

Teil 4: Theoretische Vertiefungen und praktische Erweiterungen

Der letzte Teil dieses Bandes enthält Texte, die das Selbstverständnis des Rechts und das Selbstverständnis von Jurist:innen reflektieren.

Bereits in Teil 1 dieses Buchs wird die feministische Kritik an der Rechtsfigur des autonomen Staatsbürgers erläutert. Diese wird im Text »Objektivität und gesellschaftliche Positionalität« nun fortgeführt, in Anknüpfung an die feministische Kritik der »Objektivität« des Rechts. Hierfür analysiert der Text im Detail, wie Objektivität in der sozialen Praxis von Richter:innen hergestellt wird, sucht nach Einfallstoren für kritische Praxen der Anerkennung von Positionalität und berichtet von Praxis-Experimenten. Die Konzeption »situierter Wissens«, wie sie von Donna Haraway für die Wissenschaftstheorie formuliert wurde, spielt dabei eine wichtige Rolle. In diesem Zusammenhang wird u.a. diskutiert, was es konkret bedeuten könnte, wenn »kritische Reflexion« zum Gegenstand des Jurastudiums werden sollte.

Viele der Texte in diesem Buch beruhen auf interdisziplinärer Forschung und verwenden selbst Methoden der interdisziplinären Rechtsforschung. Der Text »Die transdisziplinäre Rechtsforschung braucht die Rechtssoziologie – und umgekehrt« reflektiert nun die Schwierigkeiten und Chancen der interdisziplinären Rechtsforschung vor dem Hintergrund von Praxiserfahrungen in der interdisziplinären Arbeitsrechtsforschung,¹ die zeigen, wie soziale und institutionelle Grenzen von Disziplinen fortbestehen. Hier geht es unter anderem auch um den Status der Gender Studies als einer wissenschaftlichen »Disziplin«.

Der Text kritisiert Behauptungen transdisziplinärer Forschung, die zu überspielen drohten, dass bereits jede Fragestellung oder Problemdefinition eine disziplinäre Orientierung in sich trage. Interdisziplinäre Rechtsforschung bedürfe der methodischen Professionalisierung, Beobachtung und Ausdifferenzierung; sie müsse in rechtssoziologische Debatten eingebunden sein, die theoretische Fragen des Verhältnisses zwischen Autonomie und Praxis thematisieren. Umgekehrt könnte sich die rechtssoziologische Grundlagenforschung stärker für die Mühen der interdisziplinären Ebene interessieren.

1 Hier handelt es sich keineswegs um dasselbe Feld wie die interdisziplinäre Sozialpolitikforschung, die im Deutschen Institut für Interdisziplinäre Sozialpolitikforschung (DIFIS) seit 2021 einen institutionellen Ort gefunden hat. Das Projekt »Socio-legal Trajectories in Europe« (Christian Boulanger, Naomi Creutzfeldt, Jen Hendry) gab zuletzt Gelegenheit, über die interdisziplinäre Rechtsforschung anhand konkreter Erfahrungen zu reflektieren. Die Ergebnisse erscheinen 2024 in einem Buch in englischer Sprache.

Der Band schließt mit einer Selbstpositionierung in Form einer Glosse. Das Subjekt, das hier objektivierend ironisiert wird, ist das Phänomen der einzigen Frau in einer Gruppe von Männern, und zwar am Beispiel der einzigen anwesenden Redakteurin unter männlichen KJ-Redakteuren² – also an meinem eigenen Beispiel.

- 2 Es handelte sich um einen Beitrag für das *liber amicorum* Thomas Blanke, eines langjährigen Redaktionsmitglieds.

Objektivität und gesellschaftliche Positionalität (2021)¹

I. Die feministische Kritik an der Objektivität des Rechts

Rechtsprechung soll unabhängig und neutral, das Recht soll objektiv sein – diese Vorstellungen stehen nicht zufällig im Zentrum des Selbstverständnisses von Jurist:innen.² Das Versprechen des Rechts,³ seine Unabhängigkeit und Objektivität, steht aber auch im Mittelpunkt grundsätzlicher feministischer Kritiken⁴ – ähnlich wie z.B. das Objektivitätsversprechen der Wissenschaft.⁵ Die feministische Kritik ist insofern immer schon Teil der Debatte um neuere rechtskritische Ansätze.⁶ Es geht hier nicht zuletzt um das, was in Vorstellungen von »Objektivität«

- 1 Der Aufsatz beruht auf den Überlegungen, die ich in meinem Aufsatz *Eva Kocher, Die Position der Dritten. Objektivität im bürgerlichen Recht*, JöR 67 (2020), 403 angestellt habe und führt diese weiter. Es handelt sich um eine überarbeitete Fassung von »Die Position der Dritten. Objektivität im bürgerlichen Recht«, erschienen in: Susanne Baer, Oliver Lepsius/Christoph Schönberger/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hg.), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (JöR) 67 (2019)*, S. 403-426. Dieser Text wurde zuerst in *Kritische Justiz (KJ) 3/2021*, S. 268-283 im Themenschwerpunkt »Beziehungen« veröffentlicht.
- 2 Dahinter steht die Autonomie des Rechts (wie auch immer man diese Funktionen theoretisch im Einzelnen beschreiben mag); vgl. Eva Kocher, »Rechtssoziologie«: Das Recht der Gesellschaft und die Gesellschaft des Rechts, in: *Rechtswissenschaft 2017*, 153.
- 3 »Die Versprechungen des Rechts« war der Titel des Dritten Kongresses der deutsch-sprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen 2015 in Berlin (vgl. Susanne Baer, *Recht als Praxis. Herausforderungen der Rechtsforschung heute*, *ZfRSoz* 36 (2016), 213-232).
- 4 Jutta Limbach, *Engagement und Distanz als Probleme einer feministischen Rechtswissenschaft*, in: Gerhardt/Limbach (Hg.), *Rechtsalltag von Frauen*, 1988, 169, 173 ff; Susanne Baer, *Objektiv – neutral – gerecht? Feministische Rechtswissenschaft am Beispiel sexueller Diskriminierung im Erwerbsleben*, *KritV* 77 (1994), 154-179, 157 f; Cara Röhner, *Ungleichheit und Verfassung*, 2019, 15 ff.
- 5 Lorraine Daston/Peter Galison, *Objektivität*, 2017.
- 6 Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, 2018; Alexander Somek, *The legal relation*, 2017; Daniel Loick, *Juridismus*, 2017; Sonja Buckel, *Die Bürde der subjektiven Rechte*, *KJ* 50 (2017), 461, 468 (die beiden letztgenannten Autor:innen verorten sich allerdings ebenfalls in feministischen Ansätzen).

unsichtbar gemacht wird: Recht wird täglich neu von Menschen gemacht, die in persönlichen, menschlichen und gesellschaftlichen Beziehungen – und damit auch Machtverhältnissen – verortet und eingebunden sind, und deren Sein und Subjektpositionen durch diese Bindungen geprägt sind.⁷

Aber hat die Feststellung, wie sehr Menschen durch ihre Beziehungen geprägt sind, zur Konsequenz, dass das Objektivitätsversprechen des Rechts aufgegeben werden muss? Ist »kritische Reflexion« eine Alternative, und was würde es in der Praxis bedeuten, wenn man sie z.B. als Gegenstand des Jurastudiums festschreiben würde?⁸ Oder wie sähe eine Rechtspraxis ohne Anspruch auf Unabhängigkeit und Objektivität aus?

Um sich diesen Fragen zu nähern, geht der vorliegende Text den Weg von der Theorie in die Praxis von Zivilrichter:innen und wieder zurück. Er versucht dabei zunächst genauer zu verstehen, wie Objektivität in der sozialen Praxis von Richter:innen hergestellt wird (II. und III.), um dann in einem zweiten Schritt Einfallstore für kritische feministische Praxen richterlicher Tätigkeit ausmachen zu können (IV.). Von besonderem Interesse ist dabei die Konzeption »situierter Wissensbestände« von Donna Haraway, die Kritiken am Objektivitätsverständnis der Wissenschaft queer-feministisch ausformuliert hat, indem sie (u.a.) (menschliche) Beziehungen relevant setzt. Dass sie gleichzeitig dennoch am Anspruch einer (feministischen) Objektivität festhält, macht ihren Ansatz für die Rechtspraxis besonders interessant.

- 7 Jennifer Nedelsky, *Law's relations*, 2011; Sabine Hark, *Enteignet Euch! oder: Keine Frage der Wahl*, in: Baer/Sacksofsky (Hg.), *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen*, 2018, 157, 166 ff; Susanne Baer, *Komplizierte Subjekte zwischen Recht und Geschlecht. Eine Einführung in feministische Ansätze in der Rechtswissenschaft*, in: Kreuzer, Christine (Hg.), *Frauen im Recht – Entwicklung und Perspektiven*, 2001, 9–25, 9, 13 ff; Ratna Kapur, *Gender, alterity and human rights*, 2018; dazu genauer Eva Kocher, *Recht oder Nicht-Recht: Eine Wahl zwischen Gleichheit und Freiheit? Zum Stand der feministischen Rechtstheorie*, KJ 2020, 481 (in diesem Band xxx).
- 8 Zu einem entsprechenden Projekt des BMJV zur Änderung des § 5a DRiG siehe z.B. die Stellungnahme 02/2021 der Neuen Richtervereinigung v. 16.2.2021 (<https://www.neuerichter.de/details/artikel/article/stellungnahme-zur-aenderung-des-5a-deutsches-richtergesetz-drig-implementierung-des-themas-ns-unrecht-in-die-juristische-ausbildung>), die Stellungnahme Nr. 4/21 des Deutschen Richterbundes v. 17.2.2021 (<https://www.dr.b.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/news/4-21>) und die Pressemitteilung 21-04 des Deutschen Juristinnenbundes (djb) v. 26.2.2021 (<https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/pm21-04?actbackPid=57&cHash=3c1389576e8287efe39fe3df488b8581>).

II. Praxen der Objektivität im Zivilrecht

Für die soziale Praxis von Richter:innen ist die Vorstellung, sie könnten autonom und objektiv die richtigen oder zumindest passenden Entscheidungen für Streitfälle finden, eine notwendige, d.h. »feldspezifische Illusion«; ihre Tätigkeit ist fundamental auf diese Vorstellung angewiesen.⁹ Bei der Frage, wodurch diese Illusion gekennzeichnet ist, ist der Begriff der »Objektivität« von besonderem Interesse. Anders als die parallelen Begriffe der Unabhängigkeit und Neutralität bezeichnet er nicht das, was in der richterlichen Bewertung und Entscheidung außen vor bleiben muss, sondern formuliert positiv, woran sich richterliche Entscheidungen orientieren sollen: Diesen obliegt es danach, die Position einer gesellschaftlich nicht durch ihre Beziehungen bestimmten Person zu suchen, die reines Individuum und Rechtssubjekt ist.

Nun kann die richterliche Praxis von vielen verschiedenen Seiten angeschaut, beobachtet, analysiert und kritisiert werden. Der formale Zielpunkt der richterlichen Tätigkeit ist dabei zunächst die Entscheidung – was nicht heißen soll, dass andere Tätigkeiten des Verhandeln und der Vermittlung nicht z.T. (insbesondere in ersten und zweiten Instanzen) praktisch wesentlich breiteren Raum einnehmen würden als das Urteilen selbst. Aber es ist die Potenzialität der Entscheidung, von der aus auch alle anderen richterlichen Tätigkeiten bestimmt werden. Und gerade dieser Teil der Tätigkeit liegt weitgehend »im Dunkeln«.¹⁰ Was wir sehen, ist die Darstellung einer Entscheidung, nicht deren Herstellung.

Das heißt aber nicht, dass nicht auch die Darstellungen – konkret die Urteile – auch einiges über die Produktionsformen von Objektivität zeigen können: Texte konstruieren Vorstellungen, und Vorstellungen konstruieren Texte.¹¹ Methoden der gedanklichen Arbeit mögen nicht

- 9 Michael Wrase, *Recht und soziale Praxis – Überlegungen für eine soziologische Rechtslehre*, in: Cottier/Estermann/Wrase (Hg.), *Wie wirkt Recht? Ausgewählte Beiträge zum Ersten Gemeinsamen Kongress der Deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen*, 2010, 113, 115 ff; Pierre Bourdieu, *Die Juristen. Türhüter der kollektiven Heuchelei*, in: Kretschmann (Hrsg.), *Das Rechtsdenken Bourdieus*, 2018, 29 ff.
- 10 Susanne Baer, *Recht als Praxis. Herausforderungen der Rechtsforschung heute*, *ZfRSoz* 2016, 36(2), 213, 223 f; ein seltener Versuch, Licht in das Dunkel zu bringen: Uwe Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, 2010.
- 11 Das zeigt empirisch Peter Stegmaier: *Wissen, was Recht ist. Richterliche Rechtspraxis aus wissenssoziologisch-ethnografischer Sicht*, 2009 (zur einzelrichterlichen (Re-)Strukturierung von Rechtsfällen, der kollektiven Aus handeln von Falllösungen, der Nutzung von Texten und Arbeitstechniken); für ein Beispiel siehe das Argument von Christoph Strecker (Betrifft Justiz

binden; aber es spricht doch einiges dafür, dass sie Denken prägen und leiten.¹² Mit ihrer Hilfe werden » [d]ie von den sozialen Akteuren im praktischen Erkennen der sozialen Welt eingesetzten kognitiven Strukturen« ausgebildet, die als »inkorporierte soziale Strukturen« des Habitus wirken.¹³ Die Arbeit mit und an Texten, die Einübung eines bestimmten Schreibens und Denkens macht deshalb nicht zufällig den längsten Teil der Ausbildung zur Jurist:in aus. Noch die Kritik an der juristischen Ausbildung geht meist von der mehr oder weniger unausgesprochenen Annahme aus, dass die im Studium gelesenen und verfassten Texte einen Habitus und damit die Berufspraxis prägen können.

Auf Basis dieser Annahme werden juristische Denkformen im Folgenden als soziale Praxis untersucht. Die kognitiven Strukturen, die zur Darstellung von Objektivität verwendet werden, werden am Beispiel der Figur der »objektiven Dritten« analysiert, die im Zivilrecht allgegenwärtig ist.¹⁴ Am »objektiven Dritten« lässt sich nachlesen und so beobachten, wie »Objektivität« in der richterlichen Praxis verstanden und hergestellt wird.

2000, S. 370 in der Erwiderung auf Theo Rasehorn, *Betrifft Justiz 2000*, S. 369) gegen die mündliche Urteilsbegründung: Er führt die Erfahrung an, dass eine mündlich gegebene Begründung sich der schriftlichen Aufzeichnung verweigern und so als unrichtig erweisen könne.

