrämungen vergangener Zeiten befreit, auf dem Boden naturwissenschaftlicher Tatsachen eine Renaissance zu erleben. Zu verdanken ist das den stark an Aufmerksamkeit gewinnenden Neurowissenschaften, welche zu einem gesteigerten Interesse der Rechtswissenschaft an affektiven Elementen führen, insbesondere auf dem Gebiet juristischer Entscheidungsfindung. Die Frage, ob und wie man ‚Recht fühlen kann‘⁵⁶ beschäftigt Juristen und enthält gleichermaßen ein interdisziplinäres Dialog-

53 Jhering. Kampf ums Recht. zitiert nach Auswahl seiner Schriften, herausgegeben von Fritz Buchwald, S. 212.

54 Ebenda.

55 Gustav Rümelin. Über das Rechtsgefühl. In: ders. Reden und Aufsätze. Tübingen 1875, S. 62-87 (S. 84 ff).

56 Zuletzt etwa Julia Hänni. Gefühle als Basis juristischer Richtigerkeitsentscheidungen. 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.

angebot an Psychologie und Naturwissenschaften⁵⁷. Forschungen in dieser Richtung stehen im Zusammenhang mit Versuchen zur naturwissenschaftlich neuronalen Lokalisierung von psychologischen oder kognitiven Phänomenen, welche andere Wissenschaften scheinbar gemäß ihrer eigenen Logik und Prämissen konstruiert haben. Über die naturwissenschaftliche Community hinaus bekannt wurde etwa die ursprüngliche Frage des Nobelpreisträgers Eric Kandel nach dem physischen Ort des freudschen Über-Ichs, welche umfangreiche Forschungen über Bewusstseinsphänomene anregte⁵⁸. In den Bereich des naturwissenschaftlich Möglichen rückt damit auch die Frage nach der Erkennbarkeit eines für normative Wertungen zuständigen Hirnareals, oder allgemeiner, eines biologisch erkennbaren Gerechtigkeitssinns⁵⁹. "Sense of justice", Rechtsgefühl oder Gerechtigkeitsempfinden wurden zum Gegenstand experimenteller Beweisführung⁶⁰. Wird Rechtsgefühl zum naturwissenschaftlich belegbaren Faktum, verlieren Vorbehalte, wie Geiger sie äußerte, scheinbar an Plausibilität. Das ursprünglich Geheimnisvolle, nur mit Worten Fassbare, gerinnt zum Farbschema in den bildgebenden Verfahren der Hirnforschung. Damit erhält es eine eigene Logik, Plastizität und Überzeugungskraft, welche scheinbar einen direkten Zugang zum Gefühl eröffnet, welches zuvor nur indirekt aus Aussagen oder Handlungen rekonstruiert werden konnte. Die Sprache des 19. Jahrhunderts, kritikwürdige und anachronistische Begriffe wie Volk, Geist oder Bewusstsein, scheinen überwunden und ein neuer, unmittelbarer Zugang zu Tiefenebenen normativer Erkenntnis gefunden zu sein. Gleichzeitig lässt sich mit den bildgebenden Verfahren der Neurowissenschaften ein neues Spannungsverhältnis zwischen Sprache und Bild beobachten.

Auf visuell-physiologische Beschreibung normativer Empfindungen bezogene Verfahren haben in der Rechtswissenschaft Interesse, aber auch

57 Teilweise finden sich auch Schnittmengen mit ästhetischen Theorien oder der Kunstwissenschaft. Hier liegt der thematische Schwerpunkt von *Thomas Hilgers u.a.* (Hrsg.), *Affekt und Urteil*, Paderborn 2015.

58 *Eric Kandel*. *Auf der Suche nach dem Gedächtnis: Die Entstehung einer neuen Wissenschaft des Geistes*. München 2007.

59 Siehe dazu die Beiträge in *Roger D. Masters/Margaret Gruter* (Hrsg.). *The Sense of Justice. Biological Foundations of Law*. Newbury Park 1992.

