

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

Gabriele Britz

Die aktuelle wissenschaftliche Debatte um den Zusammenhang von Recht und Gefühl¹ hat in Rudolf von Jhering einen frühen Vordenker, der sich in *Der Kampf um's Recht*² auf eigene Weise und zu ganz eigenen Zwecken ausführlich dem Rechtsgefühl widmete: Jherings Abhandlung lässt sich als faszinierender Versuch lesen, die Idee des Rechtsgefühls zum Zwecke der (rechtspolitischen) Einforderung legislativer Rechtsentwicklung einzusetzen. Wird der Text vor seinem vordemokratischen zeitlichen Hintergrund gelesen, ergeben sich mögliche Erträge für die heute zu führenden Debatten um Recht und Gefühl gerade in dieser historischen Differenz des staatsrechtlichen und -tatsächlichen Kontexts.

Rechtsgefühl ist ein umfassendes Phänomen. Wo Recht ist, sind Menschen – als Rechtsbetroffene, als Rechtsetzende, als Rechtsanwendende, oder als Menschen, die Recht kommentieren oder erforschen; wo aber Menschen sind, sind stets auch Gefühle (I.). Jhering entfaltet sein Plädoyer für Rechtsentwicklung auf der Grundlage opulenter Annahmen über das Rechtsgefühl der rechtsunterworfenen Person. In dramatischen Bildern wird die individuelle und überindividuelle Lebensnotwendigkeit eines subjektiven Rechtsgefühls und des daraus erwachsenden sittlich-idealen Rechtsgefühls beschrieben. Über die empirischen und normativen Implikationen ließe sich diskutieren und streiten. Im Folgenden soll das Augenmerk jedoch vor allem auf das gerichtet werden, was in der hier

* Verschriftlichte Keynote zur gleichnamigen Tagung des Instituts für Anglistik und des Rudolf-von-Jhering-Instituts für Rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung der Justus-Liebig-Universität Gießen am 13. Juni 2019. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

1 S. Greta Olson. The Turn to Passion: Has Law and Literature become Law and Affect? *Law & Literature* 28 (2016), S. 335 ff.

2 Rudolf von Jhering. *Der Kampf um's Recht*. Abdruck der Originalausgabe von 1872 im Rudolf Haufe Verlag 1992.

gewählten Lesart des Textes den Flucht- und Zielpunkt der Jhering'schen Darlegungen bildet: der (empirisch-)argumentativen Absicherung der Forderung nach grundlegender Reform des Rechts (II.). Dieser methodische Zugriff ist vor dem konstitutionellen Hintergrund seiner Zeit zu sehen, regt aber durchaus zur Frage an, ob Rechtsgefühl auch heute sinnvoll als Begründung für die Forderung von Rechtsentwicklung dienen kann. Unzufriedenheit mit der geltenden Rechtslage als „Unrechtsgefühl“ zu artikulieren, bleibt Verlockung, trifft im demokratischen Verfassungsstaat jedoch auf andere Vorzeichen, die es in Rechnung zu stellen gilt (III.).

I. Zusammenhänge von Recht und Gefühl

Einige praktische Zusammenhänge von Recht und Gefühl mögen die Allgegenwärtigkeit von Rechtsgefühl exemplarisch illustrieren. Dabei wird der fünfte und letzte der betrachteten Zusammenhänge jener sein, für den sich Jhering in seinem *Kampf um's Recht* interessiert.

1. Recht *erzeugt* Gefühle. Das können ablehnende Gefühle sein. Extrem negative Gefühle breiter Teile der Bevölkerung hat etwa in den späten 60er Jahren des letzten Jahrhunderts die sogenannte Notstandsverfassung³ erzeugt. Auf der anderen politischen Seite hat etwa die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Anwendung der Meinungsfreiheit auf die Aussage „Soldaten sind Mörder“⁴ in Teilen der Gesellschaft regelrechte Aversionen ausgelöst, was nicht nur dazu beigetragen hat, dass der polizeiliche Schutz für betroffene Richter zeitweilig erhöht wurde, sondern auch ein Grund dafür war, dass im Bundesverfassungsgericht zur kommunikativen Begleitung der Gerichtsentscheidungen dauerhaft eine Pressestelle eingerichtet wurde. Eine positive Art des Gefühls scheint hingegen beispielsweise der Beschluss zur sogenannten dritten Option beim Geschlechtseintrag⁵ bei Betroffenen ausgelöst zu haben, denen sich hierdurch wohl ein Gefühl des Anerkanntseins vermittelt hat. Auch die bloße Formulierung von Recht kann Gefühle erzeugen: Als „Gute-Kita-Gesetz“⁶ und als „Ge-

