

Vierter Teil: Juristische Methode und rechtliche Richtigkeit

Der nun folgende Vierte Teil der Neuen Juristischen Methodenlehre wird eine Frage stellen, die in den gängigen Methodenlehren eher vermieden wird: die Frage, ob das, was man sich juristisch-methodisch erarbeitet, in irgendeiner Weise den Anspruch auf „Richtigkeit“ erheben kann – und sei es auch nur in Gestalt von „Vertretbarkeit“.

1

Für Nicht-Juristen: „Vertretbar“ ist in der deutschen Jurisprudenz eine ganz zentrale Kategorie. Ein (noch) vertretbares Ergebnis und eine (noch) vertretbare Meinung zu einer Rechtsfrage dürfen, so die Rechtsprechung des BVerfG, in juristischen Prüfungen nicht als „falsch“ bewertet werden.¹ Aber was ist dann „richtig“? Nur die „h.M.“ (herrschende Meinung) zu einer jeweiligen Rechtsfrage? Oder gar nur die Meinung der höchsten Gerichte? Das würden nicht zuletzt diese Gerichte vehement bestreiten.

Wir werden im Folgenden zu zeigen versuchen, dass und inwieweit es in der Rechtswissenschaft in der Tat „so etwas wie“ Richtigkeit gibt. Dabei ist eine Unterscheidung zu treffen, die sich vielleicht nicht immer ganz streng wird durchhalten lassen, nämlich – die Überschrift deutet es an –: die Unterscheidung von *rechtlicher* und *juristischer* Richtigkeit. *Rechtlich* richtig kann, so der erste Zugriff, idealiter immer nur *eine* Lösung sein (es kann nur einer Recht haben). *Juristisch* richtig sind alle Lösungen, die noch nicht falsch, sondern vertretbar sind – es gibt hier sozusagen „mehrere richtige“ Antworten.

2

Während in Bezug auf rechtliche Richtigkeit eben eine *right-answer-thesis*² gilt (gilt!³).

1 BVerfGE 84, 34 – Juristische Staatsprüfung (1981) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

2 Dazu schon § 5 II Rn. 72 f.; die These stammt von dem amerikanischen Rechtsphilosophen Ronald Dworkin, ist natürlich umstritten, aber doch ziemlich breit akzeptiert.

3 Geltung ist die Art und Weise, wie Normen (Sollensätze) existieren, und genau genommen ist die *right-answer-thesis* natürlich eine Norm: Wir *sollen* davon ausgehen, dass es nur eine einzige richtige Lösung gibt.

Kapitel 6: Juristische Richtigkeit von innen (Ästhetik)

Vielelleicht sollte man sich zuallererst klar machen: Das Recht wird nicht nur von Juristen gemacht, auch nicht allein von den Gerichten oder vom „Gesetzgeber“. Das Recht als Funktionssystem¹ der Gesellschaft lebt vielmehr davon, dass alle, die sich ihm „unterwerfen“, nein, sagen wir es positiv: dass alle, die das Recht *bejahen*, weil sie in einem Zustand des Rechts und nicht der Gewalt leben wollen – dass diese „alle“ im großen Spiel „Recht“ keine passiven Objekte, sondern aktive „Akteure“ sind. Wer sagt: „Nein, der X ist an dem Unfall schuld, deshalb kann ich Schadensersatz verlangen“ – der sagt: „Ich habe Recht“ (oder auch: „Ich bin im Recht“, das ist eine *façon de parler*). Und er wird „natürlich“ der Meinung sein, dass diese seine Rechtsmeinung „richtig“ ist.

1

Allerdings sollte für alle Akteure im großen Spiel „Recht“ als wichtigste Teilnahmebedingung gelten: Manchmal verliert man auch. *Sometimes I win, sometimes I lose*. Man kann nicht immer Recht haben, man kann nicht immer gewinnen. Manchmal irrt man sich auch, manchmal macht man Fehler. Wer immer Recht haben will, wer Niederlagen nicht anerkennen kann (man denke an einen ehemaligen und jetzt sogar wiedergewählten US-Präsidenten), ist mental ein Kleinkind.

Wie ist es nun aber mit denjenigen, die professionell mit dem Recht zu tun haben, also mit den Juristen? Kurz und gut: nicht wesentlich anders. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass sie bei der Frage, was „rechtlich richtig“ ist, immer beide Seiten betrachten müssen: die Gewinner und die Verlierer. Ganz brutal gesagt: Wem gönnen wir den Sieg – dem Angeklagten oder dem Staatsanwalt? Dem Kläger oder dem Beklagten? Und aus welchen Gründen? Sodann müssen wir als Juristen aber auch noch *selbst*, auf einer zweiten Ebene, mit „gewinnen“ und „verlieren“ leben: Als Anwalt verliere ich auch einmal einen Prozess, als Richter in einem Kollegialgericht werde ich überstimmt, oder die nächste Instanz hebt mein Urteil auf. Wie soll ich da noch an rechtliche oder juristische „Richtigkeit“ glauben?