- 12 Christian Boulanger, *Die Soziologie juristischer Wissensproduktion. Rechtsdogmatik als soziale Praxis*, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung*, 2019, S. 173 ff; Silvia von Steinsdorff, *(Verfassungs-)Richterliches Entscheiden*, ebda., S. 207 ff.
- 13 Pierre Bourdieu, *Die feinen Unterschiede*, 8. Aufl. 1996, 730 (zum Nutzen von Bourdieus Habitus-Feld-Konzept für eine soziologische Rechtstheorie siehe Nachweise oben Fn. 9).
- 14 Vgl. auch die soziologische Bedeutung der »Figur des Dritten« als eine Keimzelle des Gesellschaftlichen: Georg Simmel, *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, 1908 (Exkurs »Wie ist Gesellschaft möglich?«); Albrecht Koschorke, *Ein neues Paradigma der Kulturwissenschaften*, in: Esslinger/Schlechtriemen/Schweitzer/Zons (Hg.), *Die Figur des Dritten. Ein kulturwissenschaftliches Paradigma*, 2010, 9, 16 (hervorgegangen aus dem Graduiertenkolleg »Die Figur des Dritten« (2003–2009 an der Universität Konstanz)); Ulrich Bröckling, *Gesellschaft beginnt mit Drei: Eine soziologische Triadologie*, in: Bedorf/Fischer/Lindemann (Hg.), *Theorien des Dritten. Innovationen in Soziologie und Sozialphilosophie*, 2010, 161, 166; Joachim Fischer, *Tertiarität / Der Dritte. Soziologie als Schlüsseldisziplin*, in: Bedorf/Fischer/Lindemann (Hg.), *Theorien des Dritten. Innovationen in Soziologie und Sozialphilosophie*, 2010, 131, 144 ff und Ulrich Bröckling (Fn. 14), 166 f.

1. Objektivität als Denkaufgabe

Rechtsfiguren, die explizit »Objektivität« abbilden, gibt es im Privatrecht eine ganze Menge.¹⁵ Immer wieder stoßen wir im Zivilrecht auf »objektive« Maßstäbe, die Gerichte anzuwenden haben. In Gesetzen und Rechtsprechung gibt es den »umsichtigen Menschen«, den »ordentlichen Kaufmann« (§ 347 HGB) bzw. »Geschäftsmann« (§ 43 GmbHG), den »gewissenhaften Geschäftsleiter« (§ 93 AktG), den »durchschnittlichen« oder »durchschnittlich verständigen« oder »durchschnittlich aufmerksamen Verbraucher«, den »verständigen Arbeitgeber«, den »durchschnittlich gut ausgebildeten Fachmann«, die »besonnene und gewissenhafte Hausfrau«, den »unvoreingenommenen Durchschnittsleser«, den »objektiven eBay-Nutzer« oder den »durchschnittlichen Nutzer des Internet«.¹⁶

Jutta Limbach lieferte schon 1977 eine ausführliche Untersuchung zu einer solchen Rechtsfigur (der »verständige Rechtsgenosse«).¹⁷ Und Elena Barnert systematisierte 2008 die unterschiedlichen Aufgaben, für die solche Figuren (»eingebildete Dritte«) verwendet werden: Bildung von Maßstäben für Handlungen (Fahrlässigkeit und Sorgfalt), für das Verständnis (Auslegungsmaxime), den Willen (objektiver Empfängerhorizont) und »Gefühl«.¹⁸ Beide Arbeiten sind gelungene Versuche, die Methoden der Praxis zu analysieren und zu begreifen.¹⁹

Die Figuren der Objektivität symbolisieren danach einen »reflexiven Denkprozess« bzw. eine »Denkaufgabe«, die als »Hilfsmittel für das Denken über die Wirklichkeit« dient.²⁰ Indem »der Richter eine allen Juristen gemeinsame Sprach- und Vorstellungsebene aufsucht, den Bereich persönlicher Ansicht und Empfindung also verläßt« und eine »Technik des Verfremdens« anwendet, sollen »individuelle Besonderheiten und subjektive Empfindlichkeiten [...] ausgeblendet« werden können.²¹ Die Rechtsfiguren des objektiven Dritten verlangen von der

15 Elena Barnert, *Der Dritte im Recht*, in: Esslinger/Schlechtriemen/Schweitzer/Zons (Hg.). *Die Figur des Dritten. Ein kulturwissenschaftliches Paradigma*, 2010, 254 zur Erklärung, wieso das gerade im Zivilrecht der Fall ist (symmetrische Ausgangslage).

16 Elena Barnert, *Der eingebildete Dritte*, 2008, 15 ff und passim; vgl. auch Eva Kocher (Fn. 1).

17 Jutta Limbach, *Der verständige Rechtsgenosse*, 1977; siehe auch Jörn Eckert, *Der »objektive Beobachter« in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*, 1982.

18 Elena Barnert (Fn. 16).

19 Zu dieser Aufgabe vgl. Josef Esser, *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, 1965, S. 3 unter Bezugnahme auf Philipp Heck.

20 Jutta Limbach (Fn. 17), 2; 76; 99.

21 Elena Barnert (Fn. 15), 256.

Richter:in also die Konstruktion eines »normativen Modellmenschen«, der als Vergleichsgröße dienen kann.²² Der konkrete »eingebildete Dritte« entscheidet am Ende den Fall: Das Gericht stellt sich eine bestimmte Position vor, mit deren Hilfe der rechtliche Maßstab für den Sachverhalt konkretisiert wird.

a) Der Dritte empirisch und/oder normativ

Oberflächlich mag sich dies so anhören, als sei nach einer empirischen Kategorie zu suchen. Bei genauerem Hinschauen handelt es sich eigentlich um eine normative Kategorie. Mit dem »Dritten« wird kein »Menschenbild« formuliert, sondern ein Leitbild und Idealtypus.²³ Die Formulierung »ein verständiger Mieter musste die Vertragsklausel so verstehen, daß...« bedeutet insofern nichts anderes als »die Vertragsklausel ist so zu verstehen, daß...«.

Dieses Changieren zwischen Empirie und Normativität bringt es aber auch mit sich, dass mit der Figur eines eingebildeten Dritten das normative Moment der Entscheidung überspielt werden kann; es handelt sich um eine »Strategie der De-Thematisierung von Recht«.²⁴ Da der Erkenntnis- und Entscheidungsprozess zur Konstruktion des eingebildeten Dritten nicht offengelegt wird, verhindert die Verwendung dieser Figur auch, dass die zugrunde gelegten Annahmen rational überprüfbar und kritisierbar werden: Nach herkömmlicher juristischer Dogmatik sind Rechtsauffassungen überzeugend, vertretbar oder falsch, Tatsachen sind wahr oder unwahr; »was der Dritte tut, will oder denkt,« ist jedoch keins von diesen – es ist plausibel oder unplausibel.²⁵

b) Methoden der Praxis

Dass es gleichwohl eine Herausforderung darstellt, eine solche Person zu imaginieren, wird bereits bei Otto von Gierke deutlich, der bei den Entwürfen des BGB die Figur des »ordentlichen Hausvaters« mit den Worten kritisiert, es sei eine »seltsame Zumutung«, vom »Studierenden auf

22 Elena Barnert (Fn. 15), 256.

23 So auch Regina Ogorek, Virtual Reality und Rechtsanwendung, in: Assmann/Brinkmann/Gounalakis/Kohl/Walz (Hg.). Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie. Freundesgabe für Friedrich Kübler zum 65. Geburtstag, 1997, 3.

24 Niklas Luhmann, Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen, in: Luhmann (Hg.). Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1981, 53, 71 f.

25 Gesamter Abschnitt paraphrasiert nach Elena Barnert (Fn. 16), 51.

der Universität«, sich »zum Vater [zu] träumen«. ²⁶ Dieser »ordentliche Hausvater« steht in der Tradition des »bonus pater familias«, quasi der Urform des objektiven Dritten. ²⁷ Dies legt nun bereits ein bestimmtes Geschlecht des objektiven Dritten nahe, und im französischen Zivilrecht wurde erst 2014 der Maßstab des »bon père de famille« explizit durch den Standard »raisonnable« ersetzt. ²⁸ Aber hilft das den Richter:innen im Umgang mit dieser Zumutung?

2. Das Reflektionsangebot der Rechtsdogmatik

Die Rechtsdogmatik macht den Richter:innen nur wenige Angebote, wie sie an die Denkaufgabe der objektiven Dritten herangehen können – und diese sind zudem unzureichend:

a) Volksgeist, Anstandsgefühl und bürgerliche Tugenden

Das älteste Werkzeug, das da angeboten wird, wird heute nur noch selten verwendet: Die Begriffe »Anstandsgefühl«, »Rechtsgefühl«, Anstands- und Rechtsgefühl, oder Anstands- und Gerechtigkeitsgefühl, sind eher nicht mehr so moderne Umschreibungen für die Suche nach dem »Volksgeist«, wie ihn sich die historische Rechtsschule zu finden vorgenommen hatte ²⁹ und wie er kürzlich als allgemeines »Rechtsempfinden der Bevölkerung« wieder auftauchte. ³⁰ Aber schon dem Reichsgericht war

- 26 Otto von Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 1889, 39, zur Begründung (Motive I, 279) von § 144 des Entwurfs, der für die Definition von Fahrlässigkeit auf die »Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters« verwies (zitiert nach Elena Barnert (Fn. 16), 121).
- 27 Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, 56 f.
- 28 Art. 26 LOI n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (Gesetz zur tatsächlichen Gleichstellung der Geschlechter).
- 29 Franz Jürgen Säcker, *NJW* 2018, 2375, 2377. Die erwähnten Begriffe enthalten auch Anklänge zum »gesunden Volksempfinden« (z.B. § 2 des StGB von 1935), der als nationalsozialistische Begrifflichkeit heute nicht mehr gebraucht wird; siehe auch die Entschuldigung des Richters am Landgericht Dieter Meyer, *NJW* 1993, 3124 für die Verwendung des Begriffs in einem von ihm verfassten landgerichtlichen Zivilurteil.
- 30 NRW-Innenminister Herbert Reul in der »Rheinischen Post« vom 16.8.2018, der dieses den Gerichten als Leitlinie empfahl (https://rp-online.de/nrw/panorama/sami-a-muss-nach-deutschland-zurueckgeholt-werden_aid-24401713, Abruf 1.6.2021).

ja klar, dass es unterschiedliche Gefühle und Empfindlichkeiten in Volk (bzw. Gesellschaft) geben mag, und man das »Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden« ja immer noch von aufgekommene Unsitten und »Machenschaften« abgrenzen muss.³¹ Für Rehbinder legt schon »die Vorstellung von einem intellektuellen Gefühl« nahe, »daß hier etwas nicht stimmen kann.«³²

Alternativ wurde auch schon ein Leitbild bürgerlicher Gewissenhaftigkeit und Verantwortung beschworen, eine Tugendhaftigkeit, die einer »Epoche weithin homogener Bürgerlichkeit« zuzurechnen ist,³³ ein ganzes Korsett von Vorschriften für »ordentliches, propres, solides, voraus-kalkulierbares Verhalten – [...] integraler Bestandteil [des] bürgerlichen Kosmos.«³⁴ Doch kanonische Vorstellungen von Bürgerlichkeit sind keineswegs verschwunden. So begründete noch in den 1990er Jahren der Vorsitzende Richter des 9. Senats des BGH, der den Rechtssatz aufgestellt hatte, dass » [e]in Volljähriger [...] im Geschäftsverkehr im allgemeinen auch ohne besondere Erfahrung in der Lage zu erkennen [ist], daß die Abgabe einer Bürgschaft ein riskantes Geschäft ist«,³⁵ diesen damit, dass ja »jeder von uns [...] vielleicht früher ›Die Bürgschaft‹ von Schiller gelesen [hat].«³⁶

b) Vernunft, Verfassungswerte und der homo oeconomicus

Neuere Ausformulierungen des objektiven Dritten betonen oft stärker normative Aspekte: Er muss nun »verständlich« oder »vernünftig«, »raisonnable«³⁷ bzw. »reasonable« sein. Limbach meinte, mit der »Verständigkeit« habe der »Mustermensch den Sprung von den Sekundärtugenden der Gewissenhaftigkeit und Ehrlichkeit zu den Kardinaltugenden des Wohlwollens und der Gerechtigkeit gewagt.«³⁸ Entsprechend finden sich zunehmend Bezugnahmen auf öffentlichrechtliche Vorgaben oder gar Verfassungsrecht zur Bestimmung des »objektiven« Maßstabs.³⁹

Allerdings kann der Maßstab der »Vernünftigkeit« auch auf ökonomische Rationalitäten verweisen. Dies scheint im Privatrecht generell

31 RG, 11.4.1901 – VI 448/00, RGZ 48, 114, 124.

32 Manfred Rehbinder JZ 1982, 1, 3.

33 Elena Barnert (Fn. 16), 61.

34 Hans-Ulrich Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 3, 1995, 138 (zitiert nach Elena Barnert (Fn. 16), 60 ff).

35 BGH, 16.3.1989 – IX ZR 171/88, aufgehoben durch BVerfGE 89, 214 (Bürgschaftsentscheidung).

36 Franz Merz im Gespräch mit Rudolf Gerhardt (ZRP-Redaktion), ZRP 1991, 307, 308.

37 Vgl. oben Fn. 28.

38 Jutta Limbach (Fn. 17), 20.

39 Eva Kocher (Fn. 1).

nahezuliegen, denn der objektive Dritte agiert ja häufig auf einem bestimmten Markt und bringt »die Erwartungen der Marktgesellschaft, einer Anbieter- oder Nachfragergruppe, der Unfallopfer und der Rechtsdienstleister, aus Groß-, Klein- und Kleinstgruppen«⁴⁰ ins Spiel. Systemtheoretisch gesprochen kann die Figur also auch als »Akteursfiktion« nicht allein der Rechts-, sondern auch der Wirtschaftspraxis verstanden werden, die strukturelle Kopplungen mit anderen Sozialsystemen herstellt.⁴¹

c) Behauptungen statt Begründungen

Diese von den Dritten »inspirierten Lösungsmuster« sind jedenfalls »grobmaschig und grobschlächting«.⁴² Und letztlich ermöglicht es die Figur den Richterinnen, sich hinter ihr zu verbergen, das normative Moment der Entscheidung zu überspielen, Begründungen durch Behauptungen zu ersetzen, indem die Überzeugungsarbeit abgebrochen werden kann; die Begründung wandelt sich »von einer Rechtfertigungs- in eine Immunsierungsstrategie«.⁴³

3. Das Judiz und der gesunde Menschenverstand

Wie kann das Recht dennoch etwas anderes als individuelle und willkürliche Entscheidungen versprechen? Wie kommt es, dass »[d]er Ziviljurist [mit Konstrukten wie dem ›Erwartungshorizont des durchschnittlichen Haustürkäufers‹] so selbstverständlich zu hantieren [vermag], als würde er diese Universalien täglich auf der Straße treffen«?⁴⁴

a) Das Judiz als Ausprägung des Habitus

Nun, im Wesentlichen vertraut das Rechtssystem hier auf das »Judiz« derer, denen es anvertraut ist. Limbach hat die Formel vom objektiven Dritten deshalb auch als »Personifikation des richterlichen Judizes«

40 Peter Derleder, Rezension von Barnert, *Der eingebildete Dritte*, KJ 2009, 99.

41 Michael Hutter/Gunther Teubner, *Der Gesellschaft fette Beute. Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen*, in: Fuchs/Göbel (Hg.), *Der Mensch – das Medium der Gesellschaft?*, 1994, 110, 112; 117.

