

Neue Phänomenologie



Hilge Landweer
Dirk Koppelberg (Hg.)

Recht und Emotion I

Verkannte
Zusammenhänge

VERLAG KARL ALBER



NEUE PHÄNOMENOLOGIE



Auf den ersten Blick scheinen die Bereiche von Recht und Emotionen wenig miteinander zu tun zu haben, ist doch die Auffassung weit verbreitet, dass die Sphäre des Rechts von Normen und Werten bestimmt wird, deren Entstehung und Geltung unabhängig von Emotionen sind und auch sein sollten. Das Ziel des vorliegenden Bandes besteht darin, diese etablierte Auffassung in Frage zu stellen und näher zu erkunden, wie der Bedeutung von Rechtsgefühl und für die Sphäre des Rechts einschlägigen Emotionen angemessen Rechnung zu tragen ist. Leitend ist dabei die Frage, welche Emotionen welche Rolle im Bereich des Rechts spielen und gegebenenfalls auch spielen sollten. Der vorliegende Band stellt dazu Antworten und Vorschläge aus Philosophie, Rechts-, Geschichts-, Literatur- und Filmwissenschaft sowie aus der Soziologie vor. Genauer analysiert werden in diesem Zusammenhang u. a. Empathie, Empörung, Rache, Reue, Scham, Schuld, Vergebung, Versöhnung und Zorn in rechtlichen Prozessen. Insgesamt bieten die Beiträge eine Einführung und Grundlegung des neuen interdisziplinären Forschungsbereichs »Recht und Emotion«, der in der angelsächsischen Welt seit ca. 15 Jahren intensiv bearbeitet und mit diesem Band erstmals für den deutschsprachigen Bereich erschlossen wird.

Die Herausgeber:

Hilge Landweer ist Professorin für Philosophie an der Freien Universität Berlin.

Dirk Koppelberg ist Privatdozent für Philosophie an der Freien Universität Berlin.

Hilge Landweer
Dirk Koppelberg (Hg.)

Recht und Emotion I



Neue Phänomenologie

Herausgegeben von der
Gesellschaft für Neue Phänomenologie

Band 26

Wissenschaftlicher Beirat:

Prof. Dr. med. Walter Burger

Prof. Dr. phil. Michael Großheim

Prof. Dr. rer. nat. Jürgen Hasse

Prof. Dr. phil. Hilge Landweer

Prof. Dr. phil. Dr. h.c. mult. Hans Jürgen Wendel

Hilge Landweer
Dirk Koppelberg (Hg.)

Recht und Emotion I

Verkannte Zusammenhänge

Verlag Karl Alber Freiburg/München

Gefördert durch die Gesellschaft für Neue Phänomenologie e. V.

Originalausgabe

© VERLAG KARL ALBER
in der Verlag Herder GmbH, Freiburg/München 2016
Alle Rechte vorbehalten
www.verlag-alber.de

Satz und PDF-E-Book: SatzWeise GmbH, Trier

ISBN (Buch) 978-3-495-48817-1
ISBN (PDF-E-Book) 978-3-495-81817-6

Inhalt

I. Einleitung

Hilge Landweer/Dirk Koppelberg

Der verkannte Zusammenhang von Recht und Emotion 13

II. Rechtsgründung und Rechtsgeltung

Hermann Schmitz

Befreiung des Rechts aus der Introjektion 51

Rainer Schützeichel

Zur Soziologie des Rechtsgefühls 65

III. Rechtsgefühle und rechtliche Institutionen

Hilge Landweer

Ist Sich-gedemütigt-Fühlen ein Rechtsgefühl? 103

Maria-Sibylla Lotter

Schuld ohne Vorwerfbarkeit. Warum der moralische
Schuldbegriff auf viele Schuldphänomene nicht passt 136

Fabian Bernhardt

Was ist Rache? Versuch einer systematischen
Bestimmung 162

Susanne Karstedt

Emotions, Truth and Justice: Shared and Collective
Emotions in Transitional Justice 194

IV. Rechtsprechung und Gefühle

Julia Hänni

Phänomenologie der juristischen Entscheidung 227

Lauren Ware

Emotions in the Evaluation of Legal Risk 249

Jeffrey Murphy

Remorse, Apology, and Mercy 278

Ute Frevert

Vom Schutz religiöser Gefühle: Rechtspraxis und -theorie
in der Moderne 321

Dieter Birnbacher

Moralische Anstößigkeit als Begründung staatlichen
Strafens 348

V. Rechtsgefühle in Literatur, Gerichtsrede und Film

Ingrid Kasten

Recht und zorn im *Rolandslied* 375

Marcel Humar

Die Reue von Richtern in der attischen Gerichtsrede.
Rhetorische Strategien der Sanktionierung durch Gefühle 401

Matthias Grotkopp

Risse in der Landkarte der Moral im Westerngenre.
Rechtsgefühle und ambivalente Gewalt in Clint East-
woods *Unforgiven* 423

Zu den Autorinnen und Autoren 451

Danksagung 456

I. Einleitung

Der verkannte Zusammenhang von Recht und Emotion

Was haben Recht und Emotion miteinander zu tun? Zwischen Recht und Emotion gibt es systematisch interessante und in hohem Maße aufklärungsbedürftige Zusammenhänge. Allerdings sind diese im Recht, in der Philosophie und in den Wissenschaften bisher weitgehend verkannt worden. In der angloamerikanischen Forschung wurde in den letzten fünfundzwanzig Jahren ein eigenständiger Forschungsbereich »Law and Emotion« mit den entsprechenden institutionellen Schwerpunkten und Zeitschriften aufgebaut. Dabei sind eine Reihe von Ergebnissen vorgelegt worden, die ein überraschendes Licht auf die Beziehung von Recht und Emotion werfen. In der deutschsprachigen Forschung hat demgegenüber die Rechtswissenschaft, ähnlich wie die Kriminologie und die Rechtssoziologie, bisher nur sporadisch Anschluss an die Emotionsforschung in den geistes-, sozial- und neurowissenschaftlichen Disziplinen gesucht. Erst in den letzten Jahren ist hier eine allmähliche Änderung festzustellen; zunehmend wird in der Forschung versucht, den lange verkannten Verbindungen zwischen Recht und Emotion angemessene Rechnung zu tragen. An diese Versuche, die historischen, kulturellen und systematischen Zusammenhänge zwischen Recht und Gefühl auch für die deutschsprachige Forschung zu erschließen, möchte der vorliegende Band anknüpfen und weitere Anregungen geben.

Um den Bezug zum Forschungsschwerpunkt »Law and Emotion« zu betonen, haben wir uns entschlossen, im Titel ebenfalls von »Emotion« und nicht von »Gefühl« zu sprechen, obwohl Letzteres von der Sache her nähergelegen hätte. »Gefühl« ist der weitere Begriff, der alle affektiven Phänomene einschließt, während mit »Emotionen« zumeist auf bestimmte Gegenstände ge-

richtete episodische Gefühle gemeint sind, d. h. solche, die akut gespürt werden. Dies schließt gewisse Phänomene aus wie etwa Gefühlsdispositionen und vor allem das, was in der deutschen Rechtstradition »Rechtsgefühl« genannt wird und einen Sinn für Gerechtigkeit, der auf das positive Recht bezogen ist, bezeichnet. Ganz abgesehen davon, dass die Frage, ob es sich beim Rechtsgefühl überhaupt um ein affektives Phänomen handelt, in der Forschung nicht einhellig bejaht wird, so handelt es sich beim Rechtsgefühl jedenfalls nicht um eine »klassische« Emotion. Gerade am Gegenstand des Rechtsgefühls zeigt sich, dass die verschiedenen Rechtssysteme und ihre Geschichte nicht nur zu unterschiedlichen Institutionen und rechtlichen Verfahren, sondern auch zu unterschiedlichen Forschungsschwerpunkten führen, denn »Rechtsgefühl« wird in der angelsächsischen Tradition kaum berücksichtigt.

Zudem ist aufgrund der zeitlichen und systematischen Unterschiede zwischen der angelsächsischen und kontinentalen Forschung die Verbindung von »Recht« mit dem Thema »Emotion« hierzulande wesentlich stärker erläuterungsbedürftig. Das »und« im Titel dieses Bandes, »Recht *und* Emotion«, hat System – es handelt sich nicht um eine Verlegenheitslösung, bei der zwei heterogene Dinge, Recht und Emotion, versuchsweise oder gar beliebig miteinander verbunden werden und bei der noch völlig offen ist, ob sich eine solche Verbindung überhaupt als sinnvoll und fruchtbar herausstellen wird. Bereits die Etablierung des Forschungsbereichs »Law and Emotion«, der sich mit den vielfältigen Bezügen zwischen beiden Sachgebieten befasst, ist ja ein Indiz dafür, dass eine systematische Kombination beider Themenbereiche aufschlussreich und produktiv ist. Und nicht zuletzt stellt die phänomenologisch orientierte Rechtsphilosophie seit langem solche Bezüge her.

Die Beziehungen zwischen Recht und Emotion sind komplex; ihre Verknüpfung ist auf verschiedenen Ebenen möglich, und sie ist zudem und vor allem sachlich geboten, wenn man einerseits das Recht, seine Geschichte, seine Theorie und Praxis, aber auch, wenn man andererseits bestimmte Emotionen wie Zorn, Scham oder Schuldgefühl verstehen will. Aus diesen Gründen handelt es

sich bei dem »und« in der Benennung dieses neuen Forschungsbereichs und im Titel dieses Bandes um ein anspruchsvolles Programm. Die Aufgabe des Forschungsschwerpunkts lässt sich systematisch mit folgenden Fragestellungen umreißen: Welche Arten der Verknüpfung von Recht und Emotion gibt es? Welche empirischen Bezüge lassen sich identifizieren und belegen? Welche Beziehungen bestehen zwischen den verschiedenen Ebenen der Verknüpfung von Recht und Emotion? Gibt es Kausalbeziehungen, begriffliche Beziehungen oder gar bestimmte Fundierungsverhältnisse zwischen ihnen? Selbstverständlich können die in diesem Band publizierten Texte diese Fragen nicht erschöpfend beantworten, doch sie tragen durch ihre unterschiedlichen Fallstudien und kontroversen Analysen zu ihrer Beantwortung bei.