3 Siebzehntes Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes (24. Juni 1968, BGBl. I 709). Enthalten sind Regelungen zur Einschränkung des Grundgesetzes in Notsituationen der BRD (z.B. im Verteidigungsfall).

4 BVerfGE 93, 266 ff.

5 BVerfGE 147, 1 ff.

6 Gesetz zur Weiterentwicklung der Qualität und zur Teilhabe in der Kindertagesbetreuung (19. Dezember 2018, BGBl. I 2696).

ordnete-Rückkehr-Gesetz“⁷ bezeichnete Gesetze zielten schon mit diesen Namen auf die Erzeugung guter Gefühle. Und schließlich hat Art. 2 Abs. 1 GG seine Formulierung („Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit“) nicht zuletzt wegen des feierlichen Klangs erhalten. Es ging um „das Würdevolle im Klang“, das man in die Grundrechte hineinlegen wolle⁸.

2. Recht *berücksichtigt* Gefühle. Beispielsweise ist der in vielen rechtlichen Zusammenhängen anzutreffende Schutz familiärer Bindungen auch als Rücksicht auf emotionale Lagen zu begreifen⁹. Im Datenschutzrecht ist Rücksichtnahme auf ein „Gefühl dauernden Überwachtwerdens“¹⁰ einer der Urgründe für weitreichende Schutzregelungen. Auf die Stirn geschrieben ist die Rücksicht auf Gefühlslagen schuldrechtlichen Ansprüchen des Privatrechts wegen immaterieller Beeinträchtigungen wie etwa dem auch für seelisches Leid zustehenden Schmerzensgeld und dem Schadensersatzanspruch wegen entgangener Urlaubsfreude.

3. Unter Umständen *vermittelt sich* Recht den Rechtsanwendenden auch über Gefühle. Ob etwa eine gerichtliche Fehlentscheidung schon als nach Art. 3 Abs. 1 GG verbotene „Willkür“¹¹ zu bezeichnen ist, ob ein Unglücksfall bereits „katastrophische“¹² Dimensionen hat und deshalb – relevant für den Streitkräfteeinsatz im Inneren – als besonders schwerer Unglücksfall im Sinne von Art. 35 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 GG gilt oder ob die schlechte Behandlung eines Menschen durch den Staat bereits die „Menschenwürde“ (Art. 1 Abs. 1 GG) verletzt, lässt sich schwer messerscharf anhand objektiver Kriterien abgrenzen. Alle drei Rechtsbegriffe appellieren auch an die Intuition der Rechtsanwendenden. Ihr Maßstab vermittelt sich wohl auch dadurch, dass sie bei den Rechtsanwendenden ein Gefühl von und für Willkür, Katastrophe und Würde erzeugen.

4. *Rechtsprofis haben* Gefühle. Professionelle Juristinnen und Juristen können persönliche emotionale Bindungen und Interessen haben. Weil diese nicht sicher vollständig unterdrückt werden können, objektiver Rechtsfin-

7 Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht (15. August 2019, BGBl. I 1294).

8 Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes. JÖR Band 1. 2. Auflage 2010, S. 61.

9 Besonders deutlich BVerfGE 136, 382, 388 f. Rn. 22 f.

10 S. etwa BVerfGE 125, 260, 335 m.w.N.

11 Zur Willkürgrenze (Art. 3 Abs. 1 GG) statt vieler BVerfGE 42, 64, 72 f.

12 BVerfGE 132, 1, 17 Rn. 43.

dung aber entgegenstehen könnten, enthalten alle Verfahrensordnungen Ausschluss- und Befangenheitsregeln¹³. Außerdem artikulieren Richterinnen und Richter bei der täglichen praktischen Rechtssuche „Störgefühle“ und „Bauchgefühle“. Als methodischer Zwischenschritt mögen diese euphemistisch als *Judiz* bezeichneten Phänomene hilfreich sein. Letztlich dürften die Regeln rechtsstaatlicher Entscheidungsfindung aber nur dann gewahrt sein, wenn diese Gefühle auf ihre rationalen Gehalte befragt und unter Heranziehung von Normtexten, Judikaten und begleitender Literatur argumentativ erhärtet oder eben auch verworfen werden.