60 *Michael S. Pardo, Dennis Patterson*. *Minds, Brains and the Law. The Conceptual foundation of Law and Neuroscience*. Oxford 2013, S. 50 ff., siehe dort die Diskussion eines Aufsatzes über die hirnhysiologische Verortung von "legal reasoning" von *Oliver R. Goodenough*. *Mapping Cortical Areas Associated with Legal Reasoning and Moral Intuition*. In: *Jurimetrics* 41 (2001), S. 429-442.

scharfe Kritik hervorgerufen⁶¹. Problematisch erscheint bereits der Ausgangspunkt einer solchen Forschung, nämlich die Unterscheidung zwischen „rule based application of law“ und „justice based application of law“. Von beiden Bereichen wurde behauptet, dass sie in verschiedenen Arealen unterschiedliche Hirnfunktionen aktivieren, wenn Probanden Fragen aus der einen oder anderen Kategorie gestellt werden⁶². Wenn solche Erkenntnisse tatsächlich naturwissenschaftlich korrekt sind (was von Juristen freilich nicht überprüft werden kann), hätte man nicht weniger als ein Erkenntnisinstrument für den physiologischen Nachweis eines Rechtsgefühls. Es gäbe dann einen Sektor im Gehirn, welcher ein Gerechtigkeitsempfinden aktivieren könnte, das unabhängig von den Induktionen bereits vorhandener positiver Normen zu eigenen Ergebnissen kommen könnte. Die aus juristischer Sicht berechnete Frage, ob und wie man zwischen ‚regelgeleiteter‘ und ‚gerechtigkeitsgeleiteter‘ Rechtserkenntnis unterscheiden kann, wäre von dem überwältigenden naturwissenschaftlichen Argument der Existenz solcher Instanzen im Gehirn scheinbar mühelos überwunden. Ein Rechtsgefühl wäre naturwissenschaftlich bewiesen und die Rechtswissenschaft hätte ihre Konsequenzen daraus zu ziehen – oder auch nicht. Denn bei jeder Bezugnahme von human- oder naturwissenschaftlichen Erkenntnissen auf die Jurisprudenz stellt sich die Grundfrage, inwiefern sie diese außerjuristische Wahrheitsannahmen überhaupt in ihr eigenes Wertungssystem einbeziehen will. Eine Normativitätswissenschaft mit eigenen Legitimationsmustern stellt ihre Konzepte, Dogmen und Systeme in der Regel aufgrund immanenter Kritik infrage, aber nicht aufgrund von Erkenntnissen außerhalb des Rechtssystems. Diese werden meist nur in das System integriert, wenn sie bereits vorhandene juristische Argumentationsformen stützen können. Prinzipielle Abschottung und lediglich funktionale Öffnung prägt schon seit Jahrhunderten das Verhältnis der Rechtswissenschaften zur Naturwissenschaft. So konnte um 1900 die zivilrechtliche Willenslehre durch die Erkenntnisse der zeitgenössischen Psychologie genauso wenig erschüttert werden⁶³ wie einhundert Jahre später durch die Erkenntnisse der Hirnforschung. Gerechtigkeit und Wertung als Maßstäbe der Jurisprudenz sind von naturwissenschaftlicher Erkenntnis und empirischer Wahrheit prinzipiell zu trennen.

61 Differenziert und kritisch etwa *Pardo/Patterson*. *Minds, Brains and the Law*, S. 51 ff.

62 *Pardo/Patterson*. *Minds, Brains and the Law*, S. 50.

63 Mit signifikanten Beispielen *Hans-Peter Haferkamp*. *Psychologismus bei Ernst Zitelmann*. In: *Mathias Schmoeckel* (Hrsg.). *Psychologie als Argument in der juristischen Literatur des Kaiserreichs*. Baden-Baden 2009, S. 215-223 (223).

Dennoch ist das Thema des nicht von gesetzlicher Normativität gesteuerten Rechtsgefühls auf verschiedenen Ebenen relevant. Neben der Hirnforschung wird es auch von der Rechtspsychologie thematisiert⁶⁴. Auffällig ist dabei eine gewisse Dominanz von strafrechtlichen Fragen wie Zurechnung oder von prozessualen Problemen, welchen die Aussagepsychologie sich schon seit etwa einem Jahrhundert der emotionalen Komponente des Strafverfahrens bei der Beweiserhebung gewidmet hatte. Die Rechtsgeschichte ist in diesen Diskursen bislang wenig vertreten. Autoren, die sich mit der Existenz eines Rechtsgefühls beschäftigen, verzichten meistens auf die Geschichte als Erfahrungskategorie und widmen sich eher soziologisch den aktuellen Problemen richterlicher Entscheidungsfindung, wobei die Ideengeschichte ‚des Rechtsgefühls‘ zwar vorkommt, aber eher als Kontext aktueller Fragen⁶⁵. Rechtshistorisch bemerkenswert ist vor allem ein Sammelband über das Verhältnis von Psychologie und Rechtswissenschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts⁶⁶. Er enthält wertvolle Informationen über die Rolle von Gefühl und Intuition für das Rechtssystem vor dem Hintergrund der in jener Zeit an Bedeutung gewinnenden wissenschaftlichen Erkundung des Unbewussten.