Bevor wir die verschiedenen Aspekte des Themas etwas genauer skizzieren, sei betont, dass der vorliegende Band sich als ein interdisziplinäres Projekt mit einem Schwerpunkt in der Philosophie versteht. Der philosophischen Perspektive verdankt dieser Band seine Entstehung, die gleich zwei Wurzeln hat: Die Initiative zu seiner Herausgabe geht einerseits zurück auf eine Tagung der Gesellschaft für Neue Phänomenologie (GNP) zum Thema »Recht, Gefühl, Gerechtigkeit«, die im Frühjahr 2014 in Rostock stattfand. Als phänomenologische Gesellschaft ist der GNP an der Theorie der Phänomenologie ebenso wie an deren Anwendung gelegen, an einer Verbindung von Theorie und Praxis also, die von der Sache her notwendig interdisziplinär vorgehen muss, dabei aber aus der Philosophie ihre Orientierung bezieht. Andererseits – und dies ist die zweite Wurzel – kann dieser Band auch als eine Art Spätfolge des Exzellenzclusters »Languages of Emotion« (2007–2014) an der Freien Universität Berlin angesehen werden, in dessen Rahmen sich 2011/12 einige Initiativen zusammenfanden, die den Zusammenhang von Recht und Emotionen in der geplanten zweiten Phase des Projekts untersuchen wollten. Aus diesem interdisziplinären Forschungskontext kommen immerhin mindestens fünf der an diesem ersten Band beteiligten Autor_innen.¹

¹ Dabei handelt es sich um Fabian Bernhardt, Matthias Grotkopp, Marcel

Die im Folgenden skizzierten Forschungsfragen, die neben dem gleichlautenden Forschungsbereich auch das »und« in unserem Titel genauer umreißen, können (und wollen) zwar ihre philosophische Herkunft nicht verleugnen, öffnen aber, so hoffen wir, zugleich das Feld für interdisziplinäre Forschungen. In aller Vorläufigkeit und Unabgeschlossenheit lassen sich die folgenden elf Schwerpunkte unterscheiden:

1. *Rechtsentstehung* und Emotionen
2. Recht, Emotion und die *Geltung* von Normen
3. Was sind *rechtsrelevante Emotionen* oder *Rechtsgefühle*?
4. Zum *Begriff des Rechtsgefühls*
5. Emotionen bei der *angemessenen Anwendung* von Normen
6. *Rechtliche Institutionen* außerhalb des positiven Rechts
7. *Rechtlich institutionalisierte Emotionen*
8. *Relationalität* der rechtsrelevanten Emotionen
9. Der Anteil der *Künste* an der Verknüpfung von Recht und Emotion
10. Emotionen und Recht in *historischer* Perspektive
11. *Die normative Frage*: Welche Rolle sollen Gefühle in der Rechtsprechung spielen?

Wir werden diese Schwerpunkte im Folgenden skizzieren und ihnen die Beiträge in diesem Band zuordnen, wobei diese wegen des systematischen Zusammenhangs der elf Fragen zumeist zu verschiedenen Bereichen beitragen.

Humar, Ingrid Kasten und Hilge Landweer. Ute Frevert stand als Direktorin des Max-Planck-Instituts für Bildungsforschung und als Leiterin des Forschungsbereichs »Geschichte der Gefühle« in einer engen Kooperationsbeziehung zum Cluster »Languages of Emotion« und baute am Max-Planck-Institut einen eigenen historischen Schwerpunkt »Recht und Emotionen« auf.

Zu 1. Rechtse~~nt~~stehung und Emotionen

Bis heute ist die Frage umstritten, welche Quellen das Recht hat. Am wenigsten Zustimmung in der Forschung erfährt der rechtspositivistische Standpunkt, wonach das Recht deshalb in Geltung ist, weil es »gesetzt« ist (»Gesetz«), aus diesem Gesetztsein seine Autorität bezieht und seine Geltung deshalb keinerlei weiterer Erklärung und Begründung bedarf. Die geringe Akzeptanz dieser Position kann zumindest im deutschsprachigen Raum als eine Folge der »legalen« Gesetzesänderungen durch den Nationalsozialismus angesehen werden, die den Rechtspositivismus desavouierte. Auch theologische Erklärungen und Begründungen, wonach Recht und Gesetz durch Gott gegeben und deshalb in Geltung sind, finden zunehmend weniger Anhänger. Erklärt man die Geltung von Recht und Gesetz schlicht mit »Gewohnheit« oder »Tradition«, so kann zwar eingeräumt werden, dass beide zweifellos eine wichtige Rolle in den allermeisten Rechtssystemen spielen – nicht zuletzt deshalb, weil jedes Recht auf ein gewisses Maß an Sicherheit und Stabilität angewiesen ist. Dennoch vermag man damit keineswegs die Ursprünge des Rechts zu erklären, denn wie, so lautet die Frage, ist das Recht entstanden, wie konnten Rechts-traditionen ausgebildet werden?

Die klassische gesellschaftstheoretische Antwort darauf lautet: durch Vertrag. Irgendwann zu einem heute nicht mehr durch Quellen zugänglichen Zeitpunkt der Geschichte erkennen die Menschen, dass sie ihre eigenen Interessen letztlich besser verfolgen können, wenn sie sich Normen geben, an die sich alle freiwillig binden, mit anderen Worten: denen sie sich unterwerfen, und zwar auch dann, wenn es ihrem unmittelbaren Eigeninteresse gerade nicht entspricht. Die Vertragstheorien von Hobbes bis Rawls verstehen sich mehr oder weniger als Gedankenexperimente, um Gesellschaftsgründung zu erklären. Sie setzen stets den Begriff eines mündigen Individuums voraus, das dem Vertrag zustimmen muss, sowie die Begriffe von Staat und Gesellschaft. Letztlich ist es danach die Einsicht, welche die Individuen dazu bewegt, dem Vertrag zuzustimmen und damit einen Teil ihrer Autonomie aufzugeben. Als Motiv kann zwar auch die Angst um die eigene

Sicherheit eine Rolle spielen, wie etwa bei Hobbes, aber hinzukommen muss jedenfalls die Erkenntnis, dass die eigenen Partialinteressen besser aufgehoben sind in einem Staat, der die Gleichheit vor dem Recht gewährleistet, als in einem gesetzlich nicht-regulierten Raum, in dem das Recht des Stärkeren gilt. Denn ohne diese Erkenntnis gibt es keinen Grund, sich dem Gesetz zu unterwerfen.²

Unter den Theorien zur Gründung des Rechts ist die breite Tradition des Naturrechts wohl immer noch dominant. Sie umgeht die aufgeworfenen Fragen der Entstehung konkreter Rechtssysteme, indem sie ein angeborenes, universalistisches Recht unterstellt, das unabhängig von spezifischen Rechtssystemen gilt und das sie als Quelle für Infragestellungen und Neubegründungen von Recht ansieht. Die Konstruktion eines Naturrechts stützt sich auf die Intuition ebenso wie auf die Erfahrung, dass wir in der Lage sind, geltendes Recht zu kritisieren, indem wir Gerechtigkeit in Anspruch nehmen, und dass dies, so die Annahme, zu allen Zeiten und in allen Kulturen so war. Wie sollte dies möglich sein, so die Naturrechtslehren, wenn die Quelle des Rechts nicht von Natur aus jedem angeboren zur Verfügung stünde? Dagegen lässt sich einwenden, dass auch die Intuitionen über Gerechtigkeit einem historischen Wandel unterliegen.

So reizvoll eine Diskussion der verschiedenen rechtstheoretischen Schulen an dieser Stelle auch wäre, wir müssen unsere Darstellung dessen, was in der Philosophie- und Rechtsgeschichte als jeweils unterschiedliche Quellen des Rechts angesehen wurde,

² Gegen solche Positionen hat Walter Benjamin entschieden darauf bestanden, dass Rechtsetzung nicht anders denn als ein gewaltsamer Akt verstanden werden muss, dass also neues Recht nur in einem Akt, der selbst nicht auf Recht beruht, ins Recht gesetzt werden kann. Recht, so Benjamin, kommt nie durch friedliche Vertragsschließung zustande; ihm geht stets ein (gesellschaftlicher) Kampf voraus. – Der Zusammenhang von Rechtsetzung und Gewalt wird bis heute auf sehr populäre Weise in Filmen, und zwar vor allem im Genre des Western, inszeniert. Welche filmästhetischen Einsätze dabei Zuschauererfahrungen gestalten, untersucht Matthias Grotkopp in diesem Band in seinem Beitrag »*Rise in der Landkarte der Moral im Westerngenre. Rechtsgefühle und ambivalente Gewalt in Clint Eastwoods Unforgiven*«, den wir weiter unten, unter 9., vorstellen.

hier abbrechen, denn wir können in diesem Rahmen selbstverständlich nicht auf die Plausibilität, die argumentativen Vor- und Nachteile dieser verschiedenen und zwangsläufig spekulativen Theorien der Entstehung des Rechts eingehen. Wir haben Rechtspositivismus, Vertrags-, Naturrechts- und andere Theorien kursorisch genannt, um darauf aufmerksam zu machen, dass die Gefühle in all diesen Konzeptionen entweder gar keine oder allenfalls eine motivierende Rolle spielen, wie etwa die Angst bei Hobbes.

Eine der grundlegendsten Thesen über die Verbindung von Recht und Gefühl lautet dagegen, unser Verständnis von Recht und Unrecht gründe letztlich in Gefühlen. Eine differenzierte Position zu dieser These entwickelt *Hermann Schmitz*, die er in seinem Beitrag über die »*Befreiung des Rechts aus der Introjektion*« in diesem Band skizziert. Etwas vereinfacht kann *Schmitz*' Überlegung dahingehend verstanden werden, ohne Gefühle sei kein Verständnis von Recht und Unrecht möglich. *Schmitz* geht in seinem Text von einem »Paradigmenwechsel« im 5. Jh. v. Chr. aus, der zu einer Spaltung der Welt in Innen- und Außenwelt und einer Spaltung des Menschen in Körper und Seele führte. Die so bewirkte Privatisierung des Erlebens schloss die Gefühle in einem für unzugänglich gehaltenen Innenraum, der Seele, ein (»Introjektion der Gefühle«). In diesem Zusammenhang sieht *Schmitz* auch die spätere Entstehung der Idee subjektiver Rechte, die das ursprünglich gemeinsame Recht gewissermaßen auf Individuen verteile. Auch Kant hat nach *Schmitz* an dieser Privatisierung, der »Introjektion« des Rechts, teil. Mit der Idee des subjektiven Rechts ist die Idee des Vertrages als Quelle von Recht und Gerechtigkeit verbunden; sie geht davon aus, dass die Vertragsschließenden ursprünglich eigene Rechte hatten, die sie an die gemeinschaftliche Instanz übertragen. Die Quelle des Rechts würde dann in den privaten Rechten liegen. *Schmitz* interpretiert den geschichtlichen Prozess der Rechtsentstehung genau andersherum: Ein gemeinsames Recht bildet sich in gemeinsamen Situationen aus, die er als »zuständlich« charakterisiert. In diesen Situationen habe das Recht seine Wurzeln, und zwar im Betroffensein von Scham und Zorn; es handelt sich dabei aber nicht um individuelle Emotionen, sondern um Gefühle, welche in der Gemein-

schaft geteilt werden. Für die Entstehung von Vorstellungen über Recht und Unrecht reiche es nicht aus, dass jemand zürne oder sich schäme, vielmehr müsse in einer Population ein Maß des unerträglich Empörenden oder Beschämenden gefunden werden.