5. Auch *juristische Laien haben* Rechtsgefühle und Gerechtigkeitsgefühle, die unterschiedlichste Kontexte betreffen können und die das Recht auf verschiedene Art und Weise in Rechnung stellt und verarbeitet. Das Rechtsgefühl juristischer Laien steht im Mittelpunkt von Jherings *Der Kampf um's Recht*. Er erzählt von den zwei Arten der Rechtsgefühle juristischer Laien und gewinnt daraus Argumente für seine Forderung nach grundlegender Fortentwicklung des Rechts. Rechtsgefühl und Rechtsentwicklung sind nicht nur Thema der heutigen Tagung, sondern bilden auch das zentrale Gespann in Jherings Abhandlung.

II. *Rechtsgefühl als Argument für Rechtsentwicklung (Jhering)*

Jherings Abhandlung zielt am Ende auf eine umfassende Rechtsentwicklung. Seine Forderung nach Rechtsentwicklung begründet er in einem Dreischritt des Rechtsgefühls. Rechtsgefühl wird erstens als physische Kraft beschrieben, die auf Durchsetzung von Recht drängt (1) und damit zweitens auch das Recht an sich und so zugleich das Bestehen des Staates nach innen und nach außen sichert (2). Damit Recht diese Rechtsgefühle dauerhaft erzeugen und so zu Stabilität beitragen kann, muss es aber drittens bestimmten Voraussetzungen genügen, hinter denen die Rechtswirklichkeit in Jherings Augen grob zurückblieb und damit defizitär war (3). So ist das Rechtsgefühl ein empirisch gekleidetes, aber doch weitgehend gedankliches Konstrukt zur Begründung von Rechtsentwicklungsbedarf. Jhering flaggt seine Begründung als praktische Zweckmäßigkeitsargumentation aus, die gerade aus ihrem (angeblich) empirischen Bezugs-

13 Exemplarisch für die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts §§ 18, 19 BVerfGG.

punkt (dem tatsächlichen Rechtsgefühl und dem körperlich empfundenen Schmerz von Rechtskränkung) ihre Überzeugungskraft nehmen will.

1. Rechtsgefühl aus persönlicher Kränkung

Jherings Begründungsgang beginnt beim Rechtsgefühl des Individuums; und zwar beim Gefühl in Bezug auf die eigene rechtliche Position im Verhältnis zu anderen Personen (Privatrecht). Weil die Verletzung privater Rechte von der betroffenen Person als Kränkung erlebt wird, ist der Gerichtsprozess „die Behauptung der Person selber und ihres Rechtsgefühls“ (S. 25 f.). Dabei geht es nicht notwendig um die Durchsetzung objektiv wertvoller Positionen, sondern um die Wahrung der Persönlichkeit an sich: „Eine innere Stimme sagt ihm, dass er nicht zurücktreten darf, dass es sich nicht um das werthlose Object, sondern um sein Rechtsgefühl, seine Selbstachtung, seine Persönlichkeit handelt – kurz, der Process gestaltet sich für ihn aus einer blossen Interessenfrage zu einer Charakterfrage“ (S. 26). Recht tritt im Moment der Verletzung als Gefühl und Schmerz erfahrbar ins Bewusstsein. Die erlebte Kränkung lässt den Kampf um’s Recht entflammen, weil nun Genugtuung gesucht wird und gesucht werden muss. Empirisches und Normatives mischen sich in der Beschreibung dieser Situation.