2

In diesem 6. Kapitel wollen wir diese Frage sozusagen aus einer Innenperspektive beantworten – letztlich im Licht der juristischen Ästhetik. Im 7. Kapitel werden wir zudem eine Außenperspektive einnehmen und das Recht, so wie es von Juristen produziert wird – mit anderen Worten also: die juristische Methode² – aus Sicht der Verhaltensökonomie unter die Lupe nehmen.

1 Dieses „Funktionssystem“ besteht gerade nicht allein aus denjenigen, die das Recht beruflich handhaben (Gerichte, Anwälte, Gesetzgeber etc., man nennt es auch den „Rechtsstab“). Vielmehr besteht es aus allen Menschen, sobald und soweit sie sich in einer Kommunikation auf die Unterscheidung „Recht/Unrecht“ bzw. „rechtmäßig/rechtswidrig“ berufen. – Der Begriff stammt von Niklas Luhmann.

2 Es gibt, wie schon mehrfach gesagt, nur eine.

§ 30 Rechtliche Richtigkeit

- 1 Versuchen wir also zu begründen, warum und inwiefern es sinnvoll ist, von rechtlicher Richtigkeit zu sprechen! Es mag ja sein, dass diese Richtigkeit nichts als ein „Narrativ“¹ ist, eine Erzählung, eine *story*. Ich glaube allerdings, dass es die bessere Geschichte ist, besser als all diejenigen Geschichten, die „rechtliche Richtigkeit“ für ein Phantom halten – mögen sie auch auf den ersten Blick intelligenter erscheinen.²

Eindrücklich der Film „Amistad“. Er handelt – nach einer wahren Begebenheit – von einer Klage der spanischen Krone auf Herausgabe des Schiffes „Amistad“ mitsamt seiner Ladung: in Afrika „erbeutete“ Afrikaner, die sich befreien und das Schiff in ihre Gewalt bringen konnten. Die Prozessvertretung dieser für die Sklaverei vorgesehenen Menschen übernahm der ehemalige amerikanische Präsident John Quincy Adams, und er sagt in dem Film (gespielt von Anthony Hopkins): „Vor Gericht gewinnt immer derjenige, der die bessere Geschichte erzählen kann.“ Und dann *erzählt* der Anführer der Afrikaner die Geschichte ihrer Gefangennahme, Misshandlung, Verfrachtung mit allen grauenvollen Einzelheiten ...³

- 2 Eine äußerst praktische Folge rechtlicher Richtigkeit besteht übrigens darin, dass Rechtsanwälte und Notare sich haftpflichtig machen, wenn sie (unvertretbare) Rechtsfehler machen.⁴

I. Die „Paradoxie des Entscheidens“

- 3 Vielleicht nähert man sich dem Problem der rechtlichen Richtigkeit am leichtesten auf einem pragmatischen, aber auch leicht abgehobenen Weg.

Pragmatisch ist es zunächst so: Im Recht geht es – sofern man das Recht nicht ganz schlicht und einfach befolgt, befolgt ohne jeden Zweifel, ohne Konflikte und ohne Überlegung (was der Normalfall sein sollte!) – im Recht geht es um **Entscheidungen**: Wer hat Recht, wer hat Unrecht?

- 4 Was aber sind Entscheidungen? Nun wird es leicht abgehoben: Entscheidungen sind *paradox*. Entscheiden muss man nur dann, wenn man nicht weiß, was „richtig“ ist (wenn man es weiß, dann handelt man ganz einfach; dann „denkt man gar nicht

1 „Narrativ“ bedeutet wörtlich „Erzählung“ oder besser vielleicht: „Erzähltes“. Das Wort relativiert daher das, was man früher als „Theorie“ bezeichnet hat – etwa Kants Philosophie –: eine Theorie, die den Anspruch auf Objektivität erhebt. Für die Postmoderne ist es nur eine Erzählung unter anderen. (Letztlich geht der Begriff offenbar auf den französischen Philosophen Jean-François Lyotard zurück, genauer: Dessen Terminus *méta récits* wurde im Englischen als *grand narratives* übersetzt.)