Zu 2. Recht, Emotion und die Geltung von Normen

Die Frage, wie das Recht entstanden ist, verbindet sich eng mit der Frage, warum es in Geltung ist, in anderen Worten: warum Menschen sich an rechtlichen Normen orientieren. Erklärungsbedürftig ist dabei nicht die bloße Befolgung von Normen unter Zwang, sondern die freiwillige Anerkennung von rechtlichen und anderen Normen. Ohne eine eigene Bindung an die entsprechenden Normen könnte noch nicht einmal das Rechtssystem eines totalitären Staates in Geltung sein, denn anderenfalls würden die rechtlichen Normen unterlaufen, sobald sich eine Gelegenheit dazu böte. Ebenso wie jede Herrschaft der Akzeptanz bedarf, um aufrechterhalten werden zu können, so ist auch die Anerkennung von Normen gewissermaßen auf freiwillige Unterwerfung – weniger machttheoretisch formuliert: auf Selbstbindung – angewiesen, will sie nicht auf tönernen Füßen stehen. »Geltung« bedeutet hier die faktische Orientierung an Normen, nicht – wie in der kantischen und analytischen Tradition – die Begründung oder begründete Gültigkeit von Normen. Die Frage, die – nicht nur – die Phänomenologie aufwirft, ist die, ob die Selbstbindung an Normen ausschließlich auf rationaler Einsicht beruht.

Die Auffassung, wonach die Selbstbindung an Normen der Gefühle als motivierende Kraft bedarf, vertreten zwei Beiträge in diesem Band. Die Frage der Bindung an Normen wird in der Rechtsphilosophie von *Hermann Schmitz* untersucht, in seinem Beitrag zu diesem Band aber nur am Rande berührt. An seine Analysen anschließend weist *Hilge Landweer* in ihrem Beitrag »*Ist Sich-gedemütigt-Fühlen ein Rechtsgefühl?*« auf den sanktionierenden Charakter der Gefühle Scham, Schuldgefühl, Zorn und Empörung hin. Während die ersten beiden Emotionen Übertretungen von Normen signalisieren, die der Fühlende selbst über-

schritten hat, an die er sich aber zumindest ambivalent gebunden fühlt, sanktionieren Zorn und Empörung die Normverstöße anderer. Dass es überhaupt zu einer Normenbindung kommt, ist nach *Schmitz* in der Autorität der genannten Rechtsgefühle begründet. *Landweer* betont, dass neben den sanktionierenden Rechtsgefühlen ein weiteres affektives Phänomen berücksichtigt werden muss, nämlich die positive Bindung an eine Rechtsgemeinschaft, da ohne solche Verbundenheit weder Entstehung noch Geltung eines gemeinsamen Rechts verstanden werden können, geht es doch letztlich darum, dass in einer Rechtsgemeinschaft ein »Maß des unerträglich Empörenden« (*Schmitz*) gefunden werden muss, und dies geschieht in gemeinsamen Situationen. Am Maß des unerträglich Empörenden, das sich in den geteilten emotionalen Haltungen in Bezug auf Unrecht zeigt, orientiert sich das gesetzte Recht, und in diesem Sinne ist nicht nur seine Entstehung, sondern auch seine Geltung auf Gefühle angewiesen. – *Schmitz* differenziert in seinem Beitrag zwischen Kernnormen und Randnormen des Rechts. Nur Ersterer sind in Scham und Zorn gegründet, während Randnormen sich auf Probleme beziehen, die auf unterschiedlichen Wegen gelöst werden können, aber geregelt werden müssen, wie etwa die Regeln der Straßenverkehrsordnung. Diese Normen gelten dann lediglich kraft verbindlicher Setzung, während ihr spezifischer Inhalt rechtlich gleichgültig und deshalb in seiner Geltung nicht auf Gefühle angewiesen ist.

Schmitz stellt einen engen sachlichen Zusammenhang von Fragen der Rechtsentstehung und -geltung (im Sinne seiner faktischen Anerkennung) über den Begriff der Autorität der Gefühle her. Auf dem Hintergrund dieser wie auch jeder anderen Rechtslehre ist es sicherlich sinnvoll, die Frage der Begründung des Rechts gesondert zu behandeln. Dabei stehen, wie wir am Ende dieser Einleitung skizzieren, unterschiedliche Auffassungen von Rationalität zur Debatte.

Zu 3. Was sind rechtsrelevante Emotionen oder Rechtsgefühle?

Als Rechtsgefühle (im Plural) werden üblicherweise vor allem Zorn, Empörung, Schuldgefühl und bestimmte Formen von Scham verstanden, oft auch Reue und Achtung. Was genau macht sie zu Rechtsgefühlen, welche Rolle spielt jede einzelne dieser Emotionen im Recht oder für das Recht? Da die oben genannten Emotionen genau die Gruppe derjenigen Gefühle bezeichnen, die auch als »moralische« Gefühle aufgefasst werden und mit den Rechtsgefühlen deckungsgleich sind, sprechen manche etwas vorsichtiger von »rechtsrelevanten« Emotionen, um mit dem Begriff »Rechtsgefühle« nicht – möglicherweise irreführende – Vorstellungen bestimmter Rechtstheorien aufzurufen, aber auch, um nicht zu suggerieren, »Rechtsgefühle« seien etwas ganz anderes als moralische Gefühle. Dass moralische Gefühle dagegen »rechtsrelevant« sein können, scheint weniger problematisch. Die einzelnen Elemente der Kategorie, die als »rechtsrelevant« oder als »Rechts«-Gefühle bezeichnet werden, stimmen aber, soweit wir sehen, überein.

In seinem Beitrag »*Remorse, Apology, and Mercy*« untersucht *Jeffrie G. Murphy* die Phänomene von Reue und moralischer Entschuldigung (*apology*), ihre Rolle bei der Charakterbewertung und insbesondere die Rolle, die eine solche Charakterbewertung für die Gewährung rechtlicher Gnade spielt. Dazu werden eine Reihe historischer Beispiele vorgestellt. Verschiedene Arten von Reue werden durch die Frage zu unterscheiden versucht, ob es in ihnen primär um den Ausdruck wahrhaftig empfundener Schuldgefühle oder aber vor allem um die reuevolle Übernahme der Verantwortung für die jeweiligen Unrechtstaten geht, die laut *Murphy* in Extremfällen wie Vergewaltigung und Mord die Frage aufwerfen, ob hier eine angemessene Form von Buße überhaupt zu tun und Versöhnung zu erreichen sei. Kritisch betrachtet wird in diesem Zusammenhang die Beziehung zwischen gehaltvoller Reue, die ihren Namen verdient, und der gegenwärtigen »neuen Entschuldigungskultur«. Detailliert untersucht werden Bedeutung und Funktion von Reue für drei wesentliche Rechtfertigungen rechtlicher Bestrafung – Abschreckung, Resozialisierung und Vergel-

tung. Dabei kommt *Murphy* insgesamt zu einem skeptischen Ergebnis, da insbesondere bei Gerichtsprozessen stets die Möglichkeit der Vortäuschung angeblicher Reue gegeben ist. Bei Begnadigungsentscheidungen ist die epistemische Situation nach *Murphys* Auffassung in der Regel besser, weil dort eine zuverlässigere Beurteilungsgrundlage durch die für sie einschlägigen Belege etwa in Form von psychologischen Gutachten vorhanden ist. Schließlich untersucht *Murphy* die Rolle von Entschuldigungen für richterliche Gnade, wobei seine Beurteilung ähnlich skeptisch ausfällt wie im Fall der Reue, was nicht zuletzt darauf zurückzuführen ist, dass ernstzunehmende Entschuldigungen nach *Murphy* aufrichtige Reue einschließen sollten.

In ihrem Beitrag »*Schuld ohne Vorwerfbarkeit. Warum der moralische Schuldbegriff auf viele Schuldphänomene nicht passt*« geht es *Maria-Sibylla Lotter* um den Nachweis, dass es sowohl viele historisch bedeutsame als auch gegenwärtig wichtige Schuldphänomene gibt, die durch den modernen moralischen Schuldbegriff nicht angemessen erfasst werden, da dieser »Schuld« stets im Sinne von Vorwerfbarkeit versteht: Individuen können nur aufgrund von eigenem, selbstkontrollierten Tun und Lassen schuldig werden. Diese Auffassung ist juristisch zwar sinnvoll, aber moralisch wird durch sie ein erstaunlich weites Spektrum von Schuldphänomenen verdeckt, die sich nicht auf Vorwerfbarkeit reduzieren lassen, wie etwa Phänomene der »Privilegienschuld« oder »Kollektivschuld«. Die mit ihnen verbundenen Schuldgefühle können nur als »irrational« oder »unberechtigt« beschrieben werden, wenn der Begriff der Schuld nicht erweitert wird. Ziel einer solchen Begriffserweiterung ist es, angemessener auf diese Formen von Schuld reagieren und sie besser bewältigen zu können. Manche Opfer nationalsozialistischer Verbrechen betonen etwa, es sei für sie wichtig zu vergeben, weil sie selbst durch die Ungesühntheit der nationalsozialistischen Verbrechen ein Bedürfnis nach Reinigung und Heilung verspüren. Aber auch viele andere Formen von Schuldgefühlen, die keineswegs auf vorwerfbarer Schuld beruhen, gilt es nicht nur psychologisch, sondern auch moralisch und begrifflich ernst zu nehmen. Auffällig ist dabei, dass es sich dabei oft um Schuldformen handelt, die auf einem kollektiven

Selbstverständnis beruhen und so eine Verbindung zu anderen ausdrücken, die nur sehr begrenzt der eigenen Kontrolle unterliegt (Familie, Zugehörigkeit zu einer Gesellschaft etc.). Hier führt die Reduktion des Schuldbegriffs auf Vorwerfbarkeit zu einem latent schlechten Gewissen, das wegen seiner Latenz einer Aufarbeitung entgegensteht.