Auffällig ist aus Sicht der Rechtsgeschichte ebenfalls, dass einzelne Fragestellungen der Neurowissenschaften bekannte Assoziationen hervorgerufen. Rudolf von Jhering als der in Deutschland wohl berühmteste Autor, der sich explizit dem Rechtsgefühl gewidmet hatte⁶⁷, stellte bekanntlich die Frage nach dessen Herkunft. Als Alternativen diskutierte Jhering die „historische“ Rückbindung an erlerntes Verhalten und die „nativistische“ Theorie des angeborenen Rechtsgefühls, wobei er ersterer klar den Vorzug gab⁶⁸. Für die heutige Neurowissenschaft ist diese Frage ebenfalls von zentraler Bedeutung. In der Hirnforschung wird etwa von einem nonverbalen Algorithmus gesprochen, in welchem ein genetischer Fingerabdruck, aber

64 Brian H. Bornstein/Richard Wiener (Hrsg.). *Emotions and the Law. Psychological Perspectives*. New York 2011; in Deutschland zeitweise viel beachtet: *Erwin Riezler*. *Das Rechtsgefühl – Rechtspsychologische Betrachtungen*. 3. Aufl. München 1969.

65 So etwa die Beiträge in: *Ernst-Joachim Lampe* (Hrsg.). *Das sogenannte Rechtsgefühl* (=Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 10). Opladen 1985.

66 *Schmoeckel*. 2009.

67 Dazu *Klaus Luig*. *Zur Bedeutung der Psychologie in Jherings Lehre vom Rechtsgefühl*. In: *Mathias Schmoeckel* (Hrsg.). *Psychologie als Argument in der juristischen Literatur des Kaiserreichs*. Baden-Baden 2009, S. 209 ff.

68 *Rudolph von Jhering*. *Über die Entstehung des Rechtsgefühls*. Vortrag von 1884. In: *Walter Barfuß* (Hrsg.). *125 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft*. Wien 1992, S. 31-47 (32 ff.).

auch kulturelles Erbe und persönliche Erfahrung prägend für ein bestimmtes Programm seien, welches dann zur emotionalen Rechtserkenntnis befähige⁶⁹. „Nativistische“ Ansätze können heute durch die moderne Genetik gestützt werden. Daneben kann die „historische“ Einstufung des Rechtsgefühls auf entwicklungspsychologische Erkenntnisse verweisen, welche ein Lernverhalten bezüglich normativer Vorgaben, der Wirkung von Sanktionen oder Ähnliches zu analysieren vermögen. Die historischen Verbindungen zu Autoren wie Jhering, der ohne die empirischen Erkenntnismöglichkeiten der Gegenwart auf einer ähnlichen Basis argumentierte, fehlen.

IV. Wende zum „Rechtsgefühl“ seit dem 18. Jahrhundert?

Wenn man als Zwischenergebnis festhalten kann, dass eine historische Erforschung „des Rechtsgefühls“ – unabhängig davon, wie man den Begriff definieren und von anderen Kategorien wie „Rechtsbewusstsein“ etc. abgrenzen will – der Rechtsgeschichte zwar neue Forschungsperspektiven eröffnet, dabei aber einen Rückgriff auf hermeneutische Instrumente der den kulturellen Kontext der Rechtsprobleme berücksichtigenden Wissenschaftsgeschichte erfordert, muss man auf der sprachlichen Eben ansetzen. Eine historische Frage kann etwa lauten, ob und ab wann in juristischen Texten eine Möglichkeit zur emotionalen Rechtserkenntnis war, welche juristischen Implikationen damit verbunden sind und warum in einer bestimmten Zeit solche Konzepte auf eine bestimmte Art in der Rechtsterminologie verwendet wurde⁷⁰. Die Emotionsgeschichte kann hier einige Orientierungen geben, indem sie Kontexte der juristischen Diskurse aufzeigt.

