

Lennart Schwedler

Die formalistische Prävention des Rechts

Ansatz einer postkritischen
Rechtstheorie

160 Seiten · broschiert · € 34,90

ISBN 978-3-95832-438-1

© Velbrück Wissenschaft 2026

Einleitung

Zu den Grundfesten des Rechts zählt die Prämisse, dass der Richter das Recht findet und nicht schafft – dass er also das zur Anwendung kommende Recht vorfindet und es mit seinem Urteil nicht erst kreiert. Doch hält diese Annahme einer eingehenden Untersuchung nicht stand. Es lässt sich zeigen, dass die abstrakte Regel nicht dazu imstande ist, ihre eigene Anwendung zu determinieren. Es stellt sich somit die Frage, warum das Recht eine Funktionsweise vorgibt, der gerecht zu werden es nicht vermag.

Diese Diskrepanz ist in der rechtstheoretischen Diskussion freilich nicht unbemerkt geblieben. Vielmehr wird eine vielstimmige Kritik nicht müde, sie als Unaufrichtigkeit zu beklagen und ihre Beseitigung zu fordern. Doch scheint auch dies dem Wirken des Rechts keinen Abbruch tun zu können. Vielmehr evoziert es die von der Kritik widerlegten Versprechungen in seinen Entscheidungen stets aufs Neue. Als zweites stellt sich deshalb die Frage, wie sich diese Immunität des Rechts gegenüber einer auf den ersten Blick verheerenden Kritik erklären lässt. Die naheliegende Antwort liegt in einem Verweis auf die fehlende Wirkmacht des theoretischen Diskurses gegenüber einer machtorientierten Praxis. Darüber hinaus drängt sich jedoch die Vermutung auf, dass die Kritik des Rechts, obschon ihre zentralen Beobachtungen zutreffen, einem wesentlichen Zug des Rechts nicht hinreichend Rechnung trägt. Und tatsächlich legt ein Blick auf die grundlegende Funktion des Rechts nahe, dass der Formalismus trotz seiner Unerreichbarkeit für das Recht von zentraler Bedeutung ist. Einerseits muss die Realität der Rechtsanwendung also am formalistischen Anspruch scheitern. Andererseits erweist sich gerade dieser Anspruch als unverzichtbar für das Bestehen des Rechts und somit letztlich auch den Fortbestand rechtlich verfasster Gesellschaften.

Beim Versuch diesen paradox wirkenden Befund rechtstheoretisch zu verarbeiten, gerät das Verhältnis zwischen Entscheidungsfindung und -darstellung in den Blick. Während sowohl das Selbstverständnis des Rechts als auch die Rechtskritik davon ausgehen, dass zwischen diesen beiden Dimensionen der rechtlichen Praxis ein Verhältnis der inhaltlichen Entsprechung besteht beziehungsweise bestehen sollte, lädt der obige Befund zu dem Versuch ein, das Verhältnis von Entscheidungsfindung und -darstellung jenseits des Paradigmas der Repräsentation neu zu formulieren. Wie aber lässt sich eine Praxis beschreiben, die auf der Erhebung eines Anspruchs beruht, der sich nicht einlösen lässt?

Hierauf versucht die vorliegende Arbeit eine Antwort zu geben. Dabei soll eine Untersuchung der sprachphilosophischen Grundlagen der Operationen des Rechts mit einem Blick auf die gesellschaftlichen

Voraussetzungen seines Wirkens kombiniert werden. Diese Herangehensweise ebnet nicht nur den Weg zu einer Beschreibung des Rechts, welche die ihm inhärente Diskrepanz für wesentlich erklärt, sondern verleiht dieser Diskrepanz mit dem Begriff der Prätentio erstmals einen eigenständigen Ausdruck.