Wie auch immer man die Gruppe der Rechtsgefühle bezeichnet und genauer charakterisiert, so wirft sie doch jedenfalls die Frage auf, ob die genannte Liste vollständig ist. *Hilge Landweer* schlägt in ihrem Beitrag »Ist Sich-gedemütigt-Fühlen ein Rechtsgefühl?« eine Erweiterung dieser Reihe vor. Gibt es gute Gründe, das Sich-gedemütigt-Fühlen überhaupt als eine eigens zu benennende, distinkte Emotion zu verstehen? *Landweer* geht davon aus, dass es sich dabei um ein Ohnmachtsgefühl handelt, das durch Demütigung ausgelöst wird, aber sich von dem, wie Ohnmacht bei anderen Anlässen erlebt wird, grundlegend unterscheidet. Sie beschreibt die spezifische Leiblichkeit dieses Gefühls als ein Changieren zwischen massiver Engung (durch die gespürte Erniedrigung) und vergeblichen Weitungversuchen (die sich gegen das erlebte Unrecht richten), wodurch die Engung noch verstärkt wird, und grenzt das Sich-gedemütigt-Fühlen von Beschämung, Scham und Empörung ab. Ausgehend von einer Bestimmung der Rolle von Rechtsgefühlen, nämlich auf einen Ausgleich im Rechtsraum abzielen, der durch das Vergehen verletzt wurde, wird insbesondere die Rolle des Publikums für dieses hier neu beschriebene Rechtsgefühl hervorgehoben.³

Zu 4. Zum Begriff des Rechtsgefühls

In der Rechtsgeschichte spielt der Begriff des Rechtsgefühls vor allem im 19. und bis in die 30er Jahre des 20. Jahrhunderts eine bedeutende Rolle, er wird aber – nachdem nach der Katastrophe des Nationalsozialismus lange Zeit eine eher rationalistische Ori-

³ Auf die damit angesprochene Relationalität von Rechtsgefühlen wird weiter unten unter Punkt 8 näher eingegangen.

entierung in der Rechtswissenschaft bestimmend war – neuerdings in der Rechtsphilosophie wiederentdeckt. Der Ausdruck wird in verschiedenen Bedeutungen verwendet:

1. wird er im Sinne des im vorangegangenen Abschnitt skizzierten Plurals, der Rechtsgefühle, als Oberbegriff für die einzelnen Rechtsgefühle verwendet, welche für das Recht relevant sind: Schuldgefühl, Scham, Zorn, Empörung, Achtung, Reue wären in diesem Sinne jeweils ein Rechtsgefühl.

2. wird »Rechtsgefühl« als Oberbegriff für alle rechtlichen Vor-gefühle, d. h. für Gefühle, die es ermöglichen, einer Störung des Rechtsraums vorzubeugen, verwendet, etwa für warnende Scham oder für Achtung vor dem Recht. Diese Verwendung findet sich bei *Schmitz* wie auch die hier skizzierte begriffliche Differenzierung.

3. wird der Ausdruck für ein spezifisches Rechtsgefühl verwendet, das eine allgemein verbreitete Fähigkeit zur Dosierung, zum Abwägen und zum Ausbalancieren meint, wenn es um »richtig« und »falsch« geht. In dieser Bedeutung ist der Begriff dem des Gerechtigkeitsgefühls verwandt, aber vielleicht direkter als dieses auf das Recht bezogen.⁴

4. wird »Rechtsgefühl« auch für eine spezifische Fähigkeit von Jurist_innen und speziell Richter_innen verwendet, die es erlaubt, in der Rechtsanwendung die Fälle elegant mit den Vorgaben des positiven Rechts zu vereinbaren und in angemessener Weise zu behandeln. Dieses spezifisch professionell ausgebildete und kultivierte Rechtsgefühl wird auch »Judiz« genannt und dürfte eng mit der Kompetenz verwandt sein, die Philosoph_innen als »Expertentuition« bezeichnen.

Die Abfolge der verschiedenen Begriffsvarianten geht von einem sehr weiten Begriff (1.) bis hin zu einem sehr engen Verständnis (4.). Dabei ist der affektive Charakter des Rechtsgefühls

⁴ *Radbruchs* bekannte Bestimmung, als »Rechtsgefühl« sei die Befriedigung über die Verwirklichung und Durchsetzung des Rechts und Missstimmung oder Empörung über das Unrecht anzusehen, kommt dieser Auffassung, aber auch der 1. Bedeutungsvariante nahe, mit der sie sich aber auch nicht ganz deckt, weil *Radbruch* das Rechtsgefühl – wohl wegen der Befriedigung, die es seinem Träger verschafft – als »selbstbezügliches« Rechtsgefühl bezeichnet.

im Sinne von 3 und 4 durchaus strittig; manche Autor_innen verwenden den Ausdruck synonym mit »Rechtsbewusstsein«. Das Rechtsgefühl im 3. und 4. Sinne wird zumeist als eine Art Sinn für Gerechtigkeit verstanden, als ein Gespür für Fragen von Recht und Gerechtigkeit, als eine Kompetenz, die das Rechtsgefühl in die Nähe einer intuitiven Urteilskraft oder einer bewährten Expertenintuition rückt. Zwar gestehen viele Autor_innen die affektive Wurzel des Sinns für Recht und Gerechtigkeit zu, doch scheint es auf der Hand zu liegen, dass es sich hier nicht um eine episodische Emotion handelt. Aber welche Bedeutung hat der Begriff dann? Und wie genau sind die »affektiven Wurzeln« zu rekonstruieren, von denen wir gerade sprachen?

Aus rechtssoziologischer Perspektive behandelt *Rainer Schützeichel* in seinem Beitrag »*Soziologie des Rechtsgefühls*« die komplexen Zusammenhänge, in denen der Begriff steht. Dazu gibt er einen historischen Überblick über Aspekte und Dimensionen des Rechtsgefühls, wobei er mit der sogenannten konjunkten, der positivistischen und der konstruktivistischen Position drei maßgebliche rechtssoziologische Traditionslinien vorstellt. *Schützeichel* unterscheidet eine Reihe von unterschiedlichen Funktionen von Rechtsgefühlen. Zentrale rechtsphänomenologische Positionen u. a. von Husserl, Scheler und Schmitz werden vorgestellt, bevor *Schützeichel* seine eigenen soziologischen Thesen zur Funktion von Rechtsgefühlen entwickelt, die sich kritisch sowohl von der älteren Rechtssoziologie als auch von der Rechtsphänomenologie absetzen. Dieser Sicht zufolge bleibt zwar der konstitutive Entdeckungszusammenhang von Recht und Rechtsgefühlen gewahrt, nicht jedoch der Begründungszusammenhang. Im Gegensatz zur phänomenologischen Auffassung, wie sie sich bei *Schmitz* und *Landweer* findet, argumentiert *Schützeichel* dafür, dass die Verbindlichkeit und Geltung von Rechtsnormen nicht auf eine wie auch immer näher zu bestimmende Evidenz von Rechtsgefühlen gegründet werden können, sondern aus sich selbst heraus begründet werden müssen. Dass Rechtsgefühle dennoch auch ein notwendiges normatives Korrelat der Ausdifferenzierung des Rechts bilden, wird dabei von *Schützeichel* ausdrücklich anerkannt.

Zu 5. Fragen der *angemessenen Anwendung* von Normen

Die Frage nach der Angemessenheit von Normenanwendung, ein in der Rechtswissenschaft breit behandeltes Thema, betrifft unterschiedliche Teilfragen. Erstens geht es darum, wie man erkennen kann, ob ein gegebener Sachverhalt rechtlich überhaupt relevant ist und ob er unter eine bestimmte rechtliche Norm fällt oder nicht. Wie muss die Wahrnehmung beschaffen sein, um dies erkennen zu können? Welche Rolle spielen Gefühle bei der Bewertung von Situationen? Zweitens bezieht sich die Frage aber auch auf die Angemessenheit der logisch-rechtlichen Subsumtionsregeln für bestimmte lebensweltliche Probleme: Manches mag rechtens, aber trotzdem rechtlich unangemessen sein, etwa wenn die Mörderin ihres Ehemannes Witwenrente bezieht – so eines der Beispiele, die *Julia Hänni* in ihrem Beitrag »*Phänomenologie der juristischen Entscheidung. Zur Bedeutung des Gefühls in der praktisch-juristischen Argumentation*« behandelt. Auch hierbei gilt es zu klären, woher das bewertende Vermögen seine Sicherheit im Urteil bezieht. Und drittens steht in jedem einzelnen Strafprozess die Angemessenheit des Strafmaßes für das jeweilige Delikt zur Debatte. Nach Auffassung von *Hermann Schmitz* entwickelt, wie skizziert, jede Rechtsgemeinschaft ein »Maß des unerträglich Empörenden«, bei dessen Überschreitung ein Ausgleich im Rechtsraum durch die Strafe hergestellt werden soll. Deren Bemessung hat einen starken Bezug zum Maß der geteilten Empörung, so wie sie sich im Strafgesetzbuch niedergeschlagen hat, sie kann aber nicht auf die einzelnen Gefühle der Individuen einer Rechtsgemeinschaft zurückgeführt werden.

Entscheidend bei der Anwendung von rechtlichen Normen ist die intuitive Urteilkraft. Dies zeigt *Julia Hänni* in ihrem rechtswissenschaftlichen Beitrag auf, der die Rechtstheorie mit Anwendungsfragen verbindet. *Hänni* untersucht, gestützt auf eine phänomenologische Sicht der Wahrnehmung, in ihrem Beitrag die Frage, inwieweit im rational-logischen System rechtlicher Entscheidungsfindung Emotionen eine Rolle spielen: Sind sie hilfreich oder gar unerlässlich für juristische Entscheidungen? Oder gefährden ganz im Gegenteil Gefühle in der Rechtsanwendung

die Objektivität einer Entscheidung? Damit sind zentrale normative Fragen⁵ einer emotionstheoretisch aufgeklärten Rechtsphilosophie angesprochen. *Hänni* geht von der phänomenologisch gestützten Erkenntnis aus, wonach die Wahrnehmung selbst emotionale Erkenntnis- und Bewertungsvorgänge enthält, und erschließt mit dieser theoretischen Perspektive den Prozess der Einschätzung einer rechtsrelevanten Sachlage und der gerichtlichen Entscheidungsfindung anhand von konkreten Fällen. Gerade bei schwierigen Auslegungsfragen im Recht wird deutlich, dass die Kompetenz einer primär intuitiven Wertung die juristische Urteilskraft wesentlich prägt. Die phänomenologische Betrachtung der Rechtsanwendung macht, so *Hänni*, die Offenheit eines Rechtssystems für außerrechtliche Wertmaßstäbe deutlich und stellt zugleich die Wertungskompetenz der Rechtsanwender als Grundpfeiler der Normativität einer Rechtsordnung dar.