42 Jutta Limbach (Fn. 17), 95; vgl. auch Derleder (Fn. 40) in der Rezension von Barnerts Buch (und im Widerspruch zu deren Bewertung).

43 Jutta Limbach (Fn. 17), 40; 93 f; vgl. Elena Barnert (Fn. 15), 13; siehe dazu schon oben bei Fn 24/25.

44 Regina Ogorek (Fn. 23), 5.

bezeichnet.⁴⁵ Das *Judiz*, der »sensus juridicus«, die »Fähigkeit zu einem professionellen (Vor-)Urteil«,⁴⁶ ist zugleich der »Gradmesser der Sozialisation« zur Juristin,⁴⁷ oder in anderen Worten (nämlich denen von Bourdieu): Es ist die Ausprägung des Habitus von Jurist:innen, deren zweite Natur, die »geschichtlich ausgebildete[n] Wahrnehmungs- und Bewertungsschemata, die [...] jenseits von Bewußtsein und diskursivem Denken arbeiten.«⁴⁸ Hierzu passt, dass die meisten (74 %) der befragten Jurist:innen einer neueren Studie über juristisches Urteilsverhalten unterstellten, dass die Mehrheit so denke wie sie selbst.⁴⁹

So ganz mag man sich aber nicht immer darauf verlassen, dass das mit dem *Judiz* und mit dem Habitus funktioniert. Nicht nur dass der Instanzenzug gewissermaßen kollegiale Kontrollen enthält. Auch »anderen« Jurist:innen (z.B. solchen, die ein muslimisches Kopftuch tragen) wird die Darstellung einer »besondere[n] persönliche[n] Zurücknahme« und damit wohl auch die Imagination des objektiven Dritten nicht unproblematisch zugetraut.⁵⁰

Neuerdings scheinen Probleme zuzunehmen – oder wie soll man die Zunahme von Richtlinien und Fortbildungen zur Berufsethik von Richter:innen⁵¹ verstehen? Individuell schlagen z.B. die Autor:innen der erwähnten Studie zum juristischen Urteilsverhalten als »Gegenmittel für bessere Risikoeinschätzungen« vor, »die Bewertungen verschiedener Jurist:innen zusammenzuführen«, und zwar »im verbalen Austausch von Auffassungen und Argumenten«⁵² – hier wird vermutlich auch der Kaffee-Senat wertgeschätzt.⁵³

45 Jutta Limbach (Fn. 17), 86.

46 Willi E. Joachim, *Judiz – Brauchen Juristen (Rechts)Gefühl?*, ZVglRWiss 93 (1994), 343, 345.

47 Manfred Rehbinder, *Fragen an die Nachbarwissenschaften zum sogenannten Rechtsgefühl*, JZ 1982, 1, 5.

48 Pierre Bourdieu, *Die feinen Unterschiede*, 8. Aufl. 1996, 730; siehe schon oben Fn. 13.

49 Andreas Engert/Christina Abreß, *Online-Studie über juristisches Urteilsverhalten* (Stand: 10. August 2020), <https://docplayer.org/196424727-Vorlaufigergebnisse-der-online-studie-ueber-juristisches-urteilsverhalten-stand-10-august-2020.html> (Abruf 5.3.2021). (Nur) zum Teil lagen sie damit auch richtig.

50 BVerfG, 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1, Rn. 92.

51 Udo Schneider, *Richterliche Ethik im Spannungsfeld zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Gesetzesbindung*, 2017, 333 ff; vgl. Marion Eckertz-Höfer, »Vom guten Richter«: Ethos, Unabhängigkeit, Professionalität, 2009, 25 ff.

52 Andreas Engert/Christina Abreß (Fn. 49).

53 Wie produktiv dieser zu wirken vermag, hat schon Udo Reifner, *Kollektiver Rechtsgebrauch. Die Massenklagen der IG Metall gegen die Aussperrung*, ZfRSoz 2 (1981), 88, 108 f angedeutet (»innergerichtliche Kommunikation«).

b) *Laien als »Lebensweltvermittler:innen«:
der »gesunde Menschenverstand«*

Am Ende verzichten viele dann doch auf eine genauere Bestimmung des objektiven Dritten und rekurren auf etwas, das sie »gesunden Menschenverstand« nennen.⁵⁴ Doch auch damit, diesen zu ermitteln, bleibt ein gewisses Unbehagen; manche Richter:innen sollen auch schon bekannte und befreundete Nicht-Jurist:innen um ihre Meinung zu Fallkonstellationen befragt haben. Und hier haben vermutlich die Laienrichter:innen mit ihrer Stellung »an der Grenze zwischen Rechtssystem und Außenwelt«⁵⁵ eine ihrer wichtigsten Funktionen; die Autor:innen einer empirischen Studie zu ehrenamtlichen Richter:innen in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit nennen dies die Funktion der »Lebensweltvermittler:innen«: Sie dienen der »Berücksichtigung von sozialer Wirklichkeit und Lebensnähe in der Entscheidungspraxis«, indem sie ihre nicht-juristische Berufserfahrung, Praxisnähe und Kenntnis der betrieblichen Wirklichkeit in das Verfahren einbringen.⁵⁶ Für die Hilfs- und Begriffslosigkeit rund um den objektiven Dritten ist es bezeichnend, dass die Laienrichter:innen in den Interviews diesen Transfer von der Lebenswelt in die juristische Fachwelt mit demselben Begriff kennzeichnen, der Richter:innen als Ersatz für das Judiz dient: dem »gesunden Menschenverstand«.

III. Beziehungen und Gesellschaft in der Objektivität

Für das Recht ist die Aufdeckung seiner gesellschaftlichen Gebundenheit zwar immer wieder eine Provokation;⁵⁷ aber es ist nicht so, dass es unter den Akteur:innen des Rechtssystems nicht ein durchaus verallgemeinertes Bewusstsein der Fragilität ihrer Suche nach Objektivität gäbe. Davon zeugt nicht zuletzt ein gewisses Interesse von Richter:innen an der Erforschung der eigenen Tätigkeit, das Sozialwissenschaftler:innen schon das eine oder andere Mal überrascht hat;⁵⁸ auch die

54 Affirmativ: Willi E. Joachim (Fn. 46), 345; kritisch: Jutta Limbach (Fn. 17), 86; Elena Barnert (Fn. 15), 262.

55 Gerhard Struck, Rechtssoziologie, 2011, § 8.

56 Armin Höland/Christina Buchwald/Elisabeth Krausbeck, Ehrenamtliche Richterinnen und Richter in der Arbeits- und in der Sozialgerichtsbarkeit – ein Forschungsprojekt, NZA 2018, 493.

57 Eva Kocher (Fn. 2).

58 Vgl. Catharina Claus/Berthold Vogel, Rechtsprechung und Arbeitswelt, KJ 2013, 158; Britta Rehder, Rechtsprechung als Politik, 2011 war ebenfalls schon auf erhebliches Interesse gestoßen; für ehrenamtliche Richter:innen siehe den beeindruckenden Rücklauf (59%!) bei Armin Höland/Christina

Allgegenwärtigkeit der Floskel »über den Tellerrand hinausblicken« in Debatten über die Anforderungen an die richterliche Entscheidungstätigkeit sollte Unbehagen auslösen, dem mit der alten Forderung, die »Alltagstheorien« von Richter:innen mit Hilfe wissenschaftlicher Standards zu überprüfen,⁵⁹ kaum angemessen begegnet werden kann.

Aber wie könnte denn die Leere des objektiven Dritten besser gefüllt werden?

1. Offen gesellschaftlich-historische Verortung von Entscheidungen

Einer der Katalysatoren der Debatte um eine konstruktive Wendung der hermeneutischen Kritik war Josef Essers »Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung«. Er betonte vor allem die »Befangenheit des Interpreten in seiner geschichtlichen Situation«. ⁶⁰ Um diese mit der tatsächlichen Entscheidungspraxis verbinden zu können, müsse die rechtsdogmatische Technik »durchlässig« bleiben »für die wirklich maßgebliche Gerechtigkeitstendenz, d.h. für die abwägenden Argumente, welche die Entscheidung tragen«. Er plädiert letztlich für mehr Transparenz und Reflektion und in der Konsequenz für bessere Begründungen.

Dieser Berufung auf geschichtliche Situationen und das entsprechend historisch wandelbare »gesellschaftliche Bewusstsein« fehlt es jedoch an einer Vorstellung von gesellschaftlichen Machtverhältnissen. Hier setzte Jutta Limbach an: Anstelle einer Immunisierung des Rechts »durch die Figur eines Mustermenschen« sollten die gesellschaftlichen Konflikte, die sich in zivilrichterlichen Entscheidungen verbergen, offengelegt und bewusst gestaltet werden. ⁶¹

Das setzt jedoch voraus, dass man eine Vorstellung davon hat, welcher Art diese Konflikte sind und welche Informationen für deren bewusste Gestaltung von Interesse sein könnten.

Buchwald/Elisabeth Krausbeck, Ehrenamtliche Richterinnen und Richter in der Arbeits- und in der Sozialgerichtsbarkeit – ein Forschungsprojekt, NZA 2018, 493.

- 59 Hans-Joachim Koch, Zur Rationalität richterlicher Entscheidungen. Rezension zu Esser, »Vorverständnis und Methodenwahl«, Rechtstheorie 4 (1973), 183, 206.
- 60 Josef Esser (Fn. 27); siehe auch die Kritik an der Verdeckung subjektiver richterlicher Überzeugungen durch Jörn Eckert (Fn. 17).
- 61 Jutta Limbach (Fn. 17), 90 ff.

2. Objektivität als Subjektivierung

An einer anderen Stelle setzen demgegenüber Theorien an, die das Problem der Objektivität in der Positionierung der Richter:in selbst verorten und nicht in einer eingebildeten Dritten. Sie schlagen damit auch den Bogen zu Subjektivierungstheorien.

Ansätze dafür, die Suche nach dem Objektiven als Subjektivierung der Richter:in zu fassen, finden sich bereits bei Jutta Limbach, die andeutet, dass die mit der Suche nach einem objektiven Dritten verbundene Technik des Verfremdens Richter:innen darin anleiten könnte, Abstand vom eigenen »privaten Dafürhalten« zu gewinnen.⁶² In der Soziologie ist der Dritte grundsätzlich als Funktion der subjektiven Trennung zwischen Amt und Person gesehen worden, die bei der subjektivierenden »Grenz-ziehung zwischen dem Innen und dem Außen der Institution« hilft.⁶³

Dass die Suche nach dem Objektiven ein Selbstdisziplinierungs- und Subjektivierungsverfahren sein kann, machen auch Formulierungen deutlich, die »Distanz zur Sache und innere Neutralität« als Strategie richterlicher Tätigkeit formulieren,⁶⁴ »Distanz und Gleichmaß« sowie »besondere persönliche Zurücknahme« in der Rolle der Richter:in⁶⁵ oder, stärker als aktives Handeln konzipiert, »ständige[.] und konsequente[.] Erziehung zur Selbstdisziplin« durch die Rechtsanwenderin als Voraussetzung eines objektivierten Judiz formulieren.⁶⁶ Objektivität für die Rechtspraxis wird hier vor allem als »Widerpart der Subjektivität«,⁶⁷ als Unterdrückung von Aspekten des Selbst und Beschränkung des eigenen Willens beschrieben.

3. Wissenschaftstheoretische Verortungen situierten Wissens

Lorraine Daston und Peter Galison haben allerdings für die Wissenschaftstheorie historisch nachvollzogen, dass sich dort seit ungefähr der Mitte des 20. Jahrhunderts zur »Objektivität« weitere Techniken des

62 Jutta Limbach (Fn. 17), 86.

63 Albrecht Koschorke, Institutionentheorie, in: Esslinger/Schlechtriemen/Schweitzer/Zons (Hg.). Die Figur des Dritten. Ein kulturwissenschaftliches Paradigma, 2010, 49, 57–59, der Rituale, Gesten und andere »materielle« soziale Praktiken im Blick hat.

64 Marion Eckertz-Höfer, »Vom guten Richter«: Ethos, Unabhängigkeit, Professionalität, 2009, 25 ff.

65 BVerfG, 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1, Rn. 90, 92.

66 Willi E. Joachim (Fn. 46), 349.

67 So der Begriff von Lorraine Daston/Peter Galison (Fn. 5), 28 ff, 33 ff, insbes. 38; 43 für die Wissenschaftstheorie; zu Weiterentwicklungen siehe nächster Abschnitt.

Selbst entwickelten haben, die nicht mehr »Blindsehen«, sondern »Sehen mit erfahrenen und geübten Augen«, also geschulte Aufmerksamkeit fordern.⁶⁸

Aber selbst hierüber geht Donna Haraway weit hinaus: Mit klarem queer-feministischem und antikolonialem Blick für soziale Ungleichheitslagen bietet sie der Wissenschaftstheorie ihre Vorstellung »situierter Wissensbestände« an: Die soziale Verortung der forschenden Person sei in den Forschungsprozess einbezogen und bewusst einzubeziehen; Wissen ist schließlich immer in konkreten Körpern verortet. Nur eine partielle Perspektive verspreche einen objektiven Blick.⁶⁹

Haraways Verständnis von »feministischer Objektivität« ist insofern reflexiv, als es sich nicht auf die Suche nach einem Standpunkt/einer Position beschränkt, sondern verlangt, vielfältige Wissensbestände in sehr unterschiedlichen (und ungleich mit Macht ausgestatteten) kollektiven/gesellschaftlichen Zusammenhängen (»communities«) zu erahnen und für die jeweils anderen zu übersetzen.⁷⁰

Das kommt nur auf den ersten Blick der Forderung nach gesellschaftlich-historischer Verortung von Wissen sehr nahe. Auf den zweiten Blick ist es notwendig mit der selbstreflexiven Verortung der Position der Forscherin verbunden. Was diese Herausforderungen für die Rechtspaxis bedeuten können, ist noch weithin unbeantwortet.

4. Positionalität in der normativen Praxis

Der Weg von der Wissenschaftstheorie, auf die Haraway sich überwiegend bezieht, zur Rechtspraxis ist allerdings durchaus kompliziert. Die wissenschaftliche Suche nach Wahrheit kann schließlich jederzeit vorläufig bei der Kritik stehenbleiben; sie kann also damit leben, dass sich alle Perspektiven immer auch als »power moves« interpretieren lassen.⁷¹ Bei der Suche nach Wahrheit können unterschiedlich situierte Wissens- (und Wollens-)Bestände nebeneinander stehen, und die Wissenschaftler:in

68 Lorraine Daston/Peter Galison (Fn. 5), 209; 247 ff; 343; 383; zum Begriff des »Blindsehens« (Wissen, »das keine Spuren des Wissenden trägt«): Lorraine Daston/Peter Galison (Fn. 5), 17 ff.