69 Pardo/Patterson. *Minds, Brains and the Law*. S. 50, m.w.N.

70 Ein aktueller eher von Historikern ausgehender Ansatz fragt dagegen weniger nach systemimmanenten Bedeutungen von „Rechtsgefühl“, sondern vielmehr nach der Bedeutung des Rechts als „institution“, welche in historischen Situationen „emotional scripts“ hervorbringe. Recht ist in dieser analytischen Perspektive eher Faktor emotionaler oder affektiver Handlungsmuster. Zum Forschungsgegenstand werden dann z.B. menschliche Verhaltensweisen, welche mit normativen Mustern in Verbindung stehen, etwa wenn es um emotionale Reaktionen von Beteiligten in Prozessen geht. Im Gegensatz zu Rechtsgefühl stehen hier von rechtlichen Faktoren oder im Zusammenhang mit Prozessen entstehende Gefühle im Mittelpunkt. Siehe dazu den Bericht über die Berliner Konferenz „Criminal Law and Emotions in European Legal Cultures: From the 16th Century to the present“. In: <https://www.h-net.org/reviews/showrev.php?id=44736>. Von diesem historischen Forschungsinteresse ist das rechthistorische eindeutig zu unterscheiden.

Von Interesse sind hier insbesondere die sprach- und kulturgeschichtlichen Initiativen dieser Forschungsrichtung. So wurde etwa betont, dass „im Zeitalter der Aufklärung“ eine Diskussion um Sinne, Gefühle und Gemütslagen eingesetzt hatte, deren Spuren in den Nachschlagewerken dieser Zeit deutlich sichtbar sind⁷¹. Dabei handelte es sich um ein Phänomen mit Ausprägungen in verschiedenen europäischen Ländern. „Sentimentalism“ konnte zum Stichwort der Moralphilosophie werden, wobei vor allem die in Deutschland kritisch aufgenommene Gefühlsethik von Hume oder Hutcheson zu nennen ist⁷². Auch die Kunstgeschichte widmete sich in letzter Zeit dem Thema der „Gefühle“ im 18. Jahrhundert, das im Rokoko besondere Ausprägungen gefunden hat. Hier kann man von einer künstlerischen Neuentdeckung von Leidenschaft und Gefühl sprechen, die dann in eine bestimmte Formensprache übersetzte standardisierte Ausdrucksformen einer gemessenen, leidenschaftsarmen Sentimentalität hervorbrachte, die später als epochenspezifisch beschrieben wurde⁷³. Literarischer Sentimentalismus wird mit den Romanen Samuel Richardsons oder mit Rousseau assoziiert⁷⁴ und fand in Goethes Werther einen so individuellen Nachklang, dass der kurze Briefroman als Auseinandersetzung mit einem zeitgenössischen Genre gelesen werden kann.

Was hat die Rechtsgeschichte zu dieser Art von Epocheneinteilung beizutragen, die – wenn man eine sehr pauschale Einteilung zugrunde legt – etwa ab der Mitte des 18. Jahrhunderts grundlegende kulturelle Neuerscheinungen im Hinblick auf die Bedeutung menschlicher Gefühle in den Fokus rückt? Auf den ersten Blick scheint eine Veränderung des kulturellen Klimas im Hinblick auf „Gefühle“ zumindest keine schnellen und unmittelbaren Spuren in der Jurisprudenz hinterlassen zu haben, zumindest nicht, wenn man den Naturrechtsdiskurs der damaligen Zeit beobachtet. Empfindungen, Affekte oder Triebe spielten für Theorien des Naturrechts nicht erst seit der Zeit des Rokoko oder der literarischen Empfindsamkeit eine Rolle, sondern bereits vor Beginn des 18. Jahrhunderts. Auch im Bereich der Erkenntnismöglichkeiten des Rechts, welche für die Frage nach „Rechtsgefühl“ maßgeblich sind, findet man eher Stabilität

71 Frever. *Emotional Lexicons*, S. 12 ff.

72 Zu Inhalten und Rezeption Günter Gawlick/Lothar Kreimendahl. Hume in der Deutschen Aufklärung. Umriss einer Rezeptionsgeschichte. Stuttgart 1987, S. 115-119.