Ob die juristische Urteilskraft oder die einschlägige juristische Expertenintuition tatsächlich als affektives Vermögen zu verstehen ist, bleibt nicht nur innerhalb der Rechtswissenschaft weiterhin umstritten. Oft wird dieses Vermögen mit dem Begriff des »Rechtsgefühls« oder »Rechtsbewusstseins« identifiziert, auf dessen unterschiedliche Bedeutungsvarianten wir oben unter 4. eingegangen sind.

Zu 6. *Rechtliche Institutionen außerhalb* des positiven Rechts

Außerrechtliche oder quasi-rechtliche Institutionen weisen oft in besonderer Weise auf den Zusammenhang von Recht und Emotionen hin. Dies gilt etwa für die Rache, aber auch für andere Institutionen im weitesten Sinne wie Vergebung und Versöhnung.

Rache kommt in sehr unterschiedlichen gesellschaftlichen Kontexten vor und bedarf deshalb einer differenzierten Bewertung. Während sie in manchen traditionalistischen Gesellschaften ohne verschriftetes Rechtssystem oft in einer Weise ritualisiert

⁵ Vgl. unten »Zu 11. **Die normative Frage:** Welche Rolle sollen (welche) Gefühle in der Rechtsprechung spielen?«.

war, die zu einem tatsächlichen Ausgleich zwischen Täter und Opfer führte und so die rechtliche Aufgabe der Vergeltung erfüllte,⁶ nimmt sie später in der Geschichte eine Rolle ein, die mit der Rechtsprechung der Zentralgewalten konkurriert. Dabei konkurrieren auch unterschiedliche Ordnungen von Rechtsgefühlen: Während – folgt man *Schmitz* – in den staatlich verankerten Rechtssystemen die Vergeltung als Strafe nicht unmittelbar Maß nimmt an Zorn und Scham, sondern an den zugehörigen Vor-gefühlen, insbesondere am Rechtsgefühl im engeren Sinne, so ist die Vergeltung als Rache unmittelbar aus den rechtlichen Hauptgefühlen Scham und Zorn motiviert. Ohne die feine Austarierung durch das Rechtsgefühl steht die Rache in Gefahr, das Unheil fortzupflanzen oder sogar zu verschlimmern, wenn ein zweites, überbietendes Verbrechen erneuten Zorn weckt.⁷ Doch auch in Gesellschaften mit staatlichem Recht ist die Ablehnung der Rache durch die Rechtsgemeinschaft keineswegs eindeutig; oft wird die Schwäche des bestehenden Rechtssystems als Legitimation für Akte der rächenden Selbstjustiz angeführt. Rache bestimmt bis heute das kulturelle Imaginäre und wirkt nicht nur in vielen Alltagsfantasien, sondern auch in privatem, nicht strafbarem Handeln in modernen Gesellschaften.

Fabian Bernhardt möchte in seinem Beitrag »*Was ist Rache? Versuch einer systematischen Bestimmung*« die Struktur der Rache zunächst unabhängig von ihrer normativen Bewertung beschreiben. Ausgehend von der Eindeutigkeit, mit der Achills Demütigung des Leichnams von Hektor ebenso wie die Erschießung des mutmaßlichen Mörders ihrer Tochter durch Marianne Bachmaier im Lübecker Schwurgericht 1981 gleichermaßen als Rache identifiziert werden können, entwickelt *Bernhardt* eine These zur allgemeinen Struktur der Rache. Er fasst Rache als eine Relation auf, die in der Polarität von Handeln und Erleiden gründet und durch

⁶ Die verschiedenen gesellschaftlichen Formen der Rache untersucht Marcel Hénaff: *Der Preis der Wahrheit. Gabe, Geld und Philosophie*, Frankfurt a. M. 2009, S. 330–348.

⁷ Vgl. Hermann Schmitz: *Der Rechtsraum* (= System der Philosophie, Bd. III,3), 2. Aufl. Bonn 1983, § 191 b): Rache und Strafe, S. 401.

Unversöhnlichkeit gekennzeichnet ist; als Vergeltung können keinerlei positive Kompensationen etwa durch materiellen Ausgleich dienen. Die polare Struktur ist durch eine charakteristische Dopplung in der Zeit gekennzeichnet: Während zuerst Subjekt X handelt und Subjekt Y erleidet, handelt nach einer gewissen zeitlichen Differenz, in der das Geschehen in der Erinnerung lebendig gehalten wird, nunmehr das Subjekt Y, während das Subjekt X diesen zweiten Akt erleidet. Handlungen, die Rache provozieren, sind durch eine besonders krasse Asymmetrie von Verletzen und Verletztwerden gekennzeichnet, die vom Opfer als ein unerträgliches Ungleichgewicht und Unrecht empfunden wird und nach Ausgleich verlangt. Was dabei als Unrecht wahrgenommen wird, ist von den Werten und Normen des historisch-kulturellen Umfeldes abhängig. Wegen der Verbindung des Unrechtsgefühls mit einem tief erlittenen, leiblich verankerten Schmerz ist die eigene subjektive Perspektive in der Rache absolut. Die Verletzungen, die sie motivieren, sind, so *Bernhardt*, durch eine affektive ebenso wie durch eine normative Dimension gekennzeichnet.

Auf der Skala derjenigen Institutionen, die auf einen Ausgleich des durch ein Unrecht gestörten Rechtsraums abzielen, repräsentiert die Rache ein Extrem, während die Etablierung eines staatlichen Rechtssystems mit seinen Strafen gewissermaßen die Mitte bildet und neue quasi-rechtliche Institutionen im engeren Sinne wie etwa Wahrheits- oder Versöhnungstribunale ein milderes Extrem mit einer modifizierten Rolle von rechtsrelevanten Emotionen darstellen. Diese angesichts besonders schlimmer und politisch folgenreicher Verbrechen neugeschaffenen Institutionen sollen ein vorhersehbares Entstehen von neuem Unrecht und entsprechend erneuter Empörung verhindern, wie es etwa durch kollektive Racheakte geschehen könnte, besonders wenn eine angemessene Vergeltung etwa durch Strafe durch die Unermesslichkeit der Verbrechen kaum möglich erscheint. Hier geht es um schwer traumatisierte Opfer, die in vielen Fällen aber auch selbst Täter waren. Da die in diesen Tribunalen zur Rechtsprechung eingesetzten Personen als ausgebildete Jurist_innen zumeist von außen kommen und die Rechtskultur der Opfer zusammengebro-

chen ist, ohne dass sich bereits eine neue gebildet hätte (deshalb spricht man hier von *transitional justice*), treffen hier oft zwei verschiedene Rechtskulturen aufeinander. Bei den verhandelten Verbrechen wie Völkermord, Massenvergewaltigungen und Folter ist oft fraglich, ob es überhaupt zu einem Ausgleich der Emotionen und zu einer Befriedung des zerstörten Rechtsraumes kommen kann.

Susanne Karstedt untersucht in ihrem Beitrag »*Emotions, Truth and Justice: Shared and Collective Emotions in Transitional Justice*« die Bedeutung und Wirkung verschiedener Emotionen von Opfern und Tätern bei einer Reihe von Prozessen und Praktiken, die darauf abzielen, schwere Verbrechen einer gewaltsamen und oft diktatorischen Vergangenheit eines Staates nach einem einschneidenden gesellschaftlichen Umbruch aufzuarbeiten und für eine neue Befriedung des Gemeinwesens nutzbar zu machen. Sehr unterschiedliche bekannte Beispiele dieser *transitional justice* sind die Nürnberger Prozesse gegen NS-Kriegsverbrecher (1945–49) und die sogenannten Wahrheits- und Versöhnungskommission in Südafrika (1994–98). Schwerpunkt von Karstedts Untersuchung ist die Emotionsdynamik von Verfahren einer *transitional justice*, vor allem der Mechanismen, die sowohl die Emotionen zwischen Individuen als auch die innerhalb von Kollektiven steuern. Dazu wird ein theoretischer Rahmen entwickelt, in dem das Teilen von Emotionen als eine Verknüpfung zwischen individuellen und kollektiven Prozessen fungiert. Karstedt gibt einen Überblick über einschlägige Untersuchungen, die den emotionalen Einfluss von Verfahren einer *transitional justice* auf individuelle und kollektive Emotionen belegen. Ihre Analyse auf der Grundlage des Teilens von Emotionen berücksichtigt insbesondere den spezifischen rechtlichen Rahmen und die Probleme, die aus geteilten Traumata und Schuld entstehen, aber ebenso die Aussichten auf emotionale Entlastung und Befriedung sowie auf das emotionale Klima in dem jeweiligen Gemeinwesen. Entgegen mancher Hoffnungen legen bisherige empirische Untersuchungen nicht nahe, dass Verfahren einer *transitional justice* dieses emotionale Klima in der im Aufbau befindlichen neuen Gesellschaft im Allgemeinen positiv beeinflussen können.

Zu 7. Rechtlich institutionalisierte Emotionen

Die Überlegungen *Bernhardts* zur Rache lassen sich mit einer weiteren emotionswissenschaftlichen Idee verbinden. Denkt man an die Form der Blutrache, die sich über mehrere Generationen fortsetzt und ganze Familienclans ausrotten kann, so stellt sich aus moderner Sicht die Frage, wie es möglich ist, Rachegefühle ohne eigene Betroffenheit von dem ursprünglichen Verbrechen über Generationen hinweg aufrechtzuerhalten. Während *Bernhardt* hier auf die zentrale Rolle von Narrationen und gesellschaftlichem Imaginären verweist, kann diese Erklärung mit der Idee verbunden werden, dass manche Gefühle einen durchaus institutionalisierten Charakter haben und keineswegs einfach spontan auftreten, sondern als Dispositionen aufrechterhalten und bei Bedarf aktualisiert werden können, oft aber auch durch institutionelle Arrangements sorgsam erzeugt werden. Verfestigte und verfestigende Elemente von Emotionen finden sich nicht nur in der Etablierung von Familienlegenden und Heldenepen über geschenes und gerächtes oder vergoltenes Unrecht wie dem »Rolandslied«, das *Ingrid Kasten* in mediävistischer Perspektive in ihrem Beitrag zu diesem Band untersucht, sondern auch in Architekturen und sogar in Verfahrensordnungen: Die typischen Architekturen von Gerichtsgebäuden sollen einschüchtern und Angst, aber auch Achtung vor dem hohen Gericht bewirken. Verfahrensordnungen geben z. B. dem »letzten Wort« des Angeklagten in festgelegter Form Raum; dies ist die Stelle, wo Scham-, Schuld- und Reuebekenntnisse erwartet werden. Auch wenn man die Authentizität dieser Bekenntnisse aus guten Gründen bezweifeln kann,⁸ so setzt ein Ausbleiben der entsprechenden Bekenntnisse doch jedenfalls ein interpretationsbedürftiges Zeichen. Allerdings bleibt noch zu untersuchen, welche Emotionen durch unterschiedliche Rechtssysteme mit ihren jeweiligen Verfahrensordnungen oder sonstigen Mitteln erzeugt werden und welchen Einfluss sie im Einzelnen auf die Rechtsprechung ausüben. Ob dabei tatsächlich bestimmte Emotionen quasi institutionell erzeugt werden, ließe

⁸ Vgl. dazu den Beitrag von *Murphy* in diesem Band.

sich beispielsweise durch einen Vergleich der typischerweise im adversatorischen und im inquisitorischen Recht⁹ erzeugten Emotionen untersuchen.