69 Donna Haraway, *Situated Knowledges*, *Feminist Studies* 14 (1988), 575, 581; 583; vgl. auch zu Stuart Halls identitätspolitischem Konzept (Positionierung sowohl als gesellschaftliches Sein als auch als Tun des Subjekts) Linda Supik, *Dezentrierte Positionierung. Stuart Halls Konzept der Identitätspolitik*, Bielefeld: transcript 2005, S. 13 f.

70 Donna Haraway (Fn. 69), 580.

71 Donna Haraway (Fn. 69), 576, die dies als »verlockende Sichtweise« beschreibt, aber dennoch auf einer »feministischen Version von Objektivität« besteht (578).

kann sich »gleichmütig mit der Tatsache abfinden, dass alles Urteilen nun mal durch »historische Zufälligkeiten« bedingt ist, »die dafür gesorgt haben, dass diese Wünsche normal wirken und nicht jene.«⁷²

Wenn die Situierung von Wissen aber im Feld der Rechtspraxis und damit der Entscheidung wirksam werden soll, muss die Reflektion einerseits aus der Rolle der Beobachterin in die der Teilnehmerin geführt werden. Und andererseits geht es dann nicht mehr in erster Linie um Fragen des Wissens und der Wahrheit, sondern um Normativität und damit um die Ausübung von Gewalt, die Personen, nämlich Richter:innen »anvertraut« ist (§ 1 GVG; Art. 92, 1. Hs. GG). Und dafür bedarf es der Entwicklung von Praxen für die normative Entscheidung;⁷³ mit dem Begriff »Positionalität«⁷⁴ kann insofern an Haraways Ansätze angeknüpft und eine Übersetzung für normative Praktiken versucht werden.

IV. Kritische Reflektion statt oder als Berufsethik

Die Reflektionsangebote der Rechtsdogmatik für die Suche von Richter:innen nach einer objektiven Position sind deutlich defizitär; die Analyse unter II. sollte dies gezeigt haben. Das Rechtssystem befindet sich hier noch auf dem Reflektionsniveau, das die Wissenschaftstheorie im 20. Jahrhundert verlassen hat,⁷⁵ d.h. sie geht noch davon aus, dass es »durch jahrelange Schulung« auf indirektem Wege gelingen könne, »subjektive Meinungen und schlimme Vorurteile [...] zu neutralisieren und zu trennen von dem objektiven Streben nach einer gerechten Entscheidung«.⁷⁶

Angesichts der Tatsache, dass Objektivität und Unabhängigkeit als feldspezifische Illusionen notwendig wesentliche Sinnkonfigurationen

72 Richard Rorty, *Solidarität oder Objektivität?*, 1988.

73 Zu den Grenzen der Wissenssoziologie für das Recht vgl. Doris Schweitzer, *Diskursanalyse, Wahrheit und Recht: Methodologische Probleme einer Diskursanalyse des Rechts*, *ZfRSoz* 35 (2015), 201. Demgegenüber geht es Anna Katharina Mangold, *Positionalität in der Rechtsphilosophie*, Manuskript ihres Vortrags an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg vom 4.11.2017 mit ihrem Verständnis von »Positionalität als demütiges Ideal guter wissenschaftlicher Praxis« um die (rechts-)wissenschaftliche Praxis.

74 Katharine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, *HLR* 103 (1990), 829–888. Mit der Anknüpfung an Haraway und Hall (oben III.3.) meint der Begriff mehr und anderes als eine »Standpunkttheorie« (vgl. Jutta Limbach (Fn. 4), S. 177 ff; Susanne Baer (Fn. 4), 156).

75 Siehe oben Fn. 68.

76 Franz Jürgen Säcker, (Fn. 29), 2379. Das Zitat bezieht sich auf Studierende und die juristische Ausbildung.

richterlicher Selbstverständnisse darstellen,⁷⁷ ist dies ein systematisches Problem und führt geradezu tragisch dazu, dass Richter:innen in ihrer Praxis allein gelassen werden. Individuell mögen sie dann durchaus interessante Praktiken entwickeln. So erzählte eine Arbeitsrichterin, dass sie nach der mündlichen Verhandlung mit den ehrenamtlichen Richter:innen oft zunächst einen kurzen Zeitblock dem Austausch subjektiver Eindrücke (einschließlich »ablästern«) widme, bevor es dann – klarer Einschnitt, Fenster auf – nur noch um »die Sache« gehe. Ein kollektiver Austausch über solche Praxen, geschweige denn eine kollektive Praxis dazu ist jedoch nicht ersichtlich.

Aber wo wären denn Ansatzpunkte für reflektiertere und reflexivere Praktiken der Objektivität – also für Positionalität – zu suchen?

1. Beziehungen in Zivil- und Grundrechtsdogmatik

Verglichen mit den Anleitungen durch die Figur der objektiven Dritten, die »zu grobmaschig und grobschlächtig« daherkommt,⁷⁸ erscheint eine grundrechtliche Einbindung der Konflikte und Positionen deutlich leistungsfähiger, um Positionalität und die Situiertheit von Wissen zu reflektieren – d.h. gesellschaftlich geprägte Beziehungen mitzureflektieren. Ohne hier tiefer in die Grundrechtstheorie einzusteigen, sei aber an einem Beispiel gezeigt, wie voraussetzungsreich ein solcher Ansatz ist:

In einer heftig diskutierten Entscheidung von Ende der 1990er Jahre hatte das OLG Köln der Unterlassungsklage eines Grundstückseigentümers gegen die benachbarte heilpädagogische Einrichtung stattgegeben, mit der verlangt wurde, dass den Heimbewohner:innen an Sommerabenden und -sonntagen den Zutritt zum Garten verwehrt würde.⁷⁹ Das Gericht formulierte damals zwar einen grundrechtlichen Maßstab und stellte fest, dass Äußerungen der klagenden Nachbar:innen die gebotene Toleranz bzw. »erhöhte Toleranzbereitschaft«, die »im Lichte des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG von einem verständigen Durchschnittsmenschen im nachbarschaftlichen Zusammenleben mit behinderten Menschen« zu fordern sei, vermissen ließen. Nachdem vor Gericht aber Tonbandaufzeichnungen abgespielt worden waren, meinte es selbst, »daß Lautäußerungen geistig schwer behinderter Menschen auch von solchen Bürgern

77 Thorsten Berndt, *Richterbilder*, 2010; vgl. auch die Typisierung des Professionsverständnisses von Arbeitsrichter:innen durch Catharina Claus/Berthold Vogel, *Rechtsprechung und Arbeitswelt*, KJ 2013, 158.

78 Jutta Limbach (Fn. 17), 95.

79 OLG Köln, 8.1.1998 – 7 U 83/96, NJW 1998, 763 ff.; das BVerfG 28.5.1998 – 1 BvR 329/98 nahm die Verfassungsbeschwerde mangels Substantiierung nicht zur Entscheidung an.

als sehr belastend empfunden werden können, die sich gegenüber Behinderten von der gebotenen Toleranz leiten lassen.« Hier nimmt der Senat vermutlich auch auf seine eigenen Mitglieder Bezug.

Das Urteil bleibt jedoch nicht nur mit dieser Reduktion des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auf ein »Toleranzgebot« weit hinter den aktuellen Standards des BVerfG zurück.⁸⁰ Es bewegt sich zudem bei der eigenen Positionsfindung allein in einer binären Betrachtung des Verhältnisses zwischen Heimbewohner:innen und Nachbar:innen. Diese Beschränkung wird in der Entscheidung auch deshalb augenfällig, weil das Gericht gleichzeitig durchaus z.B. die Positionen der betreuenden Aufsichtspersonen reflektiert. Diese hatten nicht nur aufgrund ihrer heilpädagogischen und psychologischen Kenntnisse, sondern auch aufgrund des täglichen Umgangs mit den Heimbewohner:innen kein Gefühl der »Lästigkeit«. Das Gericht selbst erkennt also, dass der »unmittelbare persönliche Kontakt [...] ein wichtiges Mittel ist, emotionale Abwehrlösungen abzubauen oder erst gar nicht entstehen zu lassen«.

Ein Verständnis von Objektivität, das Positionalität mitdenkt, hätte dies zum Anlass nehmen müssen zu fragen, ob das Grundgesetz solche Kontakte nicht gerade ermöglichen soll. Denn Positionalität erfordert nicht nur eine Sensibilität für gesellschaftliche Diskriminierungsstrukturen, sondern auch für die Beziehungen, die durch diese geschaffen werden und durch die jene verändert werden können. So hat Jennifer Nedelsky mit ihrer relationalen Grundrechtstheorie ein dogmatisches Prüfungsprogramm vorgeschlagen, das auch eine Antwort auf die Frage verlangt, welcher Art die Beziehungen sein sollten, die durch eine bestimmte Entscheidung gefördert werden (können).⁸¹ Mit einem solchen Ansatz wäre dem OLG Köln zu entgegnen, dass der Kontakt mit behinderten Menschen nicht etwas sein darf, zu dem man sich qua Beruf oder freiwillig entscheiden muss. In der Suche nach der Position eines objektiven Dritten hätte der Schritt vom eigenen empirischen als sehr belastend »Empfinden-Können« zum normativen »Empfinden-Dürfen« gemacht werden müssen.

Wie gesellschaftliche Ungleichheiten und Differenzkonstruktionen als Beziehungen im Recht thematisiert werden können, ist insofern eine wichtige Frage sowohl für die Grundrechtstheorie⁸² als auch für das Objektivitätsverständnis im Zivilrecht.

80 Vgl. BVerfG, 30.1.2020 – 2 BvR 1005/18, NJW 2020, 1282 (Blindenhund), Rn. 42 (Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung ist auch ein Verbot der Bevormundung).

81 Jennifer Nedelsky (Fn. 7), 236; Cara Röhner (Fn. 4) hat mit der relationalen Methodik einen Ansatz für ein »Verfassungsaudit« im deutschen Recht entwickelt.

82 Z.B. Jennifer Nedelsky (Fn. 7); Cara Röhner (Fn. 4); Tim Wihl, Aufhebungsrechte, 2019; Tim Wihl, Immanente Kritik durch »Aufhebungsrechte«, KJ 2021, 145 ff.

2. Kritische Reflektion: Pflichtfach oder Schlüsselqualifikation?

Unabhängig von den Denkstrukturen, die der Rechtspraxis zur Reflexion zur Verfügung stehen, bedarf es auch institutioneller Orte, um kollektive Praktiken einer Reflektion von Positionalitäten und situierten Wissens und Wollens zu entwickeln.

Das Jurastudium ist ein guter Ort, um nach Keimen solcher Praktiken zu suchen, denn hier sollen doch Jurist:innen diejenigen Kompetenzen erstmals erwerben, mit denen sie dann als Richter:innen über das Leben anderer Menschen erscheinen. Man kann die aktuelle Debatte über § 5a DRiG und das Ausbildungsziel, Studierende ausgehend von der Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht zur »kritischen Reflexion des Rechts« zu befähigen,⁸³ immerhin als ein Zeichen dafür ansehen, dass solche oder ähnliche Notwendigkeiten für die juristische Ausbildung breiter anerkannt ist.

Spricht man über Praktiken und Subjektivierungseffekte im Zusammenhang mit der Jurist:innen-Ausbildung, so ist »Kompetenzentwicklung« das richtige Stichwort. Der Begriff wird z.T. als Orientierung auf ökonomische und Arbeitsmarktinteressen kritisiert;⁸⁴ das liegt aber wesentlich auch an den dazu vorherrschenden Konzepten. Speziell in der juristischen Ausbildung werden unter dem Stichwort »Kompetenzentwicklung« allenfalls »Schlüsselqualifikationen« iSd § 5a Abs. 3 S. 1 DRiG diskutiert, die von den Landesjustizprüfungsämtern in der Regel so verstanden werden, dass es hier nur um pragmatische Handlungskompetenzen mit Blick auf die Berufspraxis gehe (»Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit«). Schon »Gender- und Diversity-Kompetenz« wird da oft als schon zu wenig »praktisch« angesehen; andere, allgemeinere Angebote der Sensibilisierung, Wahrnehmung und Reflexion werden soweit ersichtlich jedenfalls nicht als Schlüsselkompetenzen angesehen.⁸⁵

Und das ist ja eigentlich auch richtig. Die fachbezogenen, professionsspezifischen Kompetenzen,⁸⁶ die eine Richter:in notwendig entwi-

83 Siehe die Nachweise oben Fn. 8.

84 Siehe z.B. die »1. Frankfurter (In-)Kompetenzkonferenz Kompetent in Kompetenz?« 2017, https://bildung-wissen.eu/wp-content/uploads/2016/01/ffm_in_kompetenztagung.pdf (eine Fortsetzung scheint es aber nicht gegeben zu haben).

85 Zur Kritik schon Ulla Gläßer/Eva Kocher, Gender- und Diversity-Kompetenz ist eine (juristische) Schlüsselqualifikation!, *djbZ* 20 (2017), S. 188–190; zur Relevanz für die Berufspraxis siehe auch Frank Schreiber, Richterliche Praxis und kulturelle Diversität in Europa, *Betrifft Justiz* 136 (Dezember 2018), 183–184 (Bericht über eine Fortbildungsveranstaltung).

86 Jens R. Rogmann/Moritz Meyer, Affirmatives Kompetenztraining oder reflexive Bildungserfahrung? Ist die Förderung von Schlüsselkompetenzen

ckeln muss, müssen im Pflichtfach verortet sein. Und hier werden selbstverständlich seit jeher Kompetenzen vermittelt, auch wenn das nicht mit diesem Begriff thematisiert wird, sondern als Fokus auf die sogenannte »Methode« und in der Behauptung vom exemplarischen Lernen formuliert wird. Die Frage ist insofern, was Subjekte mitbringen müssen, um eine Rechtspraxis schaffen zu können, die den demokratischen Rechtsstaat nicht nur schützen, sondern auch gegen Widerstände entwickeln kann – und mit welchen Praktiken entsprechende Subjektivierungsprozesse verbunden wären. Die gesellschaftliche Legitimität eines Rechtssystems, dessen Personal sozial homogener ist als die Gesellschaft drumherum⁸⁷ und das sich für die Konsequenzen gesellschaftlicher Diskriminierungsstrukturen und sexistischer, rassistischer oder klassistischer Subjektkonstruktionen dennoch kaum interessiert, kann schnell in Frage stehen. Wie lange wird das Mantra, Richter:innen seien qua Ausbildung und Praxis »objektiv«, gesellschaftlich noch wirken?