Das erste Kapitel zeichnet das Scheitern des dem Recht zugrundeliegenden formalistischen Anspruchs nach. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass sich der Begriff des Formalismus nicht etwa auf die Karikatur einer streng formalen Rechtsanwendung bezieht. Gemeint ist stattdessen die in sämtlichen Operationen des Rechts vorausgesetzte Annahme, dass sich das konkrete Urteil in der Anwendung der ihm zugrundeliegenden Vorschriften erschöpft. In Anschluss an die sprachphilosophische Tradition des späten Wittgensteins soll die Unhaltbarkeit dieser Annahme aufgezeigt werden. Ihr steht entgegen, dass weder die inhärenten Eigenschaften einer sprachlichen Äußerung noch die Begebenheiten eines vermeintlich feststehenden Kontextes herangezogen werden können, um die Bedeutung eines Rechtssatzes in zuverlässiger Weise zu bestimmen. Beide werden stets in zutiefst situationsspezifischer Weise und gegenseitiger Abhängigkeit konstituiert und entziehen sich somit jeder dauerhaften Festschreibung. Offenkundig steht dies einer funktionierenden Kommunikation und einem zuverlässigen Funktionieren des Rechtssystems jedoch nicht im Wege. Es bedarf deshalb einer alternativen Beschreibung der Faktoren, welche den individuellen Interpreten einhegen und eine erfolgreiche Kommunikation ermöglichen. Eine solche findet sich in den Arbeiten Stanley Fishs. Ihm zufolge vollzieht sich die Zuschreibung von Bedeutungen stets innerhalb interpretativer Gemeinschaften, deren jeweils herrschende Gepflogenheiten das Verständnis spezifischer Äußerungen prägen und außerhalb derer es keine erfolgreiche Kommunikation geben kann. An die Stelle feststehender Bedeutungen tritt somit ein komplexer intersubjektiver Aushandlungsprozess, in dem eine unüberblickbare Vielzahl von Faktoren die Auslegung beeinflusst und in dem das einzig verbleibende Kriterium gelingender Äußerungen in den nachgelagerten Bezugnahmen der anderen Praxisteilnehmer liegt. Die Bedeutung einzelner Äußerungen wird mit jeder dieser Bezugnahmen neu verhandelt und ist demnach stets fluide. Anwendung und Regel stehen in keinem Ableitungsverhältnis zueinander, sondern konstituieren sich gegenseitig. Der formalistische Anspruch, auf dem die rechtliche Praxis aufbaut, muss somit unerfüllt bleiben.

Das zweite Kapitel legt sodann dar, warum der Formalismus trotz seines offenkundigen Scheiterns für das Recht und den ihm inhärenten zivilisatorischen Wert von entscheidender Bedeutung ist. Dabei werden drei – eng miteinander verbundene – Aspekte voneinander unterschieden. Zuvorderst vermittelt der Formalismus eine dem Recht eigene Form rechtlichen Wissens und ist somit konstitutiv für dessen disziplinäre

Eigenständigkeit. Dieses Wissen begründet wiederum den hervorgehobenen Status rechtlicher Äußerungen im Rahmen gesellschaftlicher Konflikte. Vor allem aber weist es das richterliche Urteil als bloße Anwendung des demokratisch erlassenen und für alle gleichermaßen geltenden Rechts aus und verleiht ihm so die erforderliche Legitimation und Autorität. Somit versetzt der Formalismus das Recht dazu in die Lage, zwischen miteinander unvereinbaren Positionen zu vermitteln und erlaubt den hierbei vertretenen Ansichten, vor allem aber dem am Ende solch einer Auseinandersetzung stehenden Urteil, als allgemeingültige Auffassung aufzutreten. Das formalistische Recht ermöglicht somit einen Umgang mit dem Dilemma zwischen der grundlegenden Verschiedenheit der Menschen einerseits und der gleichzeitigen Notwendigkeit kollektiven Handelns andererseits. Der formalistische Anspruch erweist sich somit seinem Scheitern zum Trotz für das Recht und für rechtlich verfasste Gesellschaften als unverzichtbar. Das Recht ist folglich auf die Vorgabe einer Funktionsweise angewiesen, die zu erfüllen es nicht imstande ist. Damit rückt die Frage in den Vordergrund, wie sich das Verhältnis zwischen dem nach außen getragenen Anspruch und der tatsächlichen Funktionsweise in überzeugender Weise beschreiben lässt.

Das dritte Kapitel weist zunächst die These zurück, dass es sich beim rechtlichen Urteil und seiner Darstellung um voneinander unabhängige Tätigkeiten handle, zwischen denen kein innerer Zusammenhang bestehe, so dass auch die Diskrepanz zwischen ihnen letztlich unerheblich sei. Dem steht entgegen, dass die richterliche Entscheidung nicht losgelöst von ihrer formalen Begründung betrachtet werden kann. Vielmehr stehen dem urteilenden Richter die Möglichkeiten der Begründung bei seiner Entscheidung immer schon vor Augen. Sie prägen somit die Urteilsfindung in maßgeblicher Weise und werden nicht bloß zu deren nachträglicher Rechtfertigung herangezogen. Somit wird zugleich das oben nur grob skizzierte Bild der richterlichen Entscheidungsfindung unter Heranziehung der Arbeiten Sabine Müller-Malls präzisiert. Demnach werden die geltenden Gepflogenheiten im konkreten Urteil nicht bloß in unreflektierter Weise unmittelbar zur Anwendung gebracht, sondern fließen in einen vielschichtigen Prozess ein, in dem der Richter eine Vielzahl von Kriterien in idiosynkratischer Weise in ein subjektiv empfundenes Verhältnis des Passens fügt. Diese Darstellung lässt sich durch einen kurzen Blick auf die empirische Rechtsforschung untermauern. Aus dieser geht hervor, dass das richterliche Urteil von einer unüberblickbaren Vielzahl von Faktoren beeinflusst wird, unter denen die institutionellen Rahmenbedingungen eine hervorgehobene Rolle spielen, ohne jedoch die Urteilsfindung jemals ganz beherrschen zu können. An dieser Stelle liegt wiederum die Entgegnung nahe, dass es auf das tatsächliche Zustandekommen des richterlichen Urteils gerade nicht ankomme, eben weil die Begründungspflicht dessen Rechtfertigung von