Eine ganz andere Art von Kontrast, der ebenfalls den institutionalisierten Charakter mancher Emotionen verdeutlichen kann, ermöglichen historische Analysen. Dies zeigt *Ingrid Kasten* in ihrem Beitrag »*Recht und zorn im Rolandslied*«. Sie untersucht das Rolandslied, das etwa um 1170 entstanden ist, mit kritischem Blick auf *Norbert Elias'* These von der zunehmenden Kontrolle von Emotionen im Zivilisationsprozess und macht am Beispiel des Herrscherzorns deutlich, dass es sich hierbei um eine sorgsam kalkulierte Inszenierung handelt. Während in der christlichen Religion der Zorn einerseits als Todsünde mit der Tugend der Demut kontrastiert und negativ bewertet wird, erscheint er andererseits als ›Zorn Gottes‹ gut und gerecht. Ihm ähnelt der Herrscherzorn, die *ira regis*, die wie der Zorn Gottes Konflikte zu regulieren vermag. Zorn wird im Rolandslied in einigen Szenen direkt angesprochen, und die Angemessenheit der Affektäußerung wird sogar zwischen dem König und seinen Vasallen ausdrücklich ausgehandelt. Dem blinden Kampfesorn wird dabei der kontrollierte Herrscherzorn entgegengestellt, der situationsgerecht und strategisch wohl berechnet zu Zwecken der Stabilisierung der Macht und des Rechts vom Herrscher eingesetzt wird. Legitimiert durch den übergeordneten Maßstab der Religion wird der Herrscherzorn zum Anzeichen des (schriftlich fixierten) Gesetzes des Herrschers gegenüber dem überkommenen Gewohnheitsrecht der untergeordneten Vasallen; der Zorn des Herrschers wird damit selbst zu so etwas wie einem Rechtsinstitut.

Eine andere Art der institutionellen Verankerung von Gefühlen findet sich direkt im Gesetz, so wenn einige wenige Emotionen in Rechtsprechung und Gesetz auch heute noch als schüt-

⁹ Das adversatorische Rechtssystem, das im angelsächsischen Raum in Geltung ist, wird dominiert von der Auseinandersetzung der streitenden Parteien, von Anklage und Angeklagten, während im inquisitorischen Rechtssystem, das in Deutschland gilt, die Verfahren stärker durch den Richter bestimmt sind, der z. B. die Zeugen benennt und befragt. Im adversatorischen Recht werden sie dagegen von den Parteien ausgewählt und primär von ihnen befragt.

zenswertes Gut benannt werden. Dies galt bis vor kurzem etwa für religiöse Gefühle, deren umstrittene rechtliche Verankerung *Ute Frevert* in historischer Perspektive untersucht.¹⁰ Aber auch negative Gefühle werden im Recht als ahndungswürdig fixiert, wenn ihre Provokation verboten ist und mit Strafe belegt wird. So wird etwa (moralische) »Anstößigkeit« rechtlich verfolgt, was *Dieter Birnbacher* in seinem Beitrag über das Verbot des Geschwisterinzests untersucht und begrifflich aufklärt.

Zu 8. *Relationalität* der rechtsrelevanten Emotionen

Die rechtsrelevanten Emotionen sind nicht zuletzt in ihren kausalen Konsequenzen und Wechselwirkungen untereinander stark verbunden; in diesem Sinne folgen sie einer Art ›Grammatik‹. Wechselwirkungen lassen sich in vier verschiedenen Hinsichten konstatieren:

1. im Sinne einer nicht-zufälligen Abfolge von bestimmten Emotionen in quasi-rechtlichen Institutionen wie etwa in der von *Fabian Bernhardt* in diesem Band beschriebenen Struktur von Handeln und Erleiden bzw. von Verletzen und Verletztwerden, bei der Rache. Ähnliches gilt für das Ritual der Entschuldigung: So kann eine Entschuldigung für einen Fehler einen Ausbruch von Zorn in seinem Ausmaß begrenzen oder gar ganz verhindern; nicht zuletzt aus diesem Grund nutzen Angeklagte die Möglichkeit zum »letzten Wort«, um mit einem Schambekennntnis ihre Richterinnen milde zu stimmen.¹¹ Auch eine überzeugende Demonstration von Reue kann die Empörung der Opfer und des Publikums über das begangene Unrecht erheblich dämpfen. Andererseits führt ein Auftreten der

¹⁰ Ihr Beitrag wird unten unter 10. vorgestellt.

¹¹ Vgl. *Murphy* über die heute in Gerichtsprozessen etablierte Praxis der Entschuldigung und *Humars* Erwähnung von Reuebekennntnissen in der Antike, beide in diesem Band, sowie Alexander Kozin/Hilge Landweer/Stefanie Rosenmüller: A phenomenological ethnography of shame in the context of German criminal law, in: *Empedocles: European Journal for the Philosophy of Communication*, 6: 1/2015, S. 57–75, bes. S. 66f.

Angeklagten vor Gericht, das dessen Regeln missachtet, etwa wenn sie den Richter_innen ins Wort fallen oder in anderer Hinsicht »unverschämt« sind, dazu, dass Beobachter_innen und Kläger_innen den Angeklagten eher die Verantwortung für die Straftat zutrauen.

2. Soziale Relationen, die für bestimmte Gefühlskonstellationen eine notwendige Bedingung bilden, kommen in den Blick, wenn *Landweer* die Struktur von Demütigung als eine vierstellige Relation (Täter – Opfer – anwesendes Publikum – Öffentlichkeit) beschreibt, die im Gefühl des Sich-gedemütigt-Fühlens vorausgesetzt werden muss. Auch die Rache setzt eine bestimmte Konstellation von Opfer und Täter voraus; Scham und Peinlichkeit können ebenfalls als vierstellige Relationen beschrieben werden.¹²
3. Die Phänomenologie des Leibes bietet eine weitere Beschreibungshinsicht für den Zusammenhang und die Abfolge bestimmter Gefühle an. Danach sind die in einer Situation Anwesenden durch leibliche Interaktion miteinander verbunden, was ermöglicht, mit eigenen Gefühlen auf die Gefühle anderer zu reagieren.¹³ Durch eine Analyse der leiblichen Interaktionen kann deutlich werden, worauf die in den ersten beiden Punkten skizzierten Zusammenhänge beruhen: die Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Gefühlen untereinander einerseits und andererseits die Relationen der sozialen Beziehungen, die für ein bestimmtes Gefühl vorausgesetzt werden müssen wie etwa die vierstellige Relation der Demütigung. Diese Konstellationen rufen bestimmte Gefühle wie eine Art sozialer ›Grammatik‹ hervor. Zugleich dynamisieren die Gefühle aber auch die sozialen Beziehungen. Hier öffnet sich ein weites Forschungsfeld, das auch in der Phänomenologie erst ansatzweise bearbeitet wird.

¹² Vgl. dazu Gabriele Taylor: *Pride, Shame and Guilt*, Oxford 1985.

¹³ Vgl. Hermann Schmitz: *Der Leib*, Berlin 2011; Hilge Landweer: Leibliche Interaktionen und gemeinsame Absichten, in: Marta Ubiali/Maren Wehrle (Hg.): *Feeling and Value, Willing and Action. Essays in the Context of a Phenomenological Psychology*, Phaenomenologica 216, Heidelberg/New York 2015, S. 263–291.

4. Schließlich lassen sich begriffliche Beziehungen zwischen den einzelnen Rechtsgefühlen untersuchen, etwa wenn die rechtlichen Hauptgefühle Scham, Schuldgefühl, Zorn und Empörung Überschreitungen von Normen anzeigen, die entweder der Fühlende selbst (Scham und Schuldgefühl) oder Andere (Zorn und Empörung) zu verantworten haben, und dies als begriffliche Struktur verstanden wird. Manche Autor_innen nutzen solche Zusammenhänge, um den Begriff der Moral im Unterschied zu dem des Rechts daran zu binden. So geht *Landweer* im Anschluss an *Schmitz* und *Tugendhat* davon aus, dass eine Norm für jemanden im moralischen Sinne gilt, wenn er oder sie sich bei deren Übertretung durch andere empört, bei entsprechenden eigenen Verstößen gegen diese Norm schämen und sich schuldig fühlen würde, sofern aus seinem Verhalten ein Schaden für andere entstanden wäre. *Murphy* etwa hält eine Entschuldigung eines Angeklagten nur dann für überzeugend, wenn er die Tat auch ernsthaft bereut, und deutet damit auf eine begriffliche Verbindung von ›rechtem‹ Schuldeingeständnis und Reue hin.

All diese Phänomene und Relationen weisen darauf hin, dass man Emotionen nicht einfach für sich allein hat, sondern dass man durch sie mit anderen verbunden ist. Welche Konsequenzen die Relationalität von Emotionen im Allgemeinen und von rechtsrelevanten Emotionen im Besonderen für die Theorie und Praxis der Rechtsprechung hat oder gar haben sollte, ist ein Forschungsfeld, das bislang kaum die ihm gebührende Beachtung gefunden hat.

Zu 9. Der Anteil der *Künste* (Literatur, Theater, Film, Musik etc.) an der Verbindung von Recht und Emotion

Gefühle sind nicht schlicht natürliche, universelle Phänomene. Beim Menschen sind Emotionen keine angeborenen Instinkte, sondern immer schon kulturell modelliert, nicht zuletzt deshalb, weil Menschen über Gefühle sprechen können und sie eine Be-

deutung haben, die sprachlich oder im weiteren Sinn symbolisch konstituiert ist. Dabei geht es nicht nur um die von unterschiedlichen Kontexten geprägten emotionalen Lexika, sondern ebenso um die emotionalen Codes, die insbesondere die großen Erzählungen über die entsprechend großen (und kleinen) Gefühle entwickeln, sich aber ebenso in allen anderen literarischen Genres einschließlich der Rhetorik vor Gericht, in Theater, Film und Musik auffinden lassen. Wenn bei der kritischen Untersuchung emotionaler Kodierungen auf die Normierung von Gefühlen abgehoben wird, so wird in der Forschung auch von »Gefühlsregimen« gesprochen. Alle symbolischen Formen, die Menschen ausgebildet haben, tragen dazu bei, Gefühle in jeweils spezifischer Weise zu gestalten und auszuformulieren. Dies gilt auch für die Rechtsgefühle, deren phänomenologisch beschreibbare Verlaufsgestalten medial aufgegriffen und mit künstlerischen Mitteln neu geformt werden.