73 Zuletzt etwa Maraike Bückling (Hrsg.). *Gefährliche Liebschaften. Die Kunst des französischen Rokoko*. München 2015.

74 Zur Rezeption, auch sozialhistorisch Frevert. *Emotional Lexicons*, S. 14 ff.

und Kontinuität von Vorstellungen aus dem 17. Jahrhundert⁷⁵. Eine pauschale Kategorie der gefühlsmäßigen Erkenntnis von Richtig und Falsch, Gut und Böse, Recht und Unrecht, ist kaum zu finden. „Affekte“, Begierden und Leidenschaften sind etwa bei Pufendorf Gefahrenquellen, die es zu unterdrücken gilt, weil sie Schäden und Unfrieden verursachen können⁷⁶. Ihr Wert zur Normerkennung liegt lediglich darin, dass der Mensch als defizitäres Wesen im Rahmen des Naturrechtsmodells konzipiert und dessen Regeln danach geformt werden müssen, als Ausgleich der durch Leidenschaft drohenden Gefahren. Eine individuell-kognitive Funktion, die dem Einzelnen bei der Normerkennung als eine Art emotionaler Kompass für Recht und Unrecht zugutekommen kann, ist mit dem Affekt nicht verbunden. Für Pufendorf ist Naturrecht dem Menschen „ins Herz geschrieben“ und „angeboren“ wie die Muttersprache⁷⁷. Freilich spielt sinnliche Erkenntnis eine Rolle für Pufendorf, wenn es um die Moralität von Handlungen geht. Handlungswahrnehmung, auch auf sinnlicher Ebene, ist mit Voraussetzung für vernünftige Urteile⁷⁸.

Eine ähnliche Bewertung der Sinne als Erkenntnisinstrumente findet sich in Zedlers Universallexikon von 1743. Dort wird unter dem Lemma „Sinne“ behauptet, dass „der Anfang“ aller (!) menschlichen „Erkenntnis“ die „Empfindung“ sei⁷⁹. Empfindung wird hier freilich nicht als „Gefühl“ im psychologischen Sinne, sondern als konkreter sensorischer Eindruck (d.h. Hören, Sehen etc.) angesprochen. Als Voraussetzungen für das Nachdenken ebneten die Sinne somit den „Weg zu der judiciousen und gelehrten Erkenntnis der Wahrheit“. Die juristische Funktionsbestimmung der Sinneseindrücke nach „natürlichem Recht“ folgt jedoch einem klassischen Schema, wie man es im Naturrecht etwa bei Pufendorf findet: Wenn die Fähigkeit sinnlicher Wahrnehmung zur „Wahrheit“ oder der „vernünftigen Einrichtung des Gemüthes“ notwendig erscheint, gehört die Erhaltung der sinnlichen Wahrnehmungsmöglichkeiten zu den Pflichten des Menschen gegen sich selbst⁸⁰. Sinnliche Empfindung schafft hier also die

75 Zur naturrechtlichen Erkenntnistheorie immer noch lesenswert *Walter Euchner*. Naturrecht und Politik bei John Locke. Frankfurt/M. 1969, S. 19 ff.

76 *Samuel von Pufendorf*. Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur (1673). Hg. von Klaus Luig. Frankfurt/M., 1994, S. 31 (§ 14), 46 (§ 4).

77 *Pufendorf*. ebenda, S. 49 f. (§ 12).

78 Ausführlich *Horst Denzer*. Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. München 1972, 42-49.

79 *Zedler*. Universallexikon, Bd. 37. Art. „Sinne“, Sp. 1691-1699 (1694). Hinweis auf das Zitat bei *Frevert*. Emotional Lexicons, S. 12.

80 Ebenda, Sp. 1696.

Basis für durch Vernunft oder andere Instanzen zu vermittelnden Wertungen, wird aber nicht Quelle von Wertungen an sich. Der Schritt zum Gefühl als Erkenntnisinstrument für Recht im Sinne eines psychologisch konnotierten „Rechtsgefühls“, unmittelbarer Rechtsintuition, oder eines Judiz, wie man es aus dem 19. Jahrhundert kennt, ist hier nicht vollzogen. Aus Sicht der Rechtsgeschichte können die kulturellen Veränderungen des 18. Jahrhunderts in diesem Bereich also offenbar weniger deutlich als Zäsur wahrgenommen werden.