Deshalb ist es richtig, »kritische Reflektion« als Gegenstand und Ziel der juristischen Ausbildung zu setzen – wenn man darunter auch die reflexive Befassung mit Praktiken der Objektivität und der Positionalität versteht.

Damit ist aber die Frage nicht beantwortet, wie eine Ausbildungspraxis aussieht, die entsprechende Subjektivierungsprozesse fördert. Einen Anfang hatte bereits Esser gemacht, mit seinem bis heute kaum verwirklichten Vorschlag, »auch der schulmäßig zu lösende Fall [müsse] genügend Spielraum für Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitüberlegungen lassen und deutlich machen, daß der Bearbeiter nicht hilflos auf begrifflichen Zwang reagieren muß.«⁸⁸ Er war aber noch der Meinung, dass es nur darum gehe, eine Sensibilität für (gesellschaftliche) Konflikte zu entwickeln, um mit anderen Worten⁸⁹ »den Richter [herauszuführen] aus der Position des hilflos und unzufrieden eingeklemmten Staatsdieners zwischen Gutachten, Lehre und Rechtsprechung und einer unverstandenen Sozialwelt.« Objektivität muss stattdessen stärker auch selbstreflexiv werden.

an deutschen Universitäten am Scheidepunkt?, <https://www.ew.uni-hamburg.de/ueber-die-fakultaet/personen/rogmann/files/rogmann-meyer-2013-sq-forum-1-2013-41-62.pdf>; Gabi Reinmann, Lehrkompetenzen von Hochschullehrern: Kritik des Kompetenzbegriffs in fünf Thesen, in: Olaf Hartung/Marguerite Rumpf (Hrsg.), Lehrkompetenzen in der wissenschaftlichen Weiterbildung, 17.

- 87 Michael Grünberger/Anna Katharina Mangold/Nora Markard/Mehrdad Payandeh/Emanuel Vahid Towfigh, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2021, 28 ff.
- 88 Josef Esser, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), 97, 127.
- 89 Dieter Simon, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, 124 ff.

Dazu gehört notwendig die Befassung mit »Diskriminierung, Hierarchien und Ungleichheiten, nicht zuletzt Ideologien geschlechtsbezogener Diskriminierung«. ⁹⁰ Dies kann und darf sich aber nicht auf Gender- und Diversity-Trainings, ⁹¹ Gender-Curricula ⁹² oder nicht-stereotype Fallgestaltungen ⁹³ beschränken; ⁹⁴ es muss vor allem auch darum gehen, jenseits der Grundlagenausbildung in den Pflichtfächern Formen zu finden, selbstreflexive Prozesse anhand von entsprechend komplexen »Fällen« und gesellschaftlichen Fragen anzugehen.

3. Rechtspraxis ohne Zentrum?

Wenn man so stark die Rechtspraxis im Blick hat wie dieser Text, wird es schnell mal reformistisch. Dabei legt die Analyse von Praktiken der Objektivität natürlich weitergehend auch deren Kritik und damit grundsätzliche Fragen der Rechtskritik nahe. Bis ganz ans Ende gedacht, verlangt eine Praxis des kontinuierlichen selbstkritischen Hinterfragens, der Vorläufigkeit und Erfahrungsbasiertheit jeder Wahrheit ⁹⁵ letztlich den Verzicht auf den »god trick«, um den sich Richter:innen tagein tagaus bemühen, wenn sie den eingebildeten Dritten konstruieren.

Es mag sich zunächst radikal gut anhören, dass Recht künftig nicht mehr Gegenüber, sondern (autonom) Teil von gesellschaftlichen Prozessen sein soll, und damit nur noch »pluralistische kollektive Rechtsauslegung« in »diskursiven Verfahren«, wie sie den Fluchtpunkt z.B. von Daniel Loicks Rechtskritik bildet. ⁹⁶ Die Praktiken der alternativen Konfliktlösung, der transnationalen Rechtsentwicklung und anderer Arenen des privaten Rechtspluralismus zeigen aber auch, wie affirmativ und wie wenig transformativ solche Verfahren in den gegenwärtigen

90 Vgl. auch die Pressemitteilung 21-04 des djb, 26.2.2021, <https://www.djb.de/presse/pressemitteilungen/detail/pm21-04?actbackPid=5&cHash=ed4e5d37aab30of24d88043fdo316ed4>.

91 Ulla Gläßer/Eva Kocher (Fn. 85).

92 Ulrike Schultz, Ein Gendercurriculum für die Rechtswissenschaft, djbZ 21 (2018), 227–230.

93 Dana-Sophia Valentiner unter Mitarbeit von Carolin Bilawa/Giulia Beeck/Laura Jacobs, (Geschlechter)rollenstereotype in juristischen Ausbildungsfällen. Eine hamburgische Studie, Hamburg 2017 (<https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/gremien-und-beauftragte/broschueregleichstellung.pdf>, Abruf 1.6.2021).

94 Überblick über mögliche Gleichstellungsinstrumente z.B. bei Michael Grünberger/Anna Katharina Mangold/Nora Markard/Mehrdad Payandeh/Emanuel Vahid Towfigh (Fn. 87), 69–80.

95 Katharine T. Bartlett (Fn. 74).

96 Daniel Loick (Fn. 6), 326 ff; 35; vgl. auch Ratna Kapur (Fn. 7).

gesellschaftlichen Machtverhältnissen wirken. Und wenn Objektivität sich in spezifische gesellschaftliche Positionen, wenn Recht sich damit in Gesellschaft auflöst, verliert es gleichzeitig einiges seiner Potenziale als Ressource von Kritik, als Sicherung von Differenz, also das widerständige Potenzial,⁹⁷ das gerade auch in seinem Versprechen und seiner Suche nach Objektivität liegt. Einstweilen bleibt es auch für das Recht lohnend, nach einer reflexiven queer-feministischen Objektivität aufgrund situier-ten Wissens⁹⁸ und entsprechenden Praxis-Experimenten⁹⁹ zu suchen.

97 Daniel Loick (Fn. 6); vgl. auch Tatjana Sheplyakova, Prozeduralität des Rechts: Zu den Bedingungen immanenter Rechtskritik, KJ 2021, 155 ff.

98 Donna Haraway (Fn. 69), 581.

99 Jennifer Nedelsky (Fn. 7), 157.

Die transdisziplinäre Rechtsforschung braucht die Rechtssoziologie – und umgekehrt (2016)*

Vor längerem haben sich Rechtssoziolog*innen und interdisziplinäre Rechtsforscher*innen auf die Formel geeinigt, ihre Tätigkeit sei »inhaltlich erfolgreich, institutionell erfolglos«¹. Worin das erfolgreiche Wirken allerdings besteht, darüber scheint man sich schon weniger einig zu sein. Klaus Röhl schreibt den Erfolg der interdisziplinären Rechtsforschung zu: »Während [...] die Rechtssoziologie auf dem Rückzug zu sein scheint, lässt sich an vielen Stellen ein neues, gesteigertes Interesse an interdisziplinärer Rechtsforschung beobachten«.² Die Herausgeber*innen der Zeitschrift für Rechtssoziologie sahen vor 15 Jahren einen Wandel des Leitbildes der Rechtssoziologie als Grund des Erfolges: »Transdisziplinäre Konzepte« könnten andere Erwartungshorizonte eröffnen als eine verwendungsorientierte Rechtssoziologie; sie könnten so Enttäuschungen verhindern, die ein ungerechtfertigter Steuerungsoptimismus hervorrufen müsse.³ Oder meinen die beiden Aussagen letztlich dasselbe? Und ist ein Boom der inter- und transdisziplinären⁴ Rechtsforschung tatsächlich als Erfolg der Rechtssoziologie zu bewerten?

* Statement für die Podiumsdiskussion »Die Versprechungen der Wissenschaft. Forschung zu Recht und Gesellschaft im Kontext aktueller wissenschaftspolitischer Entwicklungen« auf dem Dritten Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen »Die Versprechungen des Rechts«, 11. September 2015, Humboldt-Universität zu Berlin. Dieser Text wurde zuerst veröffentlicht in Zeitschrift für Rechtssoziologie (The German Journal of Law and Society) (ZfRSoz) 36 (2016), Heft 2, S. 245–254, im Schwerpunkt »Die Versprechungen der Wissenschaft«, der alle Beiträge der Podiumsdiskussion enthielt.

1 So Dieter Stempel in einem Zitat, auf das zustimmend Bezug genommen wird von Bora, Alfons/Höland, Armin/Jansen, Dorothea/Lucke, Doris/Ludwig-Mayerhofer, Wolfgang/Machura, Stefan/Teubner, Gunther, Rechtssoziologie »auf der Grenze«. Mitteilung der HerausgeberInnen. Zeitschrift für Rechtssoziologie (ZfRSoz) 21 (2000), S. 319–326.

2 Röhl, Klaus F., Rechtssoziologie Online. Einleitung, 2012, <http://rechtssoziologie-online.de/> (letzter Aufruf: 30.9.2016). Der Eindruck eines Booms entsteht bei Blick in das Programmheft des Dritten Kongresses der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen »Die Versprechungen des Rechts« (<http://easy-chair.org/smart-program/Berlin2015/program.html>, letzter Aufruf: 12.10.2016).

3 Bora et al., ZfRSoz 21 (2000) (Fn. 1), S. 319 ff.

4 Zur Begrifflichkeit Kocher, Eva, Von alten und neuen Grenzen. Inter- und Transdisziplinarität in Lehre und Forschung, S. 140–147 in: A. Gräfe

I. Offene Tore?

Eins ist jedenfalls sicher: Die Tore der Jurisprudenz⁵ sind der Soziologie nicht mehr verschlossen, und sie wird von dort auch nicht mehr als das Trojanische Pferd wahrgenommen,⁶ das in die Zitadelle des Rechts einbricht. Mit der Abschwächung von Reformansprüchen und einer stärkeren Orientierung auf Verwendungsforschung ist die Sozialwissenschaft in der Rechtswissenschaft hoffähig geworden.⁷ Und auch umgekehrt gilt: »Das extradisziplinäre Interesse am Recht scheint unerschöpflich zu sein.«⁸ Von einer Rechtswissenschaft, die sich einer solchen Grundlagenorientierung stärker öffnet, wird Großes erwartet: Der Wissenschaftsrat hat seine Empfehlung für eine Stärkung der »Grundlagenfächer« (wie z.B. der Rechtssoziologie) damit begründet, dass die Rechtswissenschaft nur so einen »Qualitätsverlust des Rechts [...] vermeiden« können. Dies sei erforderlich, damit die Rechtswissenschaft »einen wichtigen Beitrag zur Mitgestaltung der internationalen Ordnung leisten« könne.⁹

Der behauptete oder erwartete Erfolg hängt eng mit der Annahme zunehmender Transdisziplinarität zusammen, die mit dem Begriff »interdisziplinäre Rechtsforschung« verbunden ist.¹⁰ Das Zauberwort vom transdisziplinären Grenzgängertum der Rechtssoziologie¹¹ evoziert die fast romantisch anmutende Sehnsucht, die verloren gegangene Einheit der Wissenschaften wiederherstellen und disziplinäre Erkenntnisgrenzen durch »Crossover«¹² überwinden zu können – jenseits einer »gleichsam fabrikenmäßig[en...] Verteilung der Arbeiten.«¹³ Transdisziplinarität soll nicht nur die Disziplinengrenzen, sondern die Disziplinen selbst

(Hrsg.), Oder / Denken. Stimmen aus dem Chor. Eine kritische Denkschrift. Frankfurt (Oder): Europa-Universität Viadrina 2011.

- 5 Lautmann, Rüdiger, Die Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz: Kohlhammer, 1971, S. 281 ff.
- 6 Heldrich, Andreas, Das Trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts? Juristische Schulung 1974, S. 281–288.
- 7 Hoffmann-Riem, Wolfgang, Forschung im Schnittfeld von Rechts- und Sozialwissenschaft, Zeitschrift für Rechtssoziologie 19 (1998), S. 1–7.
- 8 Röhl, Klaus F., Crossover Parsifal, S. 91–100, in: M. Cottier/M. Wrase/J. Estermann (Hrsg.), Wie wirkt Recht? Baden-Baden: Nomos 2010.
- 9 Wissenschaftsrat (Hrsg.) Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen. Köln: Wissenschaftsrat, 2012, S. 34.
- 10 Wrase, Michael, Rechtssoziologie und Law and Society – Die deutsche Rechtssoziologie zwischen Krise und Neuaufbruch. Zeitschrift für Rechtssoziologie 27 (2006), S. 289–312.
- 11 Bora et al., ZfRSoz 2000, (Fn. 1), S. 321 ff.
- 12 Röhl 2010 (Fn. 8), S. 91 ff.
- 13 Kant, Immanuel, Der Streit der Fakultäten. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1798, S. 28 ff.

überwinden; sie soll nicht nur auf den Disziplinen aufbauen, sondern diese auch noch verändern.¹⁴

2. Mauern und Zäune

Die Disziplinen selbst sind jedenfalls noch nicht überwunden. Aber haben sie sich denn verändert? Was ist es überhaupt, was anscheinend so dringend der Veränderung bzw. »Öffnung«¹⁵ bedarf?

Was eine Disziplin ausmacht, erkennt die Tagungsbesucherin auf den ersten Blick und auf das zweite Zuhören: Der Sozialwissenschaftler läuft Gefahr, auf einer rechtswissenschaftlichen Tagung nicht formell genug gekleidet zu sein. Und die Rechtswissenschaftlerin sollte auf einer sozialwissenschaftlichen Tagung selbst dann ein Fremdwörterlexikon bereithalten, wenn sie nicht nur zufällig hineingeraten ist, sondern auf dem Podium sitzt. Die Grenzmarker sind nicht nur fachlicher Art (Erkenntnisinteresse, Gegenstand, Theorie und Methode¹⁶), sondern auch sozialer Art: Disziplinen bilden epistemische Gemeinschaften aus, die soziale »Communities« darstellen – mit ihren je unterschiedlichen Formen von Vortragsautismen, Demütigungsritualen, Sprachstilen, Publikationsformen, Quellenmaterialien und Vorstellungen von guter wissenschaftlicher Praxis.¹⁷ So ist es auch nicht nur ein Detail, dass in der auf Entscheidungen und Macht ausgerichteten rechtswissenschaftlichen Dogmatik die deutsche Zitierweise genutzt wird; sie erlaubt es, eine Fülle übereinstimmender Zitatstellen anzuführen, um so die Hegemonieverhältnisse im Meinungsstreit (»h.M.«) zu verdeutlichen.