2. Ideales Rechtsgefühl

Neben dieses ichbezogene Kränkungsgefühl angesichts „persönlichen Unrechts“ tritt ein sittliches („ideales“) Rechtsgefühl. Insoweit geht es nicht mehr um den einzelnen Menschen, sondern um die Behauptung des Rechts als Pflicht gegenüber dem Gemeinwesen (S. 51). „Indem er *sein* Recht behauptet, hält er *das* Recht aufrecht“ (S. 54). Das ist „Mitwirkung an der Verwirklichung der Rechtsidee“ (S. 58). „Welch hohe Bedeutung gewinnt damit der Kampf des Subjekts um sein Recht! ... Jeder der beim Anblick der Übermacht oder des Übermuthes des Unrechts Entrüstung, sittlichen Zorn empfindet, besitzt ihn [den idealen Sinn des Rechts], denn während das Gefühl, welches die Rechtskränkung hervorruft, der Verletzung der eigenen Person entstammt, hat jenes Gefühl seinen Grund in der Macht der sittlichen Idee über das menschliche Gemüth, ist es der Protest, der sittlichen kräftigen Natur gegen den Frevel am Recht, das schönste

und erhabenste Zeugniß, welches das Rechtsgefühl von sich selber ablegen kann ...“ (S. 59 f.).

Benötigt wird „dieser Idealismus des Rechtssinnes im Menschen der den Frevler und Hohn gegen die Idee des Rechts tiefer empfindet als das persönliche Unrecht, und für den eben dieser Schmerz die sittliche Nöthigung enthält, für die gefährdete Rechtsidee einzutreten, kurz jene Naturen, denen eine innere Stimme [den] Satz verkündet ...: Der Dienst für das Recht um des Rechtes halber ohne eigenes Interesse ist sittliche Pflicht“ (S. 61).

Illustriert wird dies an der literarischen Gestalt des Michael Kohlhaas (Heinrich von Kleist): „Ein Mann, rechtschaffen, streng rechtlich, voller Liebe für seine Familie, von kindlich frommem Sinn wird zu einem Attila, der mit Feuer und Schwert die Orte vernichtet, in die sein Gegner sich geflüchtet hat. Und wodurch wird er es? Gerade durch die Eigenschaft, die ihn sittlich so hoch über seine Gegner stellt...: durch seine hohe Achtung vor dem Recht, seinen Glauben an die Heiligkeit desselben, die Thatkraft seines ächten, gesunden Rechtsgefühls. Und gerade darauf beruht die tief erschütternde Tragik seines Schicksals, dass eben das, was den Vorzug und den Adel seiner Natur ausmacht: der ideale Schwung seines Rechtsgefühls, seine heroische, Alles vergessende und Alles opfernde Dahingabe an die Idee des Rechts im Contact mit der elenden damaligen Welt, ... der Pflichtvergessenheit und Feigheit der Richter zu seinem Verderben ausschlägt“ (S. 68).

3. *Fluchtpunkt: Rechtskritik*

Über das Schicksal des verratenen Michael Kohlhaas gelingt Jhering der entscheidende Schritt in die Rechtskritik: „... im Stich gelassen von der Macht, die es schützen sollte, ... [erhebt] das nationale Rechtsgefühl ... seine Anklage und seinen Protest gegen derartige Rechtszustände“ (S. 69 f.). „Dieser Idealismus des gesunden Rechtsgefühls ... weiss nicht bloss, dass er in *seinem* Recht *das* Recht, sondern auch, dass er in *dem* Recht *sein* Recht vertheidigt. – Für einen Staat, der geachtet dastehen will nach Aussen, fest und unerschüttert im Innern, gibt es kein kostbareres Gut, das er zu hüten und zu pflegen hat, als das nationale Rechtsgefühl. ... In dem gesunden, kräftigen Rechtsgefühl jedes Einzelnen besitzt der Staat die sicherste Garantie seines eigenen Bestehens nach Innen wie nach Aussen; das Rechtsgefühl ist die Wurzel des ganzen Baumes; taugt die Wurzel nicht, verdorrt sie in Gestein und ödem Sand, so ist alles Andere Blendwerk – wenn der Sturm kommt, wird der ganze Baum entwurzelt. Aber der Stamm und die