den Unwägbarkeiten seiner tatsächlichen Entstehung unabhängig mache. Dieser Einwand übergeht jedoch, dass der Formalismus seine legitimierende Kraft gerade daraus bezieht, dass er für sich in Anspruch nimmt, die richterliche Entscheidungsfindung auch in tatsächlicher Hinsicht zu bestimmen. Auch nach dieser Lesart kann die These von der Unabhängigkeit demzufolge kein überzeugendes Bild vom Verhältnis zwischen Anspruch und Wirklichkeit des richterlichen Urteilens zeichnen.

Das vierte Kapitel versucht schließlich die Frage zu beantworten, wie die ständige Erhebung eines Anspruchs beschrieben werden kann, der sich doch nicht einlösen lässt. Zurückzuweisen ist dabei zunächst die These, es handele sich um eine bewusste Irreführung. Dies entspricht weder der obigen Beschreibung der richterlichen Entscheidungsfindung noch kann diese Beschreibung die dem Recht eigene Widerstandsfähigkeit erklären. Ertragreicher scheint demgegenüber der auf Hans Vaihinger zurückzuführende Begriff der Fiktion. Diesem gelingt es, das für den Formalismus maßgebliche Nebeneinander von Kontrafaktizität und hiervon unbeschadeter Wirkmacht einzufangen. Allerdings zeichnet die von Vaihinger beschriebenen Fiktionen aus, dass den Beteiligten ihr fiktiver Charakter stets vor Augen steht. Dies passt nicht zum Recht, in dem Zweifel am formalistischen Anspruch zwar nicht unüblich sind, regelmäßig jedoch im Vagen gehalten und nicht zur Grundlage des eigenen Handelns gemacht werden. Gerade deshalb scheint das von Robert Pfalter entwickelte Konzept der »Illusionen der anderen« passend. Ihm zufolge gibt es Annahmen, die zwar durch besseres Wissen widerlegt werden, die jedoch auf ein imaginäres Publikum ausgelagert und so ihrer Widerlegbarkeit zum Trotz aufrechterhalten und zur Grundlage einer gemeinschaftlichen Praxis gemacht werden können. Der Formalismus kann so die rechtliche Praxis beherrschen, ohne darauf angewiesen zu sein, dass die beteiligten Akteure restlos von seiner Umsetzbarkeit überzeugt sind. Der formalistische Anspruch lässt sich demnach zwar nicht realisieren, wird aber über den Umweg der Projektion auf einen unbestimmten Dritten aufrechterhalten. Auf diese Weise prägt er die rechtliche Praxis und entfaltet seiner Unerfüllbarkeit zum Trotz einen ihm eigenen Realitätsgehalt. Diese spannungsreiche Struktur wird im Begriff der formalistischen Präntention zusammengefasst. In ihm kommt zum Ausdruck, dass das Recht auf die Vorgabe einer Funktionsweise angewiesen ist, der gerecht zu werden es nicht imstande ist. In ebendieser Anmaßung, diesem ständigen Über-sich-Hinausweisen liegt das Wesen und zugleich der immense Nutzen des Rechts.

Das fünfte und letzte Kapitel geht überblicksweise der Frage nach, welche Schlussfolgerungen einem solchen Rechtsverständnis entnommen werden können. Festzustellen ist dabei zunächst, dass sich aus ihm keine verallgemeinerbaren Anhaltspunkte für eine gelingende Rechtsanwendung ableiten lassen. Denn diese sind zutiefst situationsabhängig

und entziehen sich somit jeder abstrakten Festschreibung. Gleichwohl kann die Einsicht in das prärentöse Wesen des Rechts dazu beitragen, den Umgang mit den vielerorts aufstrebenden autoritären Bewegungen zu informieren, welche die bestehende Ordnung zu unterlaufen, wenn nicht gar zu beseitigen versuchen. Dabei erweist sich das Recht als voraussetzungsreiche kollektive Praxis, deren regulierende und friedensstiftende Wirkung maßgeblich von der kooperativen Mitwirkung aller Beteiligten abhängt und das einer hierauf gerichteten Verweigerung entsprechend vulnerabel gegenübersteht. Zuletzt werden die Ausführungen zum Wesen des juristischen Urteils dem Ansinnen entgegengehalten, das richterliche Urteil auf eine künstliche Intelligenz zu übertragen.