2 Zu Ironie und Pathos sogleich unter II.

3 Der Film, gedreht von *Steven Spielberg*, stammt von 1997. Er beruht auf den realen Amistad-Prozessen der Jahre 1839–1841. – Die Klage wurde vom Supreme Court abgewiesen (40 U.S. 518 [593]): „If then, these negroes are not slaves, but are kidnapped Africans, who, by the laws of Spain itself, are entitled to their freedom, and were kidnapped and illegally carried to Cuba, and illegally detained and restrained on board of the Amistad; (...).“

4 Dass Anwälte sogar für Fehler des Gerichts haften sollen, ist allerdings ein starkes Stück (siehe § 14 Rn. 67).

darüber nach“). Zugleich muss man davon ausgehen,⁵ dass es die *Möglichkeit* gibt, „richtig“ oder – das ist das eigentliche Problem – „falsch“ zu entscheiden (und das will man „nicht wirklich“). Kurz: Es gibt „Richtigkeit“, und es gibt sie nicht. Das ist die „Paradoxie des Entscheidens“.⁶

Diese Paradoxie wird dann wieder ganz bodenständig-pragmatisch „entschärft“⁷, nämlich in der Zeitdimension⁸: Hinterher ist man schlauer ...

Zum Begriff Paradoxie: Nach Niklas Luhmann (1927–1998) liegt eine Paradoxie vor, wenn „die Bedingungen der Möglichkeit⁹ einer Operation zugleich die Bedingungen ihrer Unmöglichkeit“ sind.¹⁰ Klassisch ist der Beispielsatz „Ein Kreter sagt: ‚Alle Kreter lügen‘: Entweder lügt der Kreter, dann hat er Recht; oder er sagt die Wahrheit, dann lügt er.“

Nebenbei: Luhmanns Beschreibung der Entscheidung als Paradoxie hat viel gemeinsam mit Charles Sanders Peirce¹¹ (1839–1914) Beschreibung des Erkenntnisprozesses als der Ablösung eines Zweifels (*doubt*) durch eine Überzeugung (*belief*).¹² Wenn wir unsere Zweifel abgearbeitet haben, dann *können* wir gar nicht anders, als unsere Überzeugung für eine *richtige* Überzeugung zu halten – selbst wenn wir zugestehen, dass sie rein theoretisch auch falsch sein könnte. Wie wir allerdings unseren Zweifel abarbeiten, genauer: mit welcher Methode (*method*) wir das tun, das ist für Peirce keineswegs ausgemacht (und letztlich eine Frage der Ethik).

Die Paradoxie des Entscheidens kennzeichnet nun auch und ganz besonders das Recht, freilich mit einer besonderen Schwierigkeit: Es gibt, anders als in den Naturwissenschaften, keine „harten“ Kriterien, die eine Hypothese eindeutig falsifizieren könnten (§ 5 Rn. 80). Selbst der Gesetzeswortlaut ist, wie wir mehrfach gesehen haben, keine feste Grenze (§ 16 Rn. 5–7, § 29 Rn. 3–15 und sogleich Rn. 13–15). Wie will man dann aber – auch „hinterher“! – von „richtig“ oder „falsch“ sprechen?

5 Man kann natürlich auch würfeln oder sich von seiner Laune treiben lassen. – Allerdings kann auch „Würfeln“ eine rationale Entscheidung sein: Einer von dreien oder vieren muss eine gefährliche oder unangenehme Aufgabe übernehmen. Wenn sich kein Freiwilliger findet, muss man das Los „entscheiden lassen“.

6 Ein Thema, das Luhmann vielfach traktiert hat; letzte Fassung wohl: *Niklas Luhmann*, Die Paradoxie des Entscheidens, in: Niklas Luhmann, Organisation und Entscheidung, 2. Aufl., Wiesbaden 2006, Kapitel 4 (S. 123–151).

7 Luhmann würde sagen: „entfaltet“, siehe *Luhmann* (Fn. 6), S. 129 ff. Meine Formulierung nimmt mehr die Handlung, nicht die Beobachtung, als „Letztbegriff“ (siehe ebd. S. 126). – Falsch wären jedenfalls, in Luhmanns Welt, die Formulierungen „aufgelöst“ oder „aufgehoben“.

8 Luhmann unterscheidet bei allen Kommunikationen stets drei „Sinndimensionen“: die Sachdimension, die Zeitdimension und die Sozialdimension; siehe *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 112 ff. et passim (= und durchgehend).

9 „Bedingung der Möglichkeit“ ist natürlich eine „Denkfigur“ aus Immanuel Kants „Kritik der reinen Vernunft“.