Es sind vor allem soziale und institutionelle Grenzen der Disziplinen, die interdisziplinäre Anstrengungen zur institutionellen Erfolglosigkeit zu verdammen scheinen. Karrieren, Lehrstühle, Ressourcen der Forschungsförderung – nach wie vor stellen die Disziplinen die maßgeblichen wissenschaftlichen Communities dar.¹⁸ Der Streit der Fakultäten

14 Vgl. Baer, Susanne, Rechtssoziologie, 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2015, § 3, Rn. 5

15 Wissenschaftsrat 2012 (Fn. 9), S. 7.

16 Bora, Alfons, Responsive Rechtssoziologie. Zeitschrift für Rechtssoziologie 36 (2016), S. 261 ff; Estermann, Josef, Die Verbindung von Recht und Soziologie als Chimäre, S. 101–112 in: M. Cottier/M. Wrase/J. Estermann (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, 2010 (Fn. 8).

17 Vgl. Goerlich, Helmuth, Die Rolle von Reputation in der Rechtswissenschaft, S. 173–206 in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

18 Bogner, Alexander, Mikropolitik des Wissens. Macht und Geltung in interdisziplinären Gremien, S. 205–229 in: A. Bogner/K. Kastenhofer/H.

wird aber nicht nur um Stellen und Drittmittel geführt, sondern auch »um den Einfluß aufs Volk«. ¹⁹ Das Gespräch der Disziplinen ist auch ein Kampf um Geltungsansprüche, ein »Kampf um die bessere Deutung der Welt«. ²⁰ Wer als Wissenschaftler* in nicht nur gehört und verstanden werden will, sondern auch Interesse an fachlichen Be- und Entgegnungen hat, der* die braucht Publikationsmöglichkeiten und Tagungen. Und die Disziplinen bieten diese Echo- und Diskussionsräume.

Mit Mühe lässt sich aber ein in transdisziplinären Forschungszusammenhängen entstandener Text in einer disziplinären Zeitschrift veröffentlichen. Rechtswissenschaftliche Zeitschriften sind übrigens insofern vergleichsweise erstaunlich offen, auch und gerade soweit sie sich vorwiegend an die Rechtspraxis richten. Die Wahrscheinlichkeit, dass der Text dort dann einen Widerhall erzeugt, ist jedoch dennoch gering (und es besteht kaum eine Chance, zitiert zu werden). Qualität allein sichert nicht die Rezeption. ²¹ Eine solche Publikation erreicht mit den Angehörigen der jeweiligen Disziplin nur einen geringen Teil des potenziellen Publikums. Man wird also mehr oder weniger identische Forschungsergebnisse wiederholt in unterschiedlichen Kontexten veröffentlichen müssen, und sie dabei in die jeweiligen disziplinären Sprachen und Denkansätze, Sprachstile, Zitierkonventionen übersetzen müssen.

Die DFG hat übrigens einmal grafisch sehr hübsch darstellen lassen, mit welchen Disziplinen die Rechtswissenschaften auf Ebene der Gutachter*innen in einem »Fächernetzwerk« arbeiten. Wenig überraschend sind dies Geschichte, Sozialwissenschaft und Wirtschaftswissenschaften, ²² wobei das Fehlen der Kulturwissenschaft vielleicht darin begründet liegt, dass diese selbst noch als Übergangsdiziplin, also als interdisziplinär gilt. ²³ Die Kulturwissenschaft ist ohnehin ein gutes Beispiel für den Kreislauf der Ausdifferenzierung und Disziplinierung des Wissens, der Schaffung neuer wissenschaftlicher Communities mit entsprechenden

Torgersen (Hrsg.), *Inter- und Transdisziplinarität im Wandel? Neue Perspektiven auf problemorientierte Forschung und Politikberatung*. Baden-Baden: Nomos 2010.

19 Kant, 1798 (Fn. 13), S. 30.

20 Baer, Susanne, *Interdisziplinierung oder Interdisziplinarität – eine freundliche Provokation*. ZiF-Bulletin (Zentrum für interdisziplinäre Frauenforschung Berlin) 19 (1999), S. 77–82.

21 Baer, Susanne, *Recht als Praxis. Herausforderungen der Rechtsforschung heute*. Zeitschrift für Rechtssoziologie 36 (2016), S. 213 ff.

22 Siehe das im Begutachtungsverfahren der DFG beobachtete »Fächernetzwerk« unter http://www.dfg.de/dfg_profil/zahlen_fakten/evaluation_studien_monitoring/studien/bericht_interdisziplinaritaet/index.html (letzter Aufruf: 12.10.2016).

23 Im Rahmen der DFG wird sie bei Fächergruppe »105–04 Allgemeine und vergleichende Literaturwissenschaft; Kulturwissenschaft« subsumiert.

Echoräumen und Chancen der Institutionalisierung. Auch dort haben sich Netzwerke verfestigt, sind »(b)order zones«, liminale Räume²⁴ entstanden, »teilweise äußerst erfolgreiche Netzwerke« bzw. »sehr eng gekoppelte[...] epistemic communities mit hoch spezialisierten Diskursen, die keine disziplinären Grenzen mehr abbilden«²⁵ – aber dafür eigene Grenzen nach außen ausgebildet haben.

In der Rechtsforschung dürfte die ökonomische Analyse des Rechts als so ein Fall anzusehen sein. Hier existiert nicht nur eine weitgehende Verständigung über Erkenntnisinteressen und Methoden, es gibt auch eigenständige Publikationsorgane und Tagungstraditionen. Für die Kriminologie dürfte Ähnliches gelten. Die Gender Studies sind ebenfalls ein Bereich, der sich herkömmlich als interdisziplinär oder als transdisziplinär versteht, der aber mittlerweile auch in der Lage ist, eigenständig, d.h. von den Ausgangsdisziplinen unabhängig Zugehörigkeiten und Qualitätsmaßstäbe zu definieren, Reputation zu verteilen und damit Grenzen zu setzen. Und da kann sogar noch differenziert werden: Unter den Begriffen Geschlechterstudien und Gender Studies werden z.T. unterschiedliche Perspektiven verstanden, mit interessanterweise ähnlichen Unterscheidungen, wie sie zwischen Rechtssoziologie und interdisziplinärer Rechtsforschung diskutiert werden: Die einen arbeiteten in unterschiedlichen Kontexten mit Geschlecht als analytischer Kategorie und empirischer Variable zur Untersuchung gesellschaftlicher Phänomene, die anderen untersuchten die Geschlechterunterscheidung und das Verständnis von »Geschlecht« selbst als Phänomen.²⁶ Letztere arbeiten dann meist mit sozial- oder kulturwissenschaftlichen Methoden, so dass jedenfalls rechtsdogmatische Forschung es in diesem Bereich schwer hat, angemessen wahrgenommen und verarbeitet zu werden.²⁷ Andere Communities entstehen in einem engeren Zusammenhang mit der Politikberatung, also im Hinblick auf konkrete Verwendungen. Zu nennen wären Umweltforschung oder auch die Arbeitsforschung unter Einbeziehung der interdisziplinären Arbeitsrechtsforschung – ein Feld, für das es noch nicht einmal einen einigermaßen anerkannten

24 Siehe auch die Gegenstände der Grenzforschung im Rahmen des Viadrina Centers B/Orders in Motion (<https://www.borders-in-motion.de/de>, letzter Aufruf: 12.10.2016).

25 So die Einladung zur Podiumsdiskussion, die Anlass für den vorliegenden Text war; sie bezieht das Phänomen aber in erster Linie auf Netzwerke, die in Bezug auf die politikberatende Verwendungsforschung entstehen.

26 Hirschauer, Stefan, Wozu Gender-Studies? Ein Forschungsfeld zwischen Feminismus und Kulturwissenschaft. *Forschung & Lehre* 21 (2014), S. 880–883 bezeichnet Erstere als »disziplinübergreifende« Geschlechterforschung, Letztere als »Gender Studies«. Zur zweiten Gruppe siehe auch Estermann, 2010 (Fn. 16), S. 109: Die Genderforschung habe »sich selbst diszipliniert«.

27 Vgl. Baer, ZiF-Bulletin 1999 (Fn. 20), S. 77 ff.

Begriff gibt, dem aber in Deutschland das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut der Hans-Böckler-Stiftung einen institutionellen Ort bietet.

Ob man etwas schon als »Disziplin« bezeichnen mag, ist da nicht nur eine Frage des verwendeten wissenschaftlichen Begriffs von Disziplin, sondern auch eine Frage der Positionierung im Wissenschaftsfeld: Den »Einfluß aufs Volk« suchen die einen über die herkömmlichen Disziplinen, die anderen über die Institutionalisierung des eigenen Feldes, wieder andere über die allgemeine Öffentlichkeit und die Medien.

3. Widerstände

Es ist deshalb keine Überraschung, wenn inter- und transdisziplinäre Ansätze vor diesem Hintergrund nicht auf die Resonanz stoßen, die man sich zumindest bei denjenigen erhofft, »die von Rechtsforschung profitieren sollen«.²⁸ Disziplinäre Mauern und Zäune sichern auch Macht und Deutungshoheiten.²⁹ Da erscheint es dann fast doch wieder bemerkenswert, wieviel an inter- oder transdisziplinärer Rechtsforschung dennoch stattfindet.

Konkret ruht die Hoffnung der Transdisziplinarität und der »interdisziplinären Rechtsforschung« aber doch auf Bereichen, in denen für Zwecke der Politikberatung bzw. der »Mitgestaltung von Herausforderungen« neue Kooperationen zwischen Akteur*innen unterschiedlicher Wissenschaftsdisziplinen entstehen. Rechtssoziologie reduziert sich dort im Wesentlichen darauf, dass in irgendeiner Weise empirisch zum Recht gearbeitet wird.³⁰ Und da gibt es bereits eine große Anzahl von Studien, die Wirkungsfaktoren im Verhältnis von Recht und Gesellschaft betrachten und rechtliche Regelungen »unter Berücksichtigung ökonomischer, empirischer und rechtsvergleichender Erkenntnisse« so untersuchen, dass die Lektüre »keine besonderen ökonomischen Kenntnisse voraus[setzt]«. ³¹ »The Oxford Handbook of Empirical Legal Research« enthält sogar 43 Beiträge und eine entsprechend beeindruckende Zahl von Seiten.³²

28 Baer, *ZfRSoz* 2016 (Fn. 21).

29 Guibentif, Pierre, *Reflexive Rechtssoziologie zwischen Wissenschaft und Zivilgesellschaft. Zeitschrift für Rechtssoziologie* 36 (2016), S. 236 ff.

30 Vgl. Röhl, 2010 (Fn. 8), S. 93; Estermann, 2010 (Fn. 16), S. 107.

31 Adam, Roman F., Rezension der Dissertation von Claus Wilhelm Fröhlich, *Betriebsgrößenunabhängigkeit und Monetarisierung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes. Recht der Arbeit* 63 (2010), S. 128.

32 Cane, Peter/Kritzer, Herbert (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press 2010.

Erstaunlich ist jedoch auf den ersten Blick, dass das Werk vollständig ohne rechtssoziologische Theorie auskommt;³³ das Handbuch rechtfertigt sich allein durch die Fälle der gesammelten interessanten Daten, Studien und Texte. Erstaunlicher ist auf den zweiten Blick, dass dieser Mangel nicht einmal für erklärungsbedürftig gehalten wird; die Einleitung begnügt sich mit einem Hinweis auf den Gegensatz von »law in action« und »law on/in the books« und erläutert vor allem, dass »empirisch« breit zu verstehen sei, also sowohl statistische und quantitative wie auch qualitative Methoden erfasse.

4. Die Hilflosigkeit der transdisziplinären Rechtsforschung

Solange dies so ist, müssen auch die Ergebnisse der empirischen Rechtsforschung enttäuschen. Denn wer verwendungsorientierte Forschung in interdisziplinären Zusammenhängen betreibt, merkt doch sehr schnell, dass gerade der transdisziplinäre Anspruch mehr verlangt als die Zusammenarbeit aufgeschlossener Wissenschaftler*innen unterschiedlicher Disziplinen. Die größte Schwierigkeit besteht darin, sich überhaupt auf eine geeignete gemeinsame, »transdisziplinäre« Fragestellung zu einigen. Zwar stimmt es irgendwie schon, dass »Probleme, die technische Kulturen, d.h. die modernen Industriegesellschaften, heute im überreichen Maße haben, [...] uns nicht den Gefallen [tun], sich als Probleme für disziplinäre Spezialisten zu definieren.«³⁴ Die Schwierigkeit ist nur: Die Probleme tun uns nicht einmal den Gefallen, sich selbst zu definieren. Nicht nur Fachtermini, sondern auch Problemdefinitionen sind »Kondensate von Theorien und Daten, wer sie unbesehen in eine andere Fachsprache eingemeindet, importiert den Virus ständiger Missverständnisse und Verkürzungen.«³⁵

Die interdisziplinären Schwierigkeiten führen so in der transdisziplinären Zusammenarbeit dazu, dass gedankliche und begriffliche Lücken überspielt werden müssen. Am deutlichsten ist dies bei der beliebten Forschung zur Wirksamkeit und zu den Wirkungen von Recht.

Einige Beispiele: Welches Problem beschreibt der »Gender Pay Gap«; welches Problem beschreibt die »bereinigte Lohnlücke«? Und hat das

- 33 Mit Ausnahme eines Kapitels von Denis James Galligan über »Legal Theory and Empirical Research« (S. 976–1001), das auf der Grundlage von H.L.A. Harts Rechtsverständnis geschrieben ist.
- 34 Mittelstraß, Jürgen, Die Stunde der Interdisziplinarität?, S. 152–158 in: J. Kocka (Hrsg.), Interdisziplinarität. Praxis – Herausforderungen – Ideologie. Frankfurt (Main): Suhrkamp, 1987, S. 154 f.
- 35 Hoffmann-Riem, ZfRSoz 1998 (Fn. 7), S. 1 ff.

etwas mit Diskriminierung im Rechtssinn zu tun? Ist es ein Erfolg oder ein Misserfolg des Antidiskriminierungsrechts, wenn in einem Bewerbungsverfahren diskriminierende Motive nicht mehr ausdrücklich genannt werden? Ist es Indikator für Effektivität oder für Ineffektivität des Diskriminierungsschutzes, wenn es in einem Unternehmen zahlreiche Beschwerden wegen Diskriminierung gibt? Wie kann die Wirkung des AGG empirisch untersucht werden, wenn doch der Rechtsbegriff der Diskriminierung notwendig unbestimmt ist und erst durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung im Einzelfall bestimmt werden kann?

Hubert Rottleuthner und Matthias Mahlmann haben für ihre empirische Untersuchung über »Diskriminierung in Deutschland. Vermutungen und Fakten« die Schwierigkeit, die »Realität« von Diskriminierung zu untersuchen,³⁶ sehr hellsichtig thematisiert. Sie lösen das Problem, indem sie die rechtliche Definition von Diskriminierung für die sozialwissenschaftliche Perspektive als unzureichend bezeichnen.³⁷ Sie zahlen aber dafür den Preis, nicht mehr den Anspruch erheben zu können, etwas über die Wirkungen des AGG auszusagen, sondern im Wesentlichen Aussagen darüber treffen können, in Bezug auf welche sozialen Merkmale und auf welche Lebensbereiche begrifflich nicht klar zu bezeichnende »Diskriminierung« erlebt und thematisiert wird. Das Problem ist nicht nur die Definition: Was ist das für ein »Dunkelfeld«, das die sozialwissenschaftliche Forschung aufzuhellen sucht, wenn sie Selbstauskünfte von Betroffenen als Hinweise auf stattgefundene Diskriminierungen versteht? Welches Rechtsverständnis liegt der Annahme zugrunde, dass auch ein gerichtlicher »Test« »fehlbar« bleiben könne?³⁸ Und wie kann dabei vermieden werden, dass sozialwissenschaftliche Forschung dann doch zur »letztentscheidende[n] Subsumtions- oder gar Superrevisionsinstanz«³⁹ wird?