Dies ist der theoretische Hintergrund von *Matthias Grotkops* filmwissenschaftlichem Beitrag »*Risse in der Landkarte der Moral im Westerngenre. Rechtsgefühle und ambivalente Gewalt in Clint Eastwoods Unforgiven*«. Er nimmt die ästhetischen Inszenierungen von Schuldgefühlen, die keineswegs mit den Emotionen der dargestellten Figuren identisch sein müssen, in den Blick. Das Westerngenre zeichnet sich dadurch aus, dass die Gründung einer Rechtsordnung und damit von Gemeinschaft als eine Überwindung von Unrecht und Gewalt durch nicht legitimierte, aber Legitimität hervorbringende Gewaltakte imaginiert wird. Gegenstand von *Grotkops* Untersuchung ist die Beziehung von ästhetischer Erfahrung, Moral und Gemeinschaftsbindung. So bringen filmische Erfahrungs- und Ausdrucksmodalitäten Zusammenschlüsse hervor, die von den Zuschauern als eine geteilte Welt realisiert werden. Clint Eastwoods »Unforgiven« allerdings nagt am Mythos der rechtsetzenden Gewalt, die stets die Richtigen trifft. Dies zeigt *Grotkopp* durch seine Analyse des Schuldgefühls als einer bestimmten Modalität filmischer Expressivität und Rhythmisierungen durch Schnitte und Perspektiven, die er auf einem filmtheoretischen und leibphänomenologischen Hintergrund vornimmt.

Marcel Humar bezieht sich in seinem Beitrag auf die antike Rhetorik. Er zeigt in seinem Text »Die Reue von Richtern in der attischen Gerichtsrede. Rhetorische Strategien der Sanktionierung durch Gefühle«, wie der Verweis auf Reue in Reden eingesetzt wird, um zu versuchen, die Urteilsfindung des Richtergermiums zu beeinflussen. Während die bisherige Forschung vor allem die Gefühle untersucht hat, die durch geschickte rhetorische Mittel bei den Richtern gegenüber dem Angeklagten oder den Anklägern erzeugt werden sollen, geht es in *Humars* Beitrag darum, die rhetorische Gestaltung eines Gefühls zu untersuchen, das den Richtern selbst gewissermaßen angedroht wird für den Fall, dass ihr Urteil sich nachträglich als falsch erweisen sollte.

Auch *Ingrid Kasten* befasst sich in ihrem Beitrag über das »Rolandslied« mit den fein abgestimmten sprachlichen Mitteln, die im Text den Herrscherzorn ebenso wie andere, mit ihm zusammenhängende oder entgegengesetzte Gefühle gestalten. Ihr geht es dabei um die Kontextualisierung dieser alten Form des mittelhochdeutschen *zorns*, die wesentlich eine Art des (Zorn-)Handelns und weniger eine Emotion im heutigen Sinne des Wortes bezeichnete. Damit leistet sie auch einen Beitrag zur Geschichte ebenso wie zur historischen Semantik der Gefühle: Das, was wir heute als »Ärger« auffassen, hat mit dem mittelalterlichen *zorn* wenig gemein. Im Kontrast zum Mittelalter wird auch deutlich, wie wenig selbstverständlich die Geltung eines schriftlich fixierten Rechts ist und wie sich der Kampf darum in einer Stilisierung bestimmter, exakt beherrschter Emotionen zeigt.

Zu 10. Emotionen und Recht in *historischer* Perspektive

Die Geschichtswissenschaft analysiert ihre Gegenstände in ihrer Abhängigkeit von Raum und Zeit; sie historisiert sie. Welche Bedeutung kommt der *Rechts- und Kulturgeschichte* und der *Geschichte* überhaupt bei der Ausbildung und Modulierung von rechtsrelevanten Emotionen zu? Diese Frage setzt voraus, dass Gefühle eine Geschichte haben, dass sie kulturell geformt, gesellschaftlich normiert und erlernt werden. Aber auch umgekehrt ist

zu fragen: Welche Bedeutung haben Emotionen für historische und auch rechtsgeschichtliche Entwicklungen? Wenn sie in diesem Sinne »Geschichte machen«, in welchen einzelnen Prozessen oder Ereignissen zeigt sich die aktive Rolle von Emotionen für die Geschichte besonders deutlich? Diese äußerst umfassenden Fragen zu untersuchen ist Aufgabe der historischen Emotionsforschung.

Dabei scheint es auf der Hand zu liegen, dass die Rechtsgefühle in Zeiten gesellschaftlicher Umbrüche eine zentrale Rolle spielen. Der Beitrag von *Ute Frevert* über religiöse Gefühle verdeutlicht, dass (manche) Gefühle als schützenswertes Gut Bestandteil des Rechts waren und bis heute sind und auch in Zeiten von Restauration und Stabilisierung eine zentrale Bedeutung für die Gesellschaft haben, die zumeist erst im Falle eines scheinbaren oder tatsächlichen Rechtsbruchs und in den entsprechend umstrittenen Rechtsprozessen zutage tritt. *Frevert* skizziert in ihrem Beitrag »*Vom Schutz religiöser Gefühle: Rechtspraxis und Theorie in der Moderne*« die Geschichte des Rechtsschutzes religiöser Gefühle im 19. und 20. Jahrhundert und zeigt dabei anhand verschiedener mehr oder weniger bekannter Rechtsfälle, wie unterschiedlich die systematische Frage, ob und wie religiöse Gefühle ein Rechtsgut darstellen, in diesem Zeitraum beantwortet worden ist. Dabei wird deutlich, dass die Probleme, die sich am Fall der Mohammed-Karikaturen 2005 in der dänischen Zeitung *Jyllands Posten* entzündeten und 2015 in der Ermordung der Pariser Karikaturisten von *Charlie Hebdo* gipfelten, keineswegs neu sind. Besonders aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang *Freverts* Diskussion der verschiedenen politischen und juristischen Stellungnahmen zur Aufführung des Stücks *Mahomet* von *Henri de Bornier* 1888 in der Pariser Comédie-Française wie auch der bekannte Fall *George Grosz*, der 1927 für die Aufführung des *Braven Soldaten Schwejk* auf der Berliner Piscator-Bühne eine Reihe von Zeichnungen geschaffen hatte, die ihm und seinem Verleger eine Anklage wegen Gotteslästerung eintrugen. Systematisch umstritten ist bei diesen und anderen Beispielen die Frage, ob tatsächlich eine rohe Beschimpfung der Religion vorliegt und diese angemessen an die Verletzung von begrifflich wenig geklärten religiösen Ge-

fühlen und Empfindungen zu binden ist. Die Strafvorschriften, die unter dem Titel »Störung des religiösen Friedens« als »Friedensschutztheorie« zusammengefasst werden können, benennen im § 166 des deutschen Strafrechts den öffentlichen Frieden und nicht die immer wieder als subjektiv verdächtigten religiösen Gefühle (»Gefühlsschutztheorie«) als Rechtsgut.

Insgesamt scheint uns eine Auseinandersetzung mit der Rechtsgeschichte wie auch mit der Geschichte der Emotionen unverzichtbar, um moderne Rechtsentwicklungen verstehen, bewerten und gegebenenfalls auch kritisieren zu können. Und so wie vor ca. fünfzig Jahren eine intensive Auseinandersetzung mit der tatsächlichen Wissenschaftsgeschichte zu einschlägigen und folgenreichen Korrekturen einer normativen Wissenschaftstheorie geführt hat, so können vielleicht in vergleichbarer Weise auch von einer intensiven historischen Beschäftigung mit Recht und Emotionen neue Gesichtspunkte und Forschungsentwicklungen für systematische und nicht zuletzt normative Zusammenhänge zwischen Recht und Emotion erwartet werden.

Zu 11. Die normative Frage: Welche Rolle sollen Gefühle in der Rechtsprechung spielen?

Diese Frage scheint uns aus philosophischer Sicht die wichtigste Frage zu sein, die im Zusammenhang mit Recht und Emotion gestellt wird. Denn fast jeder, der mit dem Thema dieses Bandes in Berührung kommt, stellt sich intuitiv sofort die Frage, ob das Recht der Subjektivität der Gefühle ausgeliefert werden soll. Wir haben inzwischen einige Gründe, vor allem im Zusammenhang mit der Relationalität der Emotionen, genannt, mit denen gerade die Subjektivität der Emotionen bestritten und deren Intersubjektivität, insbesondere die der Rechtsgefühle, herausgestellt wird. Dennoch stellt die Frage nach der Normativität weiterhin eine große Herausforderung dar, da sie sich auch unter der Voraussetzung der Intersubjektivität von Gefühlen nicht pauschal beantworten lässt.

Zumindest in Deutschland zielt die Ausbildung von Jurist_in-

nen darauf ab, eigene Gefühle nicht in die Beurteilung von Streitfällen einfließen zu lassen. Diese Auffassung ignoriert das Faktum, dass Emotionen bereits für die Wahrnehmung der rechtlichen Relevanz von Sachverhalten eine entscheidende Rolle spielen. In welcher Weise kann und soll mit Emotionen in der Rechtsprechung umgegangen werden, wenn sie generell eine wichtige Rolle für Bewertungen spielen? Und wie soll das in der Ausbildung von Jurist_innen berücksichtigt werden? Das weite Spektrum dieser Fragen wird in unserem Band gleich von drei Autor_innen aus unterschiedlichen Perspektiven aufgegriffen und bearbeitet.

Julia Hänni schlägt in ihrem Beitrag vor, zwischen der rechtlichen Entscheidung, die als Bewertung auf Emotionen angewiesen ist, und ihrer Begründung, der Entschaidarstellung, die der rechtlichen Logik folgen muss, zu unterscheiden.