Terminologisch bemerkenswert in Bezug auf Rechtsgefühl und Emotion sind allerdings die Schriften Feuerbachs, die gegen Ende des 18. Jahrhunderts erschienen sind. Bei Feuerbach erhält die emotionale Erkenntnis von Rechten eine teilweise zentrale Bedeutung, wenn es um die naturrechtliche Begründung der Menschenrechte geht. Dieser Frage widmete sich Feuerbach in seinem Frühwerk, etwa in der Schrift „Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Gültigkeit der natürlichen Rechte“ von 1795. Zur Begründung der Existenz von Menschenrechten verweist der junge Feuerbach auf menschliche „Gefühle von Recht“⁸¹. Eingeführt wird das Konzept im Rahmen einer Reflexion über die Prägung des Menschen durch Staat und Erziehung. Diese führten zu „Vorurteilen“, welche die „natürlichen Gefühle von Recht und Nicht-Recht“ hemmen oder unterdrücken könnten⁸². Anders als in vorhergehenden naturrechtlichen Schriften, erscheint „Gefühl“ (nicht „Sinn“, „Wahrnehmung“ oder „Empfindung“) hier auf den ersten Blick als unmittelbarer Zugang zum Recht, nicht bloß als Eingangsvoraussetzung eines sich dann vollziehenden Erkenntnisprozesses, der seine Grundlagen in einer näher definierten Rationalitätsvorstellung hat. So schreibt Feuerbach: „In dem menschlichen Geist, sobald wir alle äußere zufällige Hindernisse seiner vollkommenen Wirksamkeit von ihm entfernen und ihn uns ohne alle künstlich hinzugekommenen Modifikationen denken, müssen sich die ursprünglichen Gefühle von Recht vollkommen rein ankündigen. – Denn die Gefühle an und für sich selbst irren nicht.“⁸³ Dem Gefühl scheint hier also eine eigene normative Wahrheit zuzukommen. Interessant ist die Aussage Feuerbachs auch im Zusammenhang der neusten Erkenntnisse der historischen Emotionsforschung. Hier wird darauf hingewiesen, dass

81 *Paul Johann Anselm Feuerbach*. Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Gültigkeit der natürlichen Rechte. Zitiert nach: Naturrecht und positives Recht, ausgewählte Texte von Paul Johann Anselm Feuerbach. Hg. von Gerhard Haney. Freiburg/Berlin 1993, S. 7-55.

82 *Feuerbach*. ebenda, S. 14.

83 *Feuerbach*. ebenda, S. 15.

„Gefühl“ als selbständiger Begriff um 1775 erstmalig in einem deutschen Lexikon auftaucht und dann ab 1800 allmählich einen Bedeutungswandel erfährt, von der bloß mechanischen Wahrnehmung hin zur elementaren, das subjektive Bewusstsein des Menschen prägenden Instanz⁸⁴. Dieser Schritt von der auf mechanische Kausalmodelle beschränkten Physiologie des 18. Jahrhunderts zur komplexen Psychologie des 19. Jahrhunderts, scheint sich bei Feuerbach schon anzudeuten. Der Mensch kann demnach auch vom Recht subjektive Empfindungen ausbilden, die dann der Modifikation durch Erziehung oder Konventionen unterliegen⁸⁵. Feuerbach ist jedoch weit entfernt davon, eine populäre und triviale Differenzierung von Gefühl und Verstand vorzunehmen. Auch die durch Gefühl gewonnenen Erkenntnisse müssen einen logischen Filter durchlaufen und werden letztlich doch Teil eines rationalen Prozesses. In einer anderen frühen Schrift von 1796, in der Feuerbach seine Thesen zu den Menschenrechten und Naturrecht nochmals aufgreift und vertieft, kommt die Notwendigkeit einer harmonischen Verbindung von Gefühl und Vernunft deutlich zum Ausdruck. Dieses geschieht im Zuge einer philosophischen Erörterung⁸⁶ über den „gemeinen Menschenverstand“ und dessen Bedeutung für die Möglichkeit „philosophierender Vernunft“. Feuerbach merkt diesbezüglich an: „Die Gründe für die Realität der Urtheile des gemeinen Menschenverstandes, können aber nicht in den Gefühlen selbst gefunden werden; wir dürfen nicht sagen, unsere Gefühle haben Wahrheit darum, weil wir es fühlen; – denn dies ist es ja eben, was die Vernunft bezweifelt und in Anspruch nimmt.“⁸⁷ In diesem philosophischen Prozess rasonierender Vernunft haben die Gefühle keinen unmittelbar-subjektiven juristischen Erkenntniswert. An anderer Stelle wird dieser dann auch in Bezug auf „Rechte“ in Zweifel gezogen:

„Ich habe daher nicht allein das Bewusstseyn von Rechten schlechthin, sondern bin mir auch solcher Rechte bewusst, die aus einer andern

84 So die Beobachtung von *Frevert*. *Emotional Lexicons*, S. 19. Vgl. auch *Johannes F. Lehmann*. *Geschichte der Gefühle*. *Wissensgeschichte, Begriffsgeschichte, Diskursgeschichte*. In: *Handbuch Literatur & Emotionen*. Hg. von Martin von Koppenfels und Cornelia Zumbusch, Berlin 2016, S. 150 ff.