Krone haben den Vorzug, dass man sie sieht, während die Wurzeln im Boden stecken und sich dem Blicke entziehen. Der zersetzende Einfluss, den ungerechte Gesetze und schlechte Rechtseinrichtungen auf die moralische Kraft des Volks ausüben, spielt unter der Erde, in jenen Regionen, die so mancher Politiker nicht seiner Betrachtung werth hält, indem es ihm bloss auf die stattliche Krone ankommt; von dem Gift, das aus der Wurzel in die Krone steigt, hat er keine Ahnung. Aber der Despotismus weiss, wo er ansetzen muss, um den Baum zu Fall zu bringen; er lässt die Krone zunächst unangetastet, aber er zerstört die Wurzeln. Mit Eingriffen in das Privatrecht, mit der Rechtlosigkeit des Individuums hat jeder Despotismus begonnen; hat er hier seine Arbeit vollendet, so stürzt der Stamm von selbst“ (S. 74 ff.).

Es schließen sich praktische Empfehlungen an (S. 77 f.): „Die Kraft des Volkes ist gleichbedeutend mit der Kraft seines Rechtsgefühls – Pflege des nationalen Rechtsgefühls ist Pflege der Gesundheit und Kraft des Staats. Diese Pflege ist aber selbstverständlich nichts Doktrinäres: Schule und Unterricht, sondern sie besteht in der praktischen Durchführung der Grundsätze der Gerechtigkeit in allen Lebensverhältnissen. Festigkeit und Klarheit, Bestimmtheit des materiellen Rechts, Beseitigung aller Sätze in allen Sphären des Rechts, an denen ein gesundes Rechtsgefühl Anstoss nehmen muss, nicht bloss des Privatrechts, sondern der Polizei, der Verwaltung, der Finanzgesetzgebung; Unabhängigkeit der Gerichte, möglichste Vervollkommnung der processualischen Einrichtungen – das ist ein sichererer Weg zur Hebung der Kraft des Staats als die höchste Steigerung des Militärbudgets. Jede willkürliche oder ungerechte Bestimmung, welche die Staatsgewalt erlässt oder aufrecht erhält, ist eine Schädigung des nationalen Rechtsgefühls und damit der nationalen Kraft selbst, eine Versündigung gegen die Idee des Rechts, die auf den Staat selbst zurückschlägt, und die er oft theuer mit Zinseszinsen bezahlen muss ...! Ich selber bin freilich der Ansicht, dass der Staat nicht bloss wegen solcher Zweckmässigkeitsrücksichten diese Sünden vermeiden soll, ich betrachte es vielmehr als seine höchste und heiligste Pflicht, diese Idee ihrer selbst willen zu verwirklichen, aber das ist ja doctrinäre Phantasterei, und ich will es dem praktischen Politiker und Staatsmann nicht verdenken, wenn er eine solche Zumutung achselzuckend abweist. Aber eben darum haben wir ihm gegenüber die praktische Seite der Frage hervorgekehrt, für die er das volle Verständnis hat – die Idee und das Interesse des Staats gehen hier Hand in Hand. Einem schlechten Recht ist auf Dauer kein noch so gesundes Rechtsgefühl gewachsen, es erlahmt, stumpft sich ab, verkümmert. Denn das Wesen des Rechts ist, wie schon öfter bemerkt, die That, – was der

Flamme die freie Luft, ist dem Rechtsgefühl die Freiheit der That, ihm dieselbe verwehren oder verkümmern, heisst es ersticken.“

Es folgt dann noch auf vielen Seiten eine furiose Generalabrechnung mit dem geltenden Privatrecht und Strafrecht (insbesondere dem Recht der Notwehr), das vom Volk nicht verstanden werde und das Volk nicht verstehe, insbesondere nicht dem gesunden Rechtsgefühl Rechnung trage. Obwohl Jhering dies scheinbar beiläufig anhängt, scheint doch alles gerade darauf zu zielen: „Ich könnte damit meinen Vortrag schließen, denn mein Thema ist erschöpft. Ich hoffe aber, dass Sie es mir verstaten werden, wenn ich Ihre Aufmerksamkeit noch für eine Frage in Anspruch nehme, die mit dem Gegenstand meines Vortrages eng zusammenhängt, es ist nämlich die: in wie weit unser heutiges Recht, über das ich mir allein getraue ein Urtheil abzugeben, den von mir so eben entwickelten Anforderungen entspricht. Ich nehme keinen Anstand, diese Frage mit aller Entschiedenheit zu verneinen. Dasselbe bleibt hinter den berechtigten Ansprüchen eines gesunden Rechtsgefühls weit zurück ...“ (S. 79 f.).