In ihrem Beitrag *»Emotions in the Evaluation of Legal Risk«* geht *Lauren Ware* davon aus, dass Risiken bei der rechtlichen Entscheidungsfindung nicht selten eine Frage von Leben und Tod sind. Sie vertritt dazu die These, dass die etablierte Art und Weise, wie Emotionen in diesen Entscheidungsprozess involviert sind, mangelhaft ist. Diese etablierte Art folge der standard-probabilistischen Theorie des Risikos. Akzeptieren wir demgegenüber eine modale Theorie des Risikos, so ändert dies nach *Wares* Auffassung die Art und Weise, wie eine ganze Reihe rechtlicher Akteure – etwa Angeklagte, Anwälte, Richter, Geschworene, Gesetzgeber und auch die Polizei – darüber denken sollte, wie Emotionen die rechtliche Entscheidungsfindung beeinflussen. Ein Schwerpunkt von *Wares* Beitrag besteht in der Untersuchung der Frage, was es für unser Verständnis von Emotionen bei der Bewertung rechtlichen Risikos, insbesondere des Risikos unrechtmäßiger Verurteilung, bedeuten würde, wenn wir eine modale Theorie des Risikos akzeptieren. Zum Schluss überlegt *Ware*, welche rechtlichen Praktiken und Strukturen verbessert oder aufgegeben werden sollten, um dadurch die Bedingungen zu verbessern, die eine angemessene Berücksichtigung der bewertenden Kraft einschlägiger Emotionen in rechtlicher Entscheidungsfindung gewährleisten.

In seinem Beitrag *»Moralische Anstößigkeit als Begründung staatlichen Strafens«* untersucht *Dieter Birnbacher* die allgemeine

Frage, ob und wie weit eine Rechtfertigung von Strafnormen unter Bezug auf moralische Emotionen wie Empörung und Entrüstung überzeugen kann, anhand der Strafnorm des § 173 StGB, die den Inzest mit leiblichen Verwandten aufsteigender Linie unter Strafe stellt. Dazu wird der konkrete Fall eines volljährigen Mannes geschildert, der mit seiner getrennt von ihm aufgewachsenen Schwester in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebt und deswegen seit 2002 mehr als drei Jahre in Haft verbracht hat. *Birnbacher* erörtert die besondere Begründungsbedürftigkeit für strafrechtliche Verbote und formuliert Bedingungen für die Androhung und Verhängung zu Recht bestehender staatlicher Strafen, die ihrerseits Kriterien für die Strafgesetzgebung bereitstellen sollen. Die Vielfalt rechtsethischer Strategien der Rechtfertigung strafrechtlicher Sanktionen wird vorgestellt und kritisch diskutiert, wobei neben dem *harm principle* des extremen strafrechtlichen Liberalismus das zusätzlich akzeptierte *offence principle* eine entscheidende Rolle spielt. Das *offence principle* zeichnet sich dadurch aus, dass es auch die rechtsrelevante Emotion der Anstößigkeit im öffentlichen Verhalten (klassischer strafrechtlicher Liberalismus) oder auch im privaten Verhalten (utilitaristischer strafrechtlicher Liberalismus) als strafbegründend anerkennt. Die Pointe von *Birnbachers* Aufsatz besteht in seiner detaillierten Argumentation, dass selbst bei einer durch sinnvolle Kriterien spezifizierten Akzeptanz der rechtsrelevanten Emotion privater Anstößigkeit eine rechtsethische Begründung des Inzestverbots unter volljährigen Verwandten nicht überzeugend gegeben werden kann.

Nach der Darstellung von elf Schwerpunkten zum systematischen Zusammenhang von Recht und Emotion, die in dem vorliegenden Band von Autor_innen aus unterschiedlichen Disziplinen aufgegriffen und kontrovers diskutiert werden, erscheint es uns abschließend notwendig, noch kurz einige Forschungsfragen anzusprechen, die bisher – vor allem in Deutschland, aber größtenteils auch international – nur wenig untersucht wurden und als besonders wichtige Desiderata anzusehen sind.

(1) Emotionen in *Gerichtsprozessen. Methodische Probleme*

Eine intuitiv naheliegende Form, die tatsächliche Rolle von Emotionen in Gerichtsprozessen zu untersuchen, ist die empirische Erforschung der Gefühle der Kläger_innen, der Angeklagten, der Zeug_innen, der Anwälte_innen, aber auch die des/der Richters/Richterin und die des/der Staatsanwalts/Staatsanwältin. Welche Rolle spielen bei ihnen welche Emotionen, und lässt sich – im Sinne der 8. Fragestellung nach der Relationalität der Rechtsgefühle – eine bestimmte Abfolge oder Interaktion von Emotionen beobachten? Empirische Studien zur Rolle von Emotionen vor Gericht gibt es vor allem in den USA, da hier die *Law Studies* etabliert sind. Dies hängt damit zusammen, dass diese Studiengänge nicht in erster Linie der Ausbildung von Jurist_innen dienen, sondern Teil sozialwissenschaftlicher Disziplinen sind. Deshalb ist die angelsächsisch dominierte internationale Diskussion stark von rechtssoziologischen und rechtspsychologischen Perspektiven bestimmt. Wenn es um spezifische rechtliche Prozesse geht, so konzentrieren sich die *Law Studies* naturgemäß auf das adversatorische Rechtsmodell und damit auf die streitenden Parteien.¹⁴ Dagegen stehen Untersuchungen zu den einschlägigen Gefühlen im inquisitorischen Rechtssystem hinsichtlich ihres kausalen und vielleicht gar normativen Einflusses in Gerichtsprozessen bisher noch weitgehend aus.

Dass die streitenden Parteien oft durch starke Gefühle motiviert werden, dürfte unstrittig sein, da dies der Sachlage des geschehenen Unrechts geschuldet ist. Welche Rolle spielen aber die Gefühle eines Richters etwa in deutschen Gerichtsverfahren? Seine professionelle Ausbildung zielt über weite Strecken darauf ab, sich eines emotionalen Urteils zu enthalten und die Sachlage unparteilich zu prüfen. Andererseits bedarf auch der Richter einer wertenden Wahrnehmung, um Rechtslagen beurteilen zu können, wie wir bereits im 5. Punkt, der sich auf die angemessene Anwendung von Rechtsnormen bezieht, skizziert haben und *Julia Hänni* in ihrem Beitrag zu diesem Band ausgeführt hat. In diesem

¹⁴ Zum Unterschied der beiden Rechtssysteme vgl. oben Anm. 9.

Zusammenhang steht es außer Zweifel, dass Emotionen in der wertenden Wahrnehmung besonders wirkmächtig sind und ihr kausaler und normativer Einfluss in Gerichtsprozessen genauer zu untersuchen ist.

Es sei hier darauf hingewiesen, dass die empirische Untersuchung von Emotionen in Gerichtsverhandlungen auf verschiedene Schwierigkeiten stößt. So darf in deutschen Gerichten – anders als in den USA und Großbritannien – auch zu wissenschaftlichen Zwecken nichts auditiv oder visuell dokumentiert werden, so dass hier als Erhebungsmethoden nur die Prozessbeobachtung und empirische Befragungen vor oder nach dem Verfahren zur Verfügung stehen. Es wäre ein lohnendes Thema, sich eigens mit den methodischen Problemen der empirischen Beobachtung von Gerichtsverfahren und insbesondere mit den dabei wahrnehmbaren Emotionen zu befassen.

Eine besondere methodologische Herausforderung stellt wie bei allen anderen Themen ein interdisziplinärer Zugang dar, der die unterschiedlichen ›Sprachen‹ der beteiligten Disziplinen erst einmal wechselseitig ›übersetzen‹ muss. Denn die Rechtswissenschaft allein kann weder sozialwissenschaftlich forschen noch ihre rechtsphilosophischen Grundlagen unabhängig von der Philosophie aufarbeiten. Umgekehrt bedürfen auch Philosophie und alle anderen Disziplinen einschließlich Geschichts-, Literatur- und Kulturwissenschaften in dem thematischen Feld, das durch den Titel »Recht und Emotion« abgesteckt ist, der Rechtswissenschaft, insofern sie für Gesetzgebung und Rechtsprechung Relevanz beanspruchen. Hier öffnet sich ein wahrlich weites Feld für weitere Forschungen.

(2) In welchem *Verhältnis* stehen *Rechtsgefühle* zu *moralischen Gefühlen*?

Aus philosophischer Sicht scheint eine begriffliche Klärung des Verhältnisses von Rechtsgefühlen zu moralischen Gefühlen besonders wichtig zu sein. Dass beide Gruppen von Gefühlen extensional äquivalent sind oder zumindest häufig so betrachtet wer-

den, erscheint dann wenig überraschend, wenn in unserer affektiven Betroffenheit die Quelle für jede Form von Bewertung und Normativität gesehen wird. Andererseits könnte die Pointe der unterschiedlichen Bezeichnungen darin liegen, dass sie sich auf verschiedene semantische Aspekte der entsprechenden Gefühle und somit auch auf unterschiedliche Begriffe beziehen. Dann wäre zu fragen: Sind Rechtsgefühle tatsächlich nichts anderes als moralische Gefühle? Und falls nicht: Wo genau liegt die spezifische Differenz? Gibt es theoretisch aufschlussreiche Überschneidungen zwischen Rechtsgefühlen und moralischen Gefühlen? Weist vielleicht gar die *Unterscheidung von Recht und Moral* eine bislang übersehene Beziehung zu Rechtsgefühlen und moralischen Gefühlen auf und spiegelt sich in diesen wider? Wenn ja, wie lässt sich unser besseres Verständnis der einen Unterscheidung für das Verständnis der anderen fruchtbar machen? Wie ist eine Unterscheidung zwischen rechtsrelevanten Gefühlen und moralischen Gefühlen zu explizieren? Könnte eine solche Explikation gar unser Verständnis der Unterscheidung von Recht und Moral weiter klären und vertiefen?

(3) Zur *Rationalität* von rechtsrelevanten Emotionen

Wenn es einen nicht bloß marginalen Zusammenhang zwischen Recht und Emotionen gibt, welche Bedeutung haben die hier vorgestellten verschiedenen systematischen Zusammenhänge für unser Verständnis von Rationalität? Geht man davon aus, dass primär oder ausschließlich Überzeugungen (theoretische Rationalität) und Handlungen (praktische Rationalität) als rational ausgezeichnet werden und Emotionen per se nicht rational sind, so wird man zwar vielleicht zugestehen, dass Gefühle im Recht faktisch eine Rolle spielen, aber normativ gerade für deren Ausschließung aus dem Recht argumentieren. Ist man dagegen der Auffassung, dass Gefühle nicht nur schlechte Gründe für das Recht liefern können, sondern auch gute, die aber auf genauere Klärung angewiesen sind, um Eingang in Begründungen für das Recht finden zu können, so scheint dem ein anderes Verständnis von