10 *Giancarlo Corsi*, in: Claudio Baraldi/Giancarlo Corsi/Elena Esposito, GLU – Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme, Frankfurt a.M. 1997, S. 131–139, mit dem noch kürzeren Beispiel nach Epimenides: „Diese Aussage ist falsch.“

11 *Charles Sanders Peirce*, The Fixation of Belief (1877), in: CP 5.358 – 387 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraphen 358–387); deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 149–181; dazu bereits *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 28 f., 162–164, 187–189 und öfter.

II. Ironie und Pathos (Rechtsethik)

- 7 Wahrscheinlich ist den meisten Juristinnen und Juristen diese Ambivalenz des Rechts und damit ihres Berufs mehr oder weniger bewusst. Recht pathetisch hat der große Rechtsphilosoph Gustav Radbruch (1878–1949) einmal geschrieben, Juristen müssten sich der „tiefen Fragwürdigkeit“ ihres Berufs bewusst sein.¹² Der auf andere Weise ebenfalls große Rechtsphilosoph Erik Wolf (1902–1977) spricht von der „Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft“.¹³ Es mag aber durchaus sein, dass es Juristinnen und Juristen gibt, die von derartigen Zweifeln nicht geplagt sind.

Nebenbei: Gustav Radbruch war, wie schon erwähnt, Mitglied der SPD und in der Weimarer Republik für einige Zeit Reichsjustizminister. Er gehörte zu den ersten, die von den Nationalsozialisten des Amtes als Professor enthoben wurden. Erik Wolf hatte sich bei Radbruch habilitiert, übrigens im Strafrecht (beide waren nicht nur Rechtsphilosophen, sondern auch schlicht-dogmatische Strafrechtler). In der NS-Zeit war Wolf zunächst von der neuen Ideologie begeistert, wandte sich aber im Lauf der Jahre deutlich von der nationalsozialistischen Herrschaft ab.

- 8 Was mich betrifft, so denke ich: Zu der Gretchenfrage¹⁴ der Juristen – „wie hältst du es mit der rechtlichen Richtigkeit?“ – kann man zwei Haltungen einnehmen: Ironie und Pathos. Bei beiden Haltungen kann man zudem eine gute und eine schlechte Version beobachten.

Wenn man will, sind wir damit bei einer Art **Ethik** der Jurisprudenz angelangt, nämlich bei der *Haltung* (altgriechisch *éthos*, mit langem „e“¹⁵) zu ihrer *Methode*. Dies schlägt in gewisser Weise sogar den Bogen zur Rhetorik, der antiken (§ 2) wie der heutigen (§ 32 II).

In der antiken Rhetorik hat man sich viele Gedanken darüber gemacht, wie denn ein charakterlich, also nicht bloß technisch guter Redner beschaffen sein müsse (und am Ende hat man sich mehr oder weniger selbst gelobt).¹⁶ Heutzutage lehrt Katharina Gräfin von Schlieffen ihre „Juristische Rhetorik“ durchaus kritisch – und anknüpfend an Aristoteles – unter den drei Schlagworten „Logos, Ethos, Pathos“.¹⁷

12 Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie (1932), 8. Aufl., hrsg. von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, Stuttgart 1973, S. 204 – übrigens in dem Kapitel „Ästhetik des Rechts“.

13 Erik Wolf, Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft, Freiburg i.Br. 1953. Schlussatz: „Indem die Rechtswissenschaft sich als Rechtsmetaphysik vollendet, hat sie die Zuversicht, dass ihre Fragwürdigkeit ihre Fragwürdigkeit überwinden wird.“

14 Das vorliegende Buch will, so anspruchsvoll es ist, möglichst keine Vorkenntnisse voraussetzen. Deshalb dann *doch* diese Erläuterung: Die klassische „Gretchenfrage“ stellt in der Tragödie „Faust“ von Johann Wolfgang von Goethe (1749–1832) die Hauptfigur Margarete eben diesem Dr. Faust: „Nun sag’, wie hast du’s mit der Religion?“ (Vers 3415).

15 Im Deutschen spricht man „Ethos“ als Haltung hingegen mit kurzem „e“.

16 Siehe etwa Marcus Tullius Cicero, De optimo genere oratorum [Über die beste Gattung von Rednern], in: Marcus Tullius Cicero, De inventione/Über die Auffindung des Stoffes, lateinisch-deutsch, Berlin 2013, S. 339 ff.