85 *Feuerbach*. *Beweisgründe*, S. 15.

86 Überhaupt ging es Feuerbach bei seiner zweiten Schrift primär um die philosophische Begründung natürlicher Rechte. Vgl. dazu *Wilhelm Gallas*. P.J.A. Feuerbachs „Kritik des natürlichen Rechts“. Heidelberg 1964, S. 7.

87 *Paul Johann Anselm Feuerbach*. *Kritik des natürlichen Rechts als einer Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*. Altona 1796 (Nachdruck Hildesheim 1963), S. 25.

Quelle als den Gesetzbüchern des Staats entsprungen sind. Das Daseyn dieser Rechte soll aber gerechtfertigt werden; ich kann bei den Aussprüchen des gemeinen Menschenverstandes und der Reflexion über die mir durch das Gefühl vorgelegten Rechte nicht stehen bleiben; und muß also der philosophierenden Vernunft die Frage vorlegen:

- 1) giebt es überhaupt Rechte? Täuscht mich nicht das Gefühl über das Vorhandenseyn nicht positiver und in so ferne natürlicher Rechte?
- 2) täusche ich mich nicht bei Bestimmung einzelner Rechte, ist das, was ich durch mein bloßes Gefühl geleitet für ein Recht halte, wirklich ein Recht? Oder mit anderen Worten: welches sind die natürlichen Rechte?⁸⁸

Gefühltes Recht bedarf also der verstandesmäßigen Überprüfung. Insofern stimmt Feuerbachs Ansatz mit dem anderer Naturrechtsautoren vor ihm überein. Dennoch fällt auf, dass das Gefühl mehr ist als bloß mechanische Sensorik. Die Option eines Bewusstseins außerpositiven Rechts ist zumindest vorhanden. Mit „Bewusstsein“ von Recht außerhalb der Gesetzbücher verwendet Feuerbach schließlich auch einen Begriff, der wie ein Vorgriff auf das 19. Jahrhundert mit seinen vielfältigen Beschwörungen individuellen wie kollektiven Rechtsbewusstseins wirkt⁸⁹.

Zusammenfassend kann man sagen: Das 18. Jahrhundert ist in Bezug auf das Problem der Rechterkenntnis von einer komplexen Verhältnisbestimmung zwischen Sensorik, Emotion, Wissen und Vernunft geprägt. Die hier genannten Beispiele können nur einen sehr kleinen Eindruck der komplexen Probleme und Verhältnisbestimmungen in diesem Bereich geben. Es gibt jedoch gewisse Anzeichen für eine Entwicklung der „Empfindung“ von der bloß sinnlichen Faktenwahrnehmung zu einer eigenen Instanz mit Relevanz für die Rechterkenntnis.

V. Fazit und Ausblick: Politischer Sentimentalismus und Rechtsgefühle in der Gegenwart

Das Thema „Emotionalität im Recht“ bietet für die Rechtsgeschichte noch einige vielversprechende Forschungsansätze. Schriften aus dem Bereich der Emotionsgeschichte könnten dazu anregen, sich einer Geschichte juristischer Argumente über Erkenntnismöglichkeiten des Rechts in historischer

88 Feuerbach. Kritik, S. 28.

89 Etwa bei Friedrich Carl von Savigny. Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg 1814, S. 9 oder S. 11.

Perspektive zu nähern. Anders als in der allgemeinen Emotionsgeschichte wird dabei aber eine Besonderheit des Rechts zutage treten: Für das Recht der Vergangenheit waren die Kategorien von Verstand, Vernunft und Gefühl oftmals keine Gegensätze⁹⁰, teilweise waren sie sogar unmittelbar aneinandergelockt und sollten produktive Verbindungen eingehen. Geschichte des Rechtsgefühls ist also auch Geschichte der Aussagen über die Möglichkeit rationalen Umgangs mit Empfindungen als Voraussetzung für gerechte Normen.