Das empirisch angelegte Rechtsgefühl als Triebkraft eigenen Prozessierens wird zur Voraussetzung des stabilen Staates – weil es hierfür der die Rechtswahrung einfordernden Praxis der Individuen bedürfe. Der Staat ersticke diese Triebkraft aber, wenn er nicht das passende Recht biete. Erkennbar dient das als empirische Größe präsentierte Rechtsgefühl des Volks als Grund und Legitimation für die Forderung nach einer grundlegenden Reform des geschriebenen Rechts.

III. Rechtsgefühl als Argument für Rechtsentwicklung heute?

Verletztes Rechtsgefühl dient Jhering im dritten und letzten Schritt also als Quelle und Triebkraft von Rechtsentwicklung. Es soll nun allein dieser letzte Gedankenschritt auf die heutige Zeit gewandt und auf seine Tauglichkeit unter den geltenden verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen hin betrachtet werden. Taugt Rechtsgefühl heute als Argument für Rechtsentwicklung?

1. Rechtsgefühl als Argument für legislative Rechtsentwicklung?

Die im vordemokratischen Obrigkeitsstaat entwickelten Thesen zum Zusammenhang von Rechtsgefühl und Rechtsentwicklung können nicht unmittelbar an der heutigen Situation auf ihre Plausibilität überprüft wer-

den, in der Recht seine Legitimation normativ allein von den Gewaltunterworfenen her nehmen kann („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“, Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) und entsprechende Verfahren verfassungsrechtlich eingerichtet sind, damit Gesetzgebung tatsächlich gegenüber „dem Volk“ verantwortet wird. Forderungen nach Rechtsänderung finden unter diesen Bedingungen andere Möglichkeiten der Begründung und naturgemäß andere Wege der Durchsetzung als in einer vordemokratischen Ordnung. Weil der Mechanismus demokratischer Gesetzgebung zur Verfügung steht, muss nicht mit („heilig“ gesprochenem) Rechtsgefühl begründet und legitimiert werden, sondern genügt politischer Wille, der überzeugen und Mehrheiten finden muss, sich dann aber – abgesehen von höher-rangigen Bindungen etwa aus den Grund- und Menschenrechten – ohne weiteren Legitimationsbedarf in Rechtsentwicklung durch Gesetzgebung niederschlagen kann.

Inwiefern können aber auch unter dieser Prämisse Rechts- und Unrechtsgefühle bei der demokratischen Gesetzgebung genutzt und berücksichtigt und Forderungen an Gesetzgebung mit Rechts- und Unrechtsgefühlen begründet und unterstrichen werden? Was ist etwa davon zu halten, wenn heute Rechtsentwicklungsbedarf mit Rechtsgefühl begründet wird; wenn argumentiert wird, dass geltendes Recht hinter dem Rechtsgefühl der Bevölkerung zurückbleibe und deshalb weiterentwickelt werden müsse? Hierzu seien thesenartig einige Beobachtungen formuliert.

Die Betonung von Rechts- und Unrechtsgefühl als Argument für Rechtsänderung ist zunächst ein Vorgang des Labelings: Statt bloß vom „politischen Wunsch“ nach einer bestimmten Rechtsänderung zu sprechen, ist eben vom Rechtsgefühl die Rede. Das hat Konsequenzen.

Die Ausweisung eines politischen Wunsches als *Rechtsgefühl* nimmt dem Anliegen tendenziell an Verhandelbarkeit, weil ihm mit dem Rechtsattribut bereits ein Geltungsanspruch anhaftet. Das Anliegen steht dann vergleichsweise endgültig und unverfügbar da. Solche Abgeschlossenheit erschwert politisch reife Willensbildung und Kompromiss.

Die Ausweisung des Reformanliegens als Rechtsanliegen kennzeichnet zudem die bestehende rechtliche Situation als rechtlich defizitär und ignoriert die notwendig politische Herkunft und die gerade darin zu findende Legitimation einer bisherigen Rechtslage. Konkrete Rechtslagen sind nicht Vorgefundenes, das vom Standpunkt der Reformisten am gewissermaßen externen Maßstab des Rechts zu kritisieren wäre, sondern Resultate politischer Prozesse der Willensbildung, die (sieht man zunächst einmal von den unverhandelbaren verfassungsrechtlichen Maßgaben ab) allein in eben diesen Prozessen weiterverhandelt werden müssen.