17 Katharina Gräfin von Schlieffen, Rhetorik, in: Volker Römermann/Christoph Paulus, Schlüsselqualifikationen für Jurastudium, Examen und Beruf, München 2003, S. 192–229; Katharina Gräfin von Schlieffen, Zur topisch-pathetischen Ordnung juristischen Denkens. Resultate empirischer

Ich will allerdings nicht verhehlen, dass ich gegenüber dem, was heute meist als „Ethik“ auftritt – nämlich Moral – eher misstrauisch bin. Moral weiß, was richtig ist. Ethik weiß, wie dünn das Eis ist, auf dem Moral operiert. Oder wie Schopenhauer einmal gesagt hat: „Moral predigen ist leicht, Moral begründen schwer.“¹⁸

Mehr schon leuchtet mir daher die schon erwähnte Sicht von Charles Sanders Peirce¹⁹ ein:

Logik gründet auf Ethik, Ethik gründet auf Ästhetik.²⁰

Deshalb wird auch diese Neue Juristische Methodenlehre (NJML) ihren letzten Halt in der Ästhetik suchen.

Vielleicht kann man Ironie und Pathos sogar als eine je spezielle **Ästhetik**, als eine je spezielle Wahrnehmung, als ein spezielles *framing* der Welt²¹ verstehen. In unserem Fall: der Welt des Rechts.

1. Ironie: Es gibt keine rechtliche Richtigkeit, aber ...

Ironie geht davon aus, dass man eigentlich alles auch anders sehen kann. Die geläufigste Form besteht bekanntlich darin, dass man das Gegenteil dessen sagt, was man meint: „Das hast Du ja wieder prima hinbekommen“. Oder man versteckt ein großes Lob hinter einem kleinen: „Kann man essen“ (= es ist köstlich).

Es liegt auf der Hand: In autoritativen Rechtstexten („Rechtsquellen“²²) hat Ironie keinen Platz. Sie sollten stets genau das sagen, was sie meinen. Und es ist, um vorzugehen, eher Zynismus, wenn Gesetze gar nicht mehr wissen, was sie meinen, sondern dies bewusst „der Praxis“ überlassen.²³

Rhetorikforschung, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 2: Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, Berlin etc. 2005, S. 405–448.

18 Arthur Schopenhauer, Preisschrift über die Grundlage der Moral (1840), in: Die beiden Grundprobleme der Ethik, Werke Band VI, Zürich 1977, S. 143 (ein Selbstzitat, als Motto vorangestellt).

19 Charles S. Peirce, Lectures on Pragmatism (1903), vor allem die Lecture V, in: CP 5.129 – 146 (Fn. II); deutsch in: Schriften (Fn. II), S. 384–394; dazu schon Lege (Fn. II), S. 295–301.

20 „Warum sollte ich folgerichtig handeln?“ Weil nur dies anständig ist. „Warum sollte ich anständig sein?“ Weil nur dies mir ein gutes Gefühl gibt. (Ich habe mir sagen lassen, dass bei den jungen Leuten die Bezeichnung „Ehrenmann“ ehrlich anerkennend gemeint ist, also nicht böse-ironisch; „Ehrenmann/Ehrenfrau“ war sogar Jugendwort des Jahres 2018.) – Nach welchen Maßstäben sich die „Anständigkeit“ bemisst, ist natürlich eine zweite Frage. Gerade auch dubiose Vereinigungen haben ihren „Ehrenkodex“.

21 Zum *framing* und weiteren *biases* der Wahrnehmung siehe unten §§ 35 und 36.

22 Zur Kritik an dieser Metapher § 14 Rn. 20–22, 81.

23 Pointiert aus Sicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit Klaus Rennert, Vom Beruf unserer Zeit ..., in: Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft (GreifRecht) 2019, S. 73–76 (73): „Mitunter werden heikle Fragen sogar bewusst der Judikative zugeschoben.“ – Das Phänomen findet sich aber in allen Rechtsgebieten, man denke aktuell an § 177 StGB – Strafgesetzbuch – (Vergewaltigung etc.) oder an § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB – Baugesetzbuch – (Erheblichkeit von Abwägungsfehlern). – Bekannt ist die Wendung „dilatorischer Formelkompromiss“, wenn der (Verfassungs-)Gesetzgeber sich nur in der Formulierung, nicht in der Sache hat einigen können, s. Carl Schmitt, Verfassungslehre (1928), 11. Aufl., Berlin 2017, § 3 III S. 31–36.

§ 30 Rechtliche Richtigkeit

Ebenfalls „daneben“ ist es, wenn sich Richter in einem Urteil über die Parteien lustig machen. So kunstvoll die Reime sein mögen: Urteilsgründe in Gedichtform²⁴ – „das geht gar nicht“.