Oder, bezogen auf ein Projekt der interdisziplinären Rechtsforschung, an dem ich aktuell [2015] beteiligt bin: Ist das Mindestlohngesetz erst dann effektiv umgesetzt, wenn jede Person mindestens 8,50 Euro pro Stunde erhält? Wie kann gewährleistet werden, dass die empirische Untersuchung nur Arbeitnehmer*innen im Rechtssinne berücksichtigt? Welche Indikatoren sind überhaupt in der Lage, Autonomie und Unbestimmtheit des Rechts (z.B. bei der Frage, welche Zahlungen auf den Mindestentgeltanspruch »angerechnet« werden⁴⁰) empirisch

36 Siehe Klose, Alexander, *Wie wirkt Antidiskriminierungsrecht?* S. 347–367 in: M. Cottier/M. Wrase/J. Estermann (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?* Baden-Baden: Nomos, 2010 (Fn. 8), S. 353 ff.

37 Rottleuthner, Hubert/Mahlmann, Matthias, *Diskriminierung in Deutschland. Vermutungen und Fakten.* Baden-Baden: Nomos, 2011, S. 447.

38 Vgl. Rottleuthner/Mahlmann, 2011 (Fn. 37), S. 31 ff.

39 Rottleuthner/Mahlmann, 2011 (Fn. 37), S. 38.

40 Siehe z.B. Lakies, Thomas, *Ein Jahr gesetzlicher Mindestlohn – gelöste und ungelöste Rechtsprobleme.* *Arbeit und Recht* 64(2016), S. 14–20.

angemessen zu reflektieren? Wie können die »Wirkungen« eines privatrechtlichen Anspruchs untersucht werden, wenn dieser unmittelbar lediglich Verhandlungspositionen beeinflusst? Oder noch grundsätzlicher: Gibt es eigentlich überhaupt eine Rechtslage in einem sozialen Feld, wenn das Recht von Beteiligten gar nicht thematisiert und angerufen wird? Oder: Wie misst man die Wirksamkeit einer Norm, wenn es zu deren Aufgabe regelrecht gehört, Übertretungen zuzulassen, und die vielleicht bereits dann wirkt,⁴¹ wenn sie ihre eigenen Legitimationsstrukturen ins gesellschaftliche Spiel bringt?

Die Probleme definieren sich zwar nicht selbst; aber dass es gesellschaftliche Probleme gibt, zu denen das Recht sich verhält oder verhalten kann, davon dürfen wir ausgehen. Die interdisziplinäre Forschung über »Recht und Gesellschaft« muss deshalb die Räume der Liminalität zwischen den Disziplinen offen halten. Sie bedarf dabei aber der methodischen Professionalisierung, Beobachtung und Ausdifferenzierung. Hier gibt es aktuell eher zu wenige als zu viele Schließungsprozesse. Disziplinübergreifende Rechtsforschung muss theoretisch und institutionell in theoretisch-rechtssoziologische Debatten eingebunden sein – und umgekehrt.

Wir sollten deshalb Rechtssoziologie »im engeren Sinn« deutlicher von der inter- und transdisziplinären Rechtsforschung unterscheiden. Ohne eine Rechtssoziologie, die in der Lage ist, theoretische Fragen des Verhältnisses zwischen Autonomie und Praxis zu klären,⁴² hängt die interdisziplinäre Rechtsforschung in der Luft.⁴³ Dabei lohnte es sich, wenn sich auch die rechtssoziologische Grundlagenforschung stärker für die Mühen der interdisziplinären Ebenen interessieren würde – die empirische Erforschbarkeit und Messbarkeit von Fragen des Rechts wäre hierfür ein äußerst lohnendes Forschungsfeld.

41 Möllers, Christoph, *Die Möglichkeit der Normen*. Berlin: Suhrkamp, 2015, S. 425.

42 Vgl. Bora *ZfRSoz* 2016 (Fn. 16).

43 Vgl. auch Wrase, Michael, *Recht und soziale Praxis – Überlegungen für eine soziologische Rechtstheorie*, S. 113–146 in: M. Cottier/M. Wrase/J. Estermann (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?* Baden-Baden: Nomos, 2010 (Fn. 8); Gutmann, Thomas, *Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?*, S. 93–116 in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015 (Fn. 17); Rottleuthner, Hubert, *ebda.*, S. 207–222.

Die Alibi-Frau (2009)

say yes

Elliott Smith, either/or
(*Kill Rock Stars* 1997)

1. Allein unter Männern

Eine der wichtigsten Selbst-Täuschungen dieser Gesellschaft ist die Annahme, Positionen, Ressourcen und Privilegien würden nach »Leistung« und »Qualifikation« verteilt. Natürlich gibt es immer wieder Menschen, die daran nicht glauben – oder das Gefühl haben, andere Erfahrungen gemacht zu haben. Man wird solche Menschen aber häufiger unter denen finden, deren Erwartungen, das zu erhalten, was ihnen zustehe, nicht erfüllt worden sind. Wer eine erwünschte Position oder Ressource erlangt hat, wird doch geneigt sein, dies seinen/ihren jeweils eigenen einzigartigen und individuellen Leistungen und Qualifikationen zuzuschreiben. Dieses Phänomen ist nicht selten auch bei Menschen anzutreffen, die sich kritisch an der gesellschaftlich herrschenden Vorstellung abgearbeitet und diese als Illusion entlarvt haben.

Das ist doch auch verständlich. Wer mag schon zugestehen, es zugelassen zu haben, dass seine/ihre Menschenwürde missachtet wurde und die individuelle Persönlichkeit nicht entfaltet werden konnte – denn um nichts anderes handelt es sich bei einer Verletzung des Leistungsprinzips. Jedenfalls, wenn man dem Bundesarbeitsgericht Glauben schenken mag (und ihm ist insoweit noch nicht widersprochen worden), dass »das allgemeine Persönlichkeitsrecht das Recht des einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde und Entfaltung der individuellen Persönlichkeit [umfasst]. Im Arbeitsleben hat jeder Arbeitnehmer ein Recht, nach sachangemessenen Maßstäben beurteilt zu werden.«¹

So kommt es, dass auch kritische Juristen und Wissenschaftler nicht daran glauben möchten, sie seien durch den Zufall, Vorurteile oder ungerechte Machtstrukturen dorthin gekommen, wo sie hinzugehören meinen. Obwohl schon ausreichend wissenschaftlich nachgewiesen wurde,²

1 BAG 14.3.1989 – 8 AZR 447/87, AP Nr. 5 zu § 611a BGB.

2 Vgl. Karin Zimmermann, Spiele mit der Macht in der Wissenschaft: Paßfähigkeit und Geschlecht als Kriterien für Berufungen, 2000; Sandra Beaufaÿs, Alltag der Exzellenz, in: Regina-Maria Dackweiler (Hrsg.), Willkommen im Club? 2005, S. 145–165; dies./Beate Kraus, Wissenschaftliche Leistung, Universalismus und Objektivität, in: Regine Hildemeister (Hrsg.), Erosion oder

welche gewaltigen Vorteile es im Berufsleben bringt, männlichen Geschlechts zu sein, hat man noch kaum von einem Mann gehört, der seine (hohe) Position auf sein Geschlecht zurückführen wollte. Und selbst unter den Frauen, die geschlechtsspezifische Machtstrukturen analysiert haben, mögen nur wenige sagen: »Ja, ich bin Quotenfrau – und ich finde das auch gut so.«³ Wer mag schon glauben, bei der eigenen Karriere von einer Regel profitiert zu haben, die unter Verdacht steht, gerade nicht die »Leistung« zu honorieren? Das »beeinträchtigt die Entfaltungsmöglichkeiten«; »[d]arin liegt eine Herabwürdigung der beruflichen Fähigkeiten«.⁴

Allerdings sind kritische JuristInnen oft sozialwissenschaftlich geschult genug, um zumindest im Geheimen zu wissen: Muster entstehen nicht zufällig. Die 68er und ihre NachfolgerInnen sind insofern geübt darin, sich selbst als kollektives Individuum zu sehen.⁵ Und für den Homo academicus, den »Klassifizierer unter Klassifizierenden« gilt sowieso: »Die Objektivierung des objektivierenden Subjekts lässt sich nicht umgehen: nur indem es die historischen Bedingungen seines eigenen Schaffens analysiert (und nicht durch eine wie immer geartete Form transzendentaler Reflexion), vermag das wissenschaftliche Subjekt seine Strukturen und Neigungen sowie die Determinanten, deren Produkte diese sind, theoretisch zu meistern.«⁶

Das Subjekt, das hier objektivierend analysiert werden soll, ist das Phänomen der einzigen Frau in einer Gruppe von Männern (wie z.B. der einzigen anwesenden Redakteurin unter männlichen KJ-Redakteuren). Ein Ungleichgewicht der Geschlechterrepräsentation ist erklärungsbedürftig. Wenn sich sogar die Selbsttötung als gesellschaftliches Phänomen erklären lässt,⁷ wie viel mehr muss dies für die Erscheinung »Ausnahmefrau« gelten. Zumal sie nicht gerade selten vorkommt. Leider laufen viele Selbst- und Fremdbeschreibungen der »Frau allein unter lauter Männern« auf die Stilisierung als »Powerfrau« oder auch nur als »Ausnahmefrau« hinaus.⁸ Regelmäßig

Reproduktion geschlechtlicher Differenzierungen?, 2007, S. 76–98; Christina von Braun, *Gender @ Wissen* 2005, S. 4 ff; Hartmut Heuermann, *Wissenschaftskritik*, 2000, S. 163 ff; Kristina Rolin, *Gender and trust in science*, *Hypatia* 17 (2002), 4, S. 95 ff.

3 Bock, Hedwig, Als Quotenfrau in Männergremien, in: Elke Kleinau/Katrin Schmersahl/Dorion Weickmann (Hrsg.), *Denken heißt Grenzen überschreiten*, Festschrift für Marie-Elisabeth Hilger, 1995, S. 161.

4 BAG (Fn. 1).

5 Vgl. Bude, Heinz, *Das Altern einer Generation – Die Jahrgänge 1938 bis 1948*, 1995, S. 9.

6 Bourdieu, Pierre, *Homo academicus*, 1988.

7 Emile Durkheim, *Le suicide*, 1897.

8 Pfannes, Petra, *Powerfrau, Quotenfrau, Ausnahmefrau ...?: Die Darstellung von Politikerinnen in der deutschen Tagespresse*, 2004.

findet sich in Juristinnen-(Auto-)Biografien der Hinweis, dass Frau einen nicht geradlinigen Weg gegangen sei und das meiste auf Zufall beruht habe.⁹

Gibt es nicht vielleicht eine Regel hinter diesen vielen Ausnahmen? Eine der Regeln, in der die historischen Bedingungen mit Strukturen und Neigungen des Subjekts zusammen finden, lässt sich als »weibliches Aushängeschild«¹⁰ oder »Alibi-Frau« klassifizieren. Der Begriff des Alibis weist einerseits darauf hin, dass bestimmte Strukturen und Determinanten unter einem Verdacht stehen, den sie zu entkräften suchen (2.). Andererseits: Nicht jedeR eignet sich als Alibi... (3.)

2. Von der Sehnsucht, anders zu sein

Wenn sich unter lauter Männern keine oder nur eine einzige Frau wieder findet, so ist das zunächst lediglich eine Singularität. Einen Missstand lässt es vermuten, wenn sich damit eine bestimmte Regel bestätigt. Und diese Regel lautet: Eine Frau befindet sich in der Rechtswissenschaft häufig allein unter Männern. Der Juristin und erst recht der Rechtswissenschaftlerin haftet »immer noch ein Hauch von Exotik an«.¹¹ Jedenfalls wer meint, die menschliche Leistungs- und Qualifikationsfähigkeit hänge nicht vom Geschlecht ab, muss zugestehen, dass diese statistische Auffälligkeit auf ein Problem hinweist, und strukturelle Wirkmechanismen vermuten. Tatsächlich sind solche Mechanismen häufig nicht nur vermutet, sondern auch schon objektivierend analysiert worden. Feminist*nnen, Frauenpolitiker*nnen und Geschlechterforscher*nnen haben dafür Begriffe wie Patriarchat, Männerbünde, Habitus, old-boys-network etc. geprägt.

Nun gibt es genug Juristen, die solche Phänomene dennoch als Zufall ansehen. Der schlichte Hinweis auf geschlechterpolitische Missverhältnisse wird dann gern als Vorwurf verstanden, der mit der Leugnung von Vorsatz oder Fahrlässigkeit zurückgewiesen werden könne, frei nach dem Motto »bei unserer liebenswert chaotischen Arbeitsweise können wir leider nicht auch noch die Folgen unseres Tuns im Blick behalten.«¹² Den 68ern ist aber zugute zu halten, dass es unter ihnen auch andere gibt. Sie »gelten als Katalysatoren eines kulturellen Umbruchs, der neue Modelle der Lebensführung hervorgebracht hat, die uns im Laufe der

9 z.B. Fabricius-Brand, Margarete/Berghahn, Sabine/Sudhölter, Kristine, Juristinnen: Berichte, Fakten, Interviews, 1982; Deutscher Juristinnenbund e.V. (Hrsg.), Juristinnen in Deutschland: die Zeit von 1900 bis 2003, 4. Aufl. 2003.

10 Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter, aaO, S. 38.

11 Ebda., S. 5.

12 Vgl. Diskussionsbeitrag von Erd auf der 40-Jahr-Feier der KJ im Jahre 2008 (zugegebenermaßen vermutlich nicht ganz wortgetreu notiert).