Auf der anderen Seite liefert die Rechtsgeschichte einer heutigen, auf die aktuelle Rechtsordnung gerichteten Analyse des Themas, notwendiges Orientierungswissen. In der historischen Perspektive zeigt sich, dass Rechtsgefühl individuell, aber auch kollektiv, theoretisch, praktisch oder politisch formuliert sein kann. In jedem der Bereiche transportiert es eine spezifische Normativität und kann gleichzeitig Indikator für ein bestimmtes Verständnis juristischer Rationalität sein.

Bei Betrachtung der gegenwärtigen Situation fällt auf, dass „Gefühle“ im politischen Diskurs eine immer größere Rolle spielen. Sie sind nicht individuell und konkret, sondern abstrakt und allgemein formuliert. Anders als im 19. Jahrhundert spielt die Betrachtung und Sublimierung nationaler Empfindungen natürlich keine Rolle mehr⁹¹, stattdessen treten heute gruppenspezifische Gefühle in den Vordergrund. Es geht dabei auch nicht um „Rechtsgefühle“, etwa dem bei Feuerbach vorkommenden Sinn der Erforschung eines Rechtsbewusstseins. Vielmehr werden die heute politisch relevanten Empfindungen durchaus als Affekt angesehen und gerade als solcher in einer politischen Relevanz anerkannt, ja geradezu in ähnlicher Form sublimiert wie im 19. Jahrhundert das Nationalgefühl. In der heutigen Spielart eines politischen Sentimentalismus werden „Gruppen von Menschen zu Opfergemeinschaften erklärt“⁹², denen in den verschiedensten Situationen verletzte Gefühle zugeschrieben werden. Verweise auf solche Kränkungen, die mit der Identität der Gruppen zu tun haben und oft von nicht gruppenzugehörigen Personen vorgebracht werden, die sich zu Anwälten der Beleidigten machen, führen regelmäßig zu durch das Internet als Kommunikationsmedium befeuerten Skandalisierungen. Diese sind wiederum Vorgaben für politische Forderungen, die als kollektive Rechte von Gruppen formuliert werden. Solche Rechtsbehauptungen wer-

90 Vgl. dazu: *Nancy E. Johnson*. *Impassioned Jurisprudence. Law, Literature and Emotion 1760-1848*. Lewisburg 2015.

91 Wie etwa bei *Gustav Rümelin*. *Recht und Rechtsgefühl*, S. 84 ff.

92 So die Formulierung aus feministischer Sicht von *Caroline Fourest*. *Generation beleidigt. Von der Sprachpolizei zur Gedankenpolizei*. Berlin 2020, S. 65.

den dann wieder als Freibriefe für in hohem Maße affektgesteuerte Diffamierungen genutzt. Wie in der Geschichte zeigt sich auch hier, dass der Zusammenhang von Recht und Gefühl immer eine politische Dimension hat.

Auf der anderen Seite gibt es einen philosophischen Ansatz, der bestimmte Gefühle als negativ zu konnotieren und als politische Gefahr zu stigmatisieren versucht. „Gerechtigkeit“ sei nur mit „Liebe“, nicht aber mit „Angst“ oder „Abscheu“ zu erreichen⁹³. Wer wann auf welche Weise was und wen zu lieben hat, ist die normative Projektionsfläche der philosophischen Beobachterin. Hier versucht Rechtsphilosophie kontrollierend und wertend in die Welt der Gefühle einzudringen und damit ein Gebiet zu betreten, das der liberale Rechtsstaat mit guten Gründen als exklusiven Raum des Individuums normativ abgesichert hat. Der national gefärbte oder psychologisierende Gefühlskitsch der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, die Mystifizierungen von Interessen über die Kategorie des Rechtsgefühls, aber auch die elitäre Behauptung von nicht erlern- und erklärbaren emotionalen Fähigkeiten zur Rechtsfindung, sollten genügend lehrreiche Beispiele zur kritischen Einordnung solcher Konzepte bieten. Ein Blick in die Rechtsgeschichte verhilft so vielleicht zu der heute besonders notwendigen Erkenntnis, dass Gefühle im Recht stets eine Rolle spielten, aber nur im sicheren Rahmen rechtsstaatlicher Rationalität Anerkennung verdienen.

93 Martha Nussbaum. Politische Emotionen. Berlin 2014, S. 471 ff.