- 12 Beim *Umgang* mit autoritativen Texten – also mit dem Recht, wie es als *Datum* (Latein für: Gegebenes) ganz unzweifelhaft vorliegt – lassen sich dann zwei Arten von Ironie unterscheiden (natürlich nur idealtypisch²⁵, also mit vielen Zwischenformen): gute und böse Ironie. Gemeinsam ist ihnen, dass sie sich auf die negative Seite der Paradoxie stellen:

Es gibt *keine* rechtliche Richtigkeit. Aber wir tun so, *als ob* es sie gäbe.

a) Böse Ironie: ... wir schlagen das Recht mit seinen eigenen Waffen

- 13 Die erste Form dieser Ironie, die böse Ironie, nimmt das Recht, aus welchen Gründen auch immer, letztlich nicht ernst. Sie bedient sich seiner aber, wenn es dem eigenen Vorteil dient. Im Extremfall bedient man sich des Rechts sogar, um es abzuschaffen.

Dies letztere dürfte, ja müsste die Position orthodoxer Marxisten sein: „Recht“ ist für sie nichts anderes als ein ideologischer „Überbau“, der die wahren Machtverhältnisse – nämlich die ökonomische Macht der Kapitalisten – verschleiert.²⁶ Um die wahrhaft gerechte Gesellschaft des Kommunismus zu verwirklichen („jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen“²⁷), müssen daher Recht und Staat „absterben“²⁸. Und diesen Prozess kann man gerade dann vorantreiben, wenn man als Juristin oder Jurist weiß, „wie dieser Laden tickt“.²⁹

- 14 In weniger revolutionärer Form nimmt man das Recht als eine Art Theater, in böser Ironie: als eine Schmierenkomödie (wie man früher gesagt hätte) wahr. Aber man spielt notgedrungen mit („ich will ja nicht verhungern“). Oder wenn man es sportlich sieht: Man reizt einfach einmal aus, „was geht“ – und ist selbst erstaunt, *was* alles geht.

Ein schönes Beispiel aus der Schweiz, das sich seiner „bösen“ Ironie freilich so bewusst ist, dass es schon wieder gute Ironie ist:

24 Auf konkrete Beispiele verzichte ich. Der Strafrechtler *Till Zimmermann* hat offenbar viele solcher Urteile gesammelt, siehe den Bericht in Legal Tribune Online (https://www.lto.de/recht/feuilleton/f/sku_rrule-urteile-buch-richter-reimen-humor/ <16.03.2024>).

25 Zum Begriff „Idealtypus“ § 19 Fn. 1 mit Hinweis auf *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1980, § I 6, auch 3 und II.

26 *Karl Marx*, Zur Kritik der politischen Ökonomie (1859), Vorwort, in: Marx-Engels-Werke (MEW), Band 13, Berlin (DDR) 1961, S. 8 f.; dort auch die berühmte Stelle: „Es ist nicht das Bewußtsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt das gesellschaftliche Sein, das ihr Bewußtsein bestimmt.“

27 *Karl Marx*, Kritik des Gothaer Programms [der deutschen Arbeiterpartei] (1875, posthum veröffentlicht 1891), in: Marx-Engels-Werke (MEW), Band 19, Berlin (DDR) 1987, S. 21.

28 *Friedrich Engels*, Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft (1882), in: Marx-Engels-Werke (MEW), Band 19, Berlin (DDR) 1987, S. 224; dort auch die schöne Formulierung: „An die Stelle der Regierung über Personen tritt die Verwaltung von Sachen und die Leitung von Produktionsprozessen.“ – Der Genauigkeit halber: Es ist bei Marx und Engels explizit nur vom Absterben des Staates, nicht des Rechts die Rede; aber da das Recht keinen Eigenwert hat, sondern ein vom Staat verwendetes Herrschaftsinstrument ist, wird es wohl ebenfalls absterben.

29 Ich denke gerade an die Paradoxie der Toleranz: Man darf denjenigen gegenüber, die Toleranz abschaffen wollen, nicht tolerant sein. „Keine Freiheit den Feinden der Freiheit!“

Einige Klimaaktivisten spielten im Jahr 2018 in der Lausanner Filiale der Credit Suisse Tennis – um damit deren klimaschädliche Investitionen anzuprangern (Tennis, weil die Bank mit dem Tennisprofi Roger Federer Werbung betrieb.) Die Aktivisten wurden wegen Hausfriedensbruchs angeklagt, beriefen sich zur Verteidigung aber auf den sogenannten rechtfertigenden Notstand – und bekamen in erster Instanz vor dem Bezirksgericht Recht: Nur so habe man die nötige Aufmerksamkeit erzielen können. Damit ist die bis dato geltende Grenze des Begriffs „rechtfertigender Notstand“ gewiss überschritten (schweizerisches Schulbeispiel: Ein Bergsteiger gerät in ein Unwetter und bricht eine Berghütte auf). Zwar hat das Kantonsgericht dieses Urteil aufgehoben und das Bundesgericht diesen Entscheid bestätigt.³⁰ Das Beispiel zeigt aber, dass die Grenzen von Rechtsbegriffen gelegentlich sehr kühn „ausgetestet“ werden.