Zeit selbstverständlich geworden sind« – »jedenfalls in Deutschland«. ¹³ Was sich heute »Generation« nennt, hieß noch Anfang der 80er Jahre »Bewegung« ¹⁴ – und versteht sich als historisch maßgebliche Akteurin in den Prozessen des kulturellen Umbruchs (»Wertewandel, Individualisierung...«) bzw. des gesellschaftlichen Wandels (»Demokratisierung von Institutionen, Gleichstellung der Frauen...« ¹⁵). Wer sich einmal ernsthaft gefragt hat »was [ist] strukturelle Gewalt?«, für den lag manchmal auch die Frage nahe, wieso und wie die patriarchale Gesellschaft mit Notwendigkeit soziale Ungerechtigkeit erzeugt. ¹⁶

Die 68er haben aber auch die »geschichtliche Erfahrung gemacht, dass die Praxis von Bewegungen nicht ausreicht, um Praktiken zu definieren, die anschließend nötig sind, damit ein Volk sich annehmbare und tradierbare Formen seiner Existenz und seiner politischen Gemeinschaft geben kann.« Zumindest einige von ihnen fragen sich also, »welche Praktiken der Freiheit diese Befreiungsbewegung hervorgebracht hat«. ¹⁷ Und wer sich dies ernsthaft fragt, stellt schnell fest, dass die Frage nicht nur schwer zu beantworten ist, sondern auf mehr als nur weit entfernte Strukturen und Institutionen abzielt: »Alle Forderungen nach Gleichberechtigung und Emanzipation, so sehr sie zunächst auch scheinbar nur gegen den politischen Staat oder gegen die Selektionsmechanismen des kapitalistischen Arbeitsmarktes gerichtet sind, haben notwendig zugleich den Nebeneffekt, dass sie die sozialen Hintergrundstrukturen einer unproblematisierten Lebenswelt ihrerseits thematisieren, in Frage stellen und modifizieren. Der ›Kampf um wechselseitige Anerkennung‹ zwischen den Subjekten nimmt neue Dimension und Intensität an: Tendenziell alles wird rechtfertigungsbedürftig«. ¹⁸

Nun sollte man »die Bereitschaft der empirischen Subjekte, sich auf soziale Experimente mit ungewissem Ausgang einzulassen, nicht überschätzen«. ¹⁹ In »Traditionalisierungsfällen« ²⁰ kann auch tappen, wer sie kennt und zu meiden sucht. Die Erkenntnis der »Differenz zwischen dem politisch-moralisch gesollten Leben und dem wirklichen Leben« ²¹

13 Bude, Heinz, Das Altern einer Generation – Die Jahrgänge 1938 bis 1948, 1995, S. 18 ff.

14 Bude aaO, S. 40.

15 Vgl. Aufruf zu dieser Festschrift (Rainer Erd/Rainer Fabian/Eva Kocher/Eberhard Schmidt (Hrsg.), Passion Arbeitsrecht. Erfahrungen einer unruhigen Generation, liber amicorum Thomas Blanke, Baden-Baden: Nomos 2009).

16 Vgl. Blanke in: Blanke/Erd/Mückenberger (Hrsg.), Geboren 1944, 2004, S. 30.

17 Bude (Fn. 13), S. 101 unter Verweis auf Foucault.

18 Thomas Blanke, Autonomie und Demokratie, KJ 1986, S. 406 ff.

19 Blanke, aaO.

20 Anneli Rüling, Jenseits der Traditionalisierungsfällen. Wie Eltern sich Familien- und Erwerbsarbeit teilen, 2007.

21 Blanke (Fn. 18), S. 50.

(es gibt kein richtiges Leben im valschen) muss aber nicht zu dem Kurzschluss führen, das Wirkliche für das Richtige zu halten. Und das ist es, was die 68er bis heute sympathisch macht: Sie spüren jedenfalls ein gewisses Bedürfnis nach einer Alibi-Frau – oder sogar noch mehr: In manchen Zusammenhängen ist die Alibi-Frau »bei den Linken [...] jetzt gleichzeitig auch eine Quotenfrau geworden.«²²

3. Qualifikation und Leistung der Alibi-Frau

Wer eignet sich nun dazu, dieses Bedürfnis nach dem Alibi zu befriedigen? Denn es mag zwar zutreffen, dass sich die Verteilung von Ressourcen und Positionen nicht überzeugend mit »Fachqualifikationen« erklären lässt: Irgendeine Form der Eignung, oder »Paßfähigkeit«²³ wird ennoch auch hier erforderlich sein, oder vielmehr wohl: ein passender Habitus (»System von Denk-, Wahrnehmungs- und Handlungsschemata, das aus der Verinnerlichung klassen- oder ständespezifischer Existenzbedingungen resultiert«²⁴). Das Anforderungsprofil an die Alibi-Frau und ihre Leistung ist in seiner Vielseitigkeit nicht zu unterschätzen.

a) Die Repräsentantin

Zunächst kann die Alibi-Frau es sich nicht leisten »sensibel« zu sein (»sensible Spieler sind solche, die viel Akzeptanz brauchen, um Selbstvertrauen und in der Folge Leistung zu entwickeln«²⁵). Zwar passiert es heute seltener, dass eine Person mit weiblichem Vornamen als »Herr^...« angesprochen wird, und wenn, dann kann die Betreffende dies ja auch als Ausdruck besonderer Wertschätzung verstehen. Die zahlreichen Erfahrungen des Übersehen-Werdens oder Nicht-Ernst-Genommen-Werdens, die Juristinnen 1982 zu berichten wussten, werden aber den meisten »Frauen« dennoch auch heute bekannt vorkommen.

Immerhin kann die Alibi-Frau ja noch froh sein: Sie wird wahrgenommen, wenn auch nicht als Kollege, so doch immerhin: als Frau. Es ist das gleiche Phänomen, das dazu führt, dass öffentlich bemerkbare Frauen

22 Cathrin Kahlweit, *Politikerinnen in Deutschland*, 1994, S. 103.

23 Karin Zimmermann, *Spiele mit der Macht in der Wissenschaft: Paßfähigkeit und Geschlecht als Kriterien für Berufungen*, 2000.

24 Füssel, Marian, *Akademische Lebenswelt und gelehrter Habitus: zur Alltagsgeschichte des deutschen Professors im 17. und 18. Jahrhundert*, Jahrbuch für Universitätsgeschichte Bd. 10 (2007), S. 35.

25 Süddeutsche Zeitung (SZ) 20.10.2008, S. 23 über den Fußballspieler Pjotr Trochowski.

häufiger geschlechtsspezifisch (»Frau X«) angedet werden als Männer, bei denen der Nachname (»Schily«, »Scharping«) meist zur Charakterisierung auszureichen scheint.²⁶ Männer haben kein Geschlecht. Deshalb reicht es in Männerrunden meist aus, dass das Wort »Geschlecht«, »Frau«, »Mann«, »Sexualität«, »Diskriminierung«, »Gleichbehandlung« oder auch nur »Familie« fällt: Und der Blick aller fällt auf die einzige anwesende Frau, die ein Geschlecht hat und damit Spezialistin für die entsprechende Frage ist. Auch für die Entgegennahme der Klage darüber, dass Männer wegen der angeblichen Frauenförderung heutzutage ja kaum noch Chancen im Wissenschaftsbetrieb hätten, ist die Alibi-Frau zuständig. In einer Fachzeitschriftenredaktion wiederum kann es ausreichen, dass der Text, über den gesprochen wird, einmal nicht – wie es gängigen Erwartungen entspräche – von einem Mann verfasst wurde: Schon ist die Zuständigkeit der Alibi-Frau begründet.

Die Alibi-Frau muss es sich also gefallen lassen, für alles Nicht-Männliche zu stehen, und auch noch den Anspruch auf Gleichbehandlung mit zu repräsentieren. Das setzt natürlich zunächst voraus, dass sie phänotypisch und kulturell »Frau« einigermaßen glaubhaft verkörpert (auf den Nachweis einer funktionierenden Gebärmutter, eines weiblichen Hormonhaushalts oder der entsprechenden DNA wird meines Wissens bislang noch verzichtet.²⁷ Umso besser, wenn sie auch noch zu »Frauenfragen« veröffentlicht – mit dem erworbenen Ruf als »Frauen-Frau« hat sie dann immerhin ein Fachgebiet, auf dem ihre Kompetenz unbestritten anerkannt wird.²⁸

b) Die Naive

Es mag sein, dass Alibi-Frauen vor allem deshalb geschätzt werden, weil sie »Frau« repräsentieren sollen und können. Das bedeutet aber in der Regel noch nicht, dass die Herrschenden die Illusion aufgegeben hätten, das eigene (männliche) Geschlecht spiele keine Rolle, weil es letztlich auf Leistung und Qualifikation ankomme. Und eine wichtige Leistung der Alibi-Frau besteht darin, dies ebenfalls zu glauben.

Eine gewisse Naivität hinsichtlich der Macht- und Kommunikationsstrukturen, die einen an eine bestimmte Position gebracht haben, ist unabdingbare Voraussetzung dafür, solche Positionen und Rollen gut ausfüllen zu können. Es mag sein, dass Männer in bestimmten Situationen die Leistungen einer Frau überschwänglich loben, da sie ihnen eine solche

26 Pfannes (Fn. 8), S. 89.

27 Zu den Schwierigkeiten einer Definition von »Geschlecht« siehe insofern KJ 4/2009, S. 386 ff.

28 Vgl. Fabricius-Brand, Margarete/Berghahn, Sabine/Sudhölter, Kristine (Fn. 9), S. 175.

Leistung nicht zugetraut hätten.²⁹ Es mag auch sein, dass die sogenannte fachliche Qualifikation der Alibi-Frau vor allem deshalb abstrakt hoch gelobt wird, weil alle Beteiligten sich die Illusion der Leistungsabhängigkeit von Positionen erhalten wollen, ihnen aber gerade nicht einfällt, worin die Leistung der Alibi-Frau konkret besteht. Eine gute Alibi-Frau nimmt ein solches Lob gern mal ernst. Naivität gepaart mit Sturheit ist sicher eine wichtige Voraussetzung dafür, eine gute Alibi-Frau sein zu können.

c) Das Mittelding

»Eine Schwierigkeit [beim Eindringen von Frauen in ursprünglich reine Männerdomänen] besteht darin, dass damit ein neues Kulturverhalten geschaffen, ausprobiert und erlernt werden muss. Frau kann [...] nicht auf traditionell ›weibliche‹ Weise agieren; generell als ›männlich‹ anerkannte Verhaltensweisen kommen aber auch nicht in Frage.«³⁰ Die erfreuliche Seite: Es wird nicht verlangt »sich mit den männlichen Wertvorstellungen und Haltungen völlig zu identifizieren«.³¹

Die unerfreuliche Seite: Die Alibi-Frau muss »Frau« repräsentieren. Das ist nicht ganz einfach, denn: »Wie verhält sich nun aber ein wohlzogener Herr einer Dame gegenüber, die gleichzeitig seine Ausschussvorsitzende ist? Er hilft ihr in den Mantel, er hilft ihr aus dem Mantel. Er hilft ihr in den Bus, er hilft ihr aus dem Bus. Und wenn die von der Vorsitzenden zu leitende Sitzung beginnt, stellt er sich in die Mitte, dankt den Anwesenden für ihr Erscheinen, etc. etc.«³². »Die Juristin ist eben ein Mittelding, kein Mann – wie er in Rechtsabteilungen üblicherweise vorkommt – und keine Frau wie die Sekretärinnen, die ihren Chefs ›mit Hingabe Kaffee kochen‹.³³ Von der Hochschullehrerin erwarten deshalb Studentinnen und Studenten, »dass sie entweder ›Mütterlichkeit‹ ausstrahle« oder ein »um Hilfe bittendes sanftes Wesen« sein sollte.³⁴ Es kommt (nicht nur) Studierenden unnormal vor, wenn jemand, die als Frau gilt, »massiv den Eindruck macht, dass sie wirklich Bescheid weiß oder ›engagiert‹ eine Meinung vertritt«.³⁵ Kein Wunder, dass erfahrene Frauen mit dem – nützlichen! – Karrierehinweis aufwarten können, als Kleidung sei ein Mittelding empfehlenswert:

29 So erklärt es die »Token-Theorie«; Kanter Moss, R., Some effects of proportions on group life: Skewed sex ratios and responses to token women, *American Journal of Sociology* 82 (1977), S. 965 ff; vgl. Pfannes, aaO, S. 88; S. 100.

30 Bock (Fn. 3), S. 163.

31 Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter (Fn. 9), S. 6.

32 Bock (Fn. 3), S. 161 ff.

33 Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter (Fn. 9), S. 151.

34 aaO, S. 166.

35 aaO, S. 175.

Am Besten ein Hosenanzug (nicht zu »weiblich«), aber immer mit weiblichen Accessoires wie Schal oder Schmuck (nicht zu »männlich«).³⁶

Unter den »vier Typen erfolgreicher Frauen« im Wissenschaftsbetrieb³⁷ gehört die Alibi-Frau also wohl weder zur Kategorie der »Kämpferin« noch derjenigen der »Pionierin« oder der »Erfolgreichen«.³⁸ Sie ist wohl eher die »Wandernde zwischen den Welten« (wobei das vorliegende Datenmaterial schwerlich ausreicht, ihr damit auch gleich noch die dazu gehörende »glückliche« Kindheit, »neutral« betriebene Karriereplanung, »zögernd bejahende Haltung« zu Macht und »Verdrängung des Körpergefühls« zuzuordnen).

d) Der Kumpel

ManchE kritischeR JuristIn ist in der Lage, solche Phänomene selbst zu erkennen oder sogar zu reflektieren. Auch insofern ist der 68er sympathisch. Es mag zwar vereinzelt zum »Don-QuichotteEffekt« kommen (»dieser beschreibt ein Fortwirken der Dispositionen des Habitus auch unter veränderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen«; »vereinfacht gesprochen ist dem Professor das Bewusstsein ständischer Privilegierung so in Fleisch und Blut übergegangen, das er auch angesichts eines offensichtlichen Verlustes seiner Privilegien weiterhin darauf beharrt«³⁹). Die erfreulichere Variante kommt aber ebenfalls vor: Manch moderner kritischer Rechtswissenschaftler vermag ironisch-selbstironisch-distanziert mit dem Alibi-Phänomen umzugehen.

Woraus sich wiederum weitere Anforderungen an die Alibi-Frau ergeben – mit erkennbaren Vorzügen, denn das Spektrum an Verhaltensmöglichkeiten, das zur Verfügung gestellt und akzeptiert wird, ist damit breiter und komplexer. So kann die Passgenauigkeit zur KJ-Redaktion durchaus durch einen eher jungshafte Habitus hergestellt werden. Was gleichzeitig die Herren nicht daran hindert, von dem Kollegen mit dem weiblichen Vornamen zu erwarten, dass sie »das Frausein« repräsentiert (siehe a)). Woraus ein Wettbewerbsnachteil gegenüber »richtigen Jungs« resultiert, die ohne diese Repräsentationslast entspannter mitwitzeln können. Insofern kennt die Alibi-Frau, was vielen 68ern bekannt sein dürfte: das Gefühl, ausgeschlossen zu sein, obwohl man nicht integriert sein will.⁴⁰ Wenn das nicht »queer« ist!

36 Den Tipp verdanke ich Ninon Colneric.

37 Hildegard Macha/Forschungsgruppe, Erfolgreiche Frauen, 2000, S. 315 ff.

38 aaO, S. 315 ff.

39 Füssel (Fn. 24), S. 43.

40 Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhöfer (Fn. 9), S. 163.