Die sprachliche Ersetzung von politischem Wollen durch Rechtsgefühl könnte das politische Wollen unnötig bemakeln. Jhering hat seinen im heutigen Sinne politischen Wunsch nach Rechtsänderung kaschiert und stattdessen mit Recht argumentiert, um seine Position zwingender erscheinen zu lassen. Unter den Bedingungen des demokratischen Verfassungsstaates gelten jedoch andere Prämissen. Politisches Wollen ist legitim und hat seine spezifischen Durchsetzungswege. Das geltende Recht ist dem politischen Wollen im Wesentlichen verfügbar. Es steht weitgehend zur Disposition (Grenzen ergeben sich aber aus der Verfassung). Es muss dafür nicht gezeigt werden, dass die bisherige Rechtslage falsch war und richtigem Rechtsgefühl widerspreche. Es genügt, dass neues Recht gewollt ist und sich der entsprechende Wunsch in den dafür vorgesehenen Verfahren durchsetzt. Politischer Wille muss also überzeugen und um Zustimmung werben.

Dabei muss politisches Wollen nicht einmal rational sein. Es kann nicht vollständig begründbare Präferenzen einschließen und das darf es auch¹⁴, wenn sich denn Mehrheiten dafür gewinnen lassen – allerdings nur unter der Prämisse, dass es verfassungsrechtliche Maßgaben, insbesondere den Minderheitenschutz, achtet. Die Legitimität nicht weiter begründbaren politischen Wollens verlangt zudem ein gewisses Maß an Erkennbarkeit seiner Wollensgetriebenheit. Gerade indem solches Wollen als *Rechtsgefühl* beschrieben würde, ginge potenziell ein nötiges Stück Rechtfertigungs- und Werbungslast verloren.

Selbstverständlich kann politischer Wille seinerseits auf Gerechtigkeitsvorstellungen gründen. Solange politisch nicht nur um Regelungen zur individuellen Nutzenmaximierung gerungen wird, werden Reformbemühungen ihren Ursprung sogar häufig in bestimmten Gerechtigkeitsvorstellungen haben. Das Potenzial von Gerechtigkeit ist durch die geltende Verfassung nicht ausgeschöpft. Es kann und darf Gerechtigkeitsvorstellungen über jene, die im Grundgesetz niedergelegt sind, hinaus geben. Jenseits der verfassungsrechtlichen Positivierungen muss um Gerechtigkeitsvorstellungen jedoch gerungen werden. Eine politische Forderung wird eben nicht automatisch dadurch stärker, dass sie als Gerechtigkeitspostulat formuliert ist.

14 S. etwa zur veränderten gesetzlichen Bewertung der Hinnehmbarkeit von Risiken der Kernenergienutzung BVerfGE 143, 246, 347: „Das Ziel des Gesetzgebers, das mit der Kernenergienutzung unvermeidbar in Kauf zu nehmende Restrisiko möglichst schnell und möglichst weitgehend zu beseitigen, ist – auch wenn es allein auf einer politischen Neubewertung der Bereitschaft zur Hinnahme dieses Restrisikos beruhen sollte – von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden“.

Schließlich könnte die Umstellung von „politischem Wunsch“ auf „Rechtsgefühl“ Spannungslagen mit der Verfassung erzeugen: Die Gestaltungsmöglichkeiten von Politik und Rechtsetzung finden in den verfassungsrechtlichen Grundrechtsgarantien Schranken. Hier stößt auch der Mehrheitswille an Grenzen. Das ist unter der Geltung des Grundgesetzes im Grunde eingespielt und akzeptiert. Wird politischer Wunsch nun aber als Rechtsgefühl ausgegeben, steht plötzlich Rechtsgefühl gegen Verfassungsgarantie. Wird das politische Wollen zum Anliegen aus Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, könnte das rechtsgefühlig aufgeladene politische Wollen langfristig die Suprematie des Verfassungsrechts gefährden.