Mittlerweile zeigt sich der Lohn der Kühnheit: Das Argument „rechtfertigender Notstand bei Straftaten zu Gunsten des Klimaschutzes“ ist in der Welt³¹ und jüngst von Amtsgericht Flensburg³² akzeptiert worden – Freispruch eines Aktivisten vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs. Der Mann hatte auf einem fremden Grundstück in Baumhäusern verweilt, um gegen die Rodung des Wäldechens zu Gunsten eines Hotelneubaus zu protestieren. Das Gericht sah darin – *distinguishing!* – keine reine Protestaktion (wie bei der Credit Suisse), sondern eine Aktion, die objektiv geeignet und erforderlich war, um das Klima, hier die Bäume, zu retten.

b) Gute Ironie: ... das Recht ist eine schöne Inszenierung

Gute Ironie geht ebenfalls davon aus, dass es keine rechtliche Richtigkeit gibt („die Gerichte tun eh, was sie wollen“). Und trotzdem spielt man mit, um wenigstens ab und zu ein Stück Gerechtigkeit zu verwirklichen, um wenigstens ab und zu eine interessengerechte Lösung zu finden, mit der beide Seiten leben können (und die man dann „dogmatisch irgendwie absichern muss“). Recht ist zwar nur ein Instrument – aber überlassen wir es besser nicht den Bösen. „Trotz alledem“³³

Das wohl schönste Beispiel für ein solches „Trotzdem“, für eine Hoffnung wider alle Hoffnung, ist Martin Luther mit seinem Spruch: Wenn ich wüsste, dass die Welt morgen untergeht, würde ich trotzdem heute noch ein Apfelbäumchen pflanzen.³⁴

Oder ist das schon Pathos?

³⁰ Bundesgericht, Urteil vom 26.05.2021 - 6B 1295/2020; Pressemitteilung:

[<https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/6b_1295_2020_2021_06_ll_T_d_15_37_44.pdf>](https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/6b_1295_2020_2021_06_ll_T_d_15_37_44.pdf) <16.03.2024>.

³¹ *Francesca Mascha Klein*: Die Rechtfertigung von Straftaten angesichts der Klimakrise, in: VerfBlog 2022/3/04, <https://verfassungsblog.de/die-rechtfertigung-von-schafftaten-angesichts-der-klimakrise/> <16.03.2024>.

³² Amtsgericht (AG) Flensburg, Urteil vom 07.11.2022 - 440 Cs 107 Js 7252/22 -, in: Klimarecht (KlimR) 2023, 25–30; dazu *Jana Wolf*, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand: Zum Freispruch von Klimaaktivist:innen durch das Amtsgericht Flensburg, in: VerfBlog 2022/11/14, <https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/> <16.03.2024>.

³³ Ein berühmtes Gedicht von Ferdinand Freiligrath, als Lied interpretiert u.a. von Wolf Biermann und Hannes Wader.

³⁴ Ob Luther dies wirklich gesagt hat, ist allerdings umstritten.

§ 30 Rechtliche Richtigkeit

- 17 Ein Beispiel für (noch) gute Ironie aus Sicht eines Verfassungsorgans ist eine Äußerung, die der damalige Ministerpräsident des Saarlandes und jetzige Bundesverfassungsrichter Peter Müller als Mitglied des Bundesrates getätigt hat. In einer politisch brisanten und sehr lebhaften Sitzung kam es nach der Abstimmung³⁵ zu einem kleinen Tumult, eines der Staatsoberhäupter (die Bundesländer sind Staaten) schlug sogar 25 mal mit der Faust aufs Pult (eine Anspielung auf Nikita Chruschtschow³⁶). Im Nachhinein stellte sich heraus: Dies war alles inszeniert, es war vorher so abgesprochen worden (und einige der Beteiligten waren erkennbar schlechte Schauspieler). Wie auch immer, Peter Müller kommentierte die Szenen zwei Tage später wie folgt:
- „Es war Theater, aber legitimes Theater“³⁷
- 18 So ähnlich halten es gute Ironiker auch mit dem Recht: Es ist eine schöne Inszenierung³⁸ für das, was sich aus anderen Gründen als vernünftig oder „legitim“ erweist.
- Nebenbei: „Szene“ kommt von altgriechisch *skēnē* = Bühne. Eine Inszenierung bringt also etwas auf die Bühne.