2. Rechtsgefühl als Orientierung gerichtlicher Rechtsentwicklung?

Während also einiges gegen die Sinnhaftigkeit des Unterfangens spricht, Gesetzesreformbestrebungen durch entsprechende Rechtsgefühle zu untermauern, kann Rechtsgefühl bei der Fortentwicklung des Rechts durch Fachgerichte wohl generell größere Bedeutung zukommen. Bei der Fortentwicklung des Rechts durch die Gerichte geht es nicht um die politische Veränderung von Recht, sondern um die Interpretation geltenden Rechts im Rahmen gerichtlicher Entscheidungsfindung. Hier hat das Rechtsgefühl der Betroffenen Relevanz – wobei Rechtsgefühl hier enger verstanden wird: als deren Vorstellung darüber, was das geltende Recht eigentlich konkret besagt.

Gerichtliche Fortentwicklung des Rechts muss sich grundsätzlich daran messen lassen, ob vermittelbar ist, dass sie zum legislativ gesetzten Recht passt. Es gehört zur alltäglichen richterlichen Selbstkontrolle, zu überlegen, inwiefern eine ins Auge gefasste Entscheidung mit dem Rechtsgefühl der Betroffenen und der Interessierten vereinbar ist. Das schließt die Erwägung ein, ob die Entscheidung so begründet werden kann, dass sie potenziell entgegenstehende Rechtsgefühle überwinden (nicht: überwälten) kann. Kurz gesagt: Wenn sich eine Rechtsinterpretation nicht einigermaßen plausibel erklären lässt, ist sie vom geltenden Recht eher nicht gedeckt. Das (antizipierte) Rechtsgefühl der Betroffenen kann hier durchaus einen gedanklichen Kontrollmaßstab bilden.

Allerdings ist Rechtsgefühl auch hier nicht zu verabsolutieren. Schon seine empirische Feststellung fällt schwer. Vor allem aber muss sich Recht gelegentlich doch über feststehende Rechtsgefühle hinwegsetzen: Wenn etwa eine bestehende Regelung klar anderen Gehalt hat als landläufig angenommen wird oder wenn unhintergehbare Verfassungsgebote bestehen, muss entgegenstehendes Rechtsgefühl weichen. Auch wenn das Rechtsge-

fühl vieler offenbar anderes besagte: Selbst ein terroristischer Gefährder durfte nicht abgeschoben werden, wenn die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen dafür fehlten¹⁵, selbst die NPD konnte trotz Verfassungsfeindlichkeit nicht durch das Bundesverfassungsgericht verboten werden¹⁶ und ohne gesetzliche Grundlage konnte auch der betrogene Ehemann von der untreuen Frau nicht zum Zwecke des Unterhaltsregresses die Preisgabe des Namens des wahren Erzeugers eines Kuckuckskindes erzwingen¹⁷.

IV. Zusammenfassende Thesen

1. Rechtsgefühl ist ein allgegenwärtiges und mannigfaltiges Phänomen.
2. In Jherings *Kampf um's Recht* dient der teils empirisch, teils normativ gefasste Zusammenhang zwischen Rechtsgefühl und nationalem Staatswohl letztlich vor allem zur argumentativen Herleitung der Notwendigkeit, das geltende Recht fortzuentwickeln, weil demokratische Gesetzgebung als Mittel und Legitimation von Rechtsentwicklung noch nicht zur Verfügung stand.
3. Im demokratischen Staat kann die Forderung nach legislativer Rechtsentwicklung als politische Forderung formuliert und auf entsprechenden Wegen zu realisieren versucht werden. Eine Bezeichnung des politischen Wollens als *Rechtsgefühl* verdeckt den politischen Charakter eines legislativen Änderungswunschs, woran auf Dauer sowohl politische Willensbildung als auch die Idee des Rechts Schaden nehmen könnten. Für die gerichtliche Fortentwicklung des Rechts kann Rechtsgefühl hingegen Orientierung bieten.

15 Fall Sami A., VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 12. Juli 2018 (Az. 7 a L 1200/18.A).

16 BVerfGE 144, 20 ff.

17 BVerfGE 138, 377, 390 ff. Rn. 35 ff.