2. Pathos: Es gibt rechtliche Richtigkeit, auch wenn ...

- 19 Im Gegensatz zur Ironie stellt sich Pathos (altgriechisch eigentlich: Leiden, Leidenschaft; kurzes „a“) emotional bejahend auf die Seite der eigenen Identität, auch wenn sie ihre Fehler hat: *right or wrong – my country*. Bob Dylan ist im Jahr 1966, also zu Zeiten starker Kritik an den USA wegen des Vietnam-Kriegs, in Paris demonstrativ vor einem großen Stars-and-Stripes-Banner aufgetreten.³⁹ In Bezug auf das Recht könnte man ein solches Pathos vielleicht so formulieren:
- Es gibt rechtliche Richtigkeit, auch wenn keineswegs alles so läuft, wie ich es mir vorstelle.
- 20 Vielleicht sogar:
- Es gibt rechtliche Richtigkeit, auch wenn ich niemals sicher sein kann, dass ich sie in meinen Entscheidungen bzw. Rechtsmeinungen wirklich erkannt habe.
- Aber ich muss eine solche Richtigkeit *voraussetzen*, weil es sonst kein Recht gäbe – jedenfalls keines, in dem man sinnvoll über bessere und schlechtere Lösungen streiten kann. Anders gewendet: Ohne rechtliche Richtigkeit wäre Rechtswissenschaft – im wahrsten Sinn des Wortes – *sinnlos*.

35 Rechtlich stellte sich die Frage, ob die Abstimmung formell ordnungsgemäß erfolgt war, dazu BVerfGE 106, 310 – Bundesrat/Uneinheitliche Stimmabgabe (2002) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

36 Der sowjetische Staatschef Nikita Chruschtschow (1894–1971) hatte in einer Sitzung der UN-Vollversammlung empört mit einem Schuh auf das Pult geklopft (die Einzelheiten sind umstritten).

37 <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/eklat-im-bundesrat-die-union-spielte-legitimes-theater-a-188893.html>; Video: <https://daserste.ndr.de/panorama/archiv/2002/Eklat-nach-Drehbuch-Absurdes-Theater-im-Bundesrat,erste7964.html>; alle Aufrufe 16.03.2024; zur Chruschtschow-Assoziation <https://www.faz.net/aktuell/politik/bundesrats-eklat-theaterexperte-flimmt-wowereit-cool-koch-schlecht-148985.html>.

38 Interdisziplinär: *Laura Münker/Julia Stenzel* (Hrsg.), Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen, Weilerswist 2019.

39 <https://www.youtube.com/watch?v=xLG0T2IeGBY>, ab Minute 12:31 <16.03.2024>.

a) Schlechtes Pathos: ... nur wir das Recht richtig erkennen

Allerdings ist zuzugeben: Es gibt auch schlechtes Pathos. Das schlechteste Pathos ist Selbstgerechtigkeit: „Das haben wir schon immer so gemacht, das kann ja wohl nicht falsch sein.“ Eine derartige Haltung beruht recht offensichtlich auf einem *bias*.⁴⁰

21

Ein typischer *hind sight bias* ist es, wenn man eine bestimmte Art von Ausbildung, die man erfolgreich abgeschlossen hat, für sinnvoll hält – sinnvoll in Bezug auf das Ziel, dem sie angeblich dient. So hatte ich in meiner Zeit als Vorsitzender des Deutschen Juristen-Fakultätentags einmal ein Gespräch mit einem der Dekane (Fakultätschefs) über die sogenannte Schwerpunktausbildung und über die Themen-Klausuren, die an manchen Fakultäten in diesem Rahmen gestellt werden. (Die Klausuren im Pflichtfachbereich der Ersten Juristischen Prüfung verlangen von den Kandidaten die Anfertigung eines gerichtlichen Gutachtens zu einem festen Sachverhalt.) Von seiner Seite fiel das abschätzige Wort: „Märchenklausur“. Nun gut. Aber ist es wirklich *sinnvoll*, dass angehende Juristen *nur* daraufhin geprüft werden, ob sie eine relativ standardisierte Situation („Falllösung“) mit stark standardisierten „Schemata“ (siehe § 23) in äußerst knapper Zeit bewältigen können? *In the long run* und im sozusagen Hauptfeld der Juristen – man denke an die Gaußsche Normalverteilung (dazu sogleich Rn. 27) – könnte dies zu einer gewissen Borniertheit führen und dem Ruf der Juristenzunft – und damit des Rechts – schaden.

b) Gutes Pathos: ... ich mir selbst nicht immer sicher bin

Das gute Pathos angesichts der Paradoxie des Rechts betont daher ganz im Gegenteil, dass man *niemals* weiß, ob man die richtige Entscheidung getroffen hat – es kann immer sein, dass man etwas übersiehen oder eine falsche Schlussfolgerung gezogen hat. Oder man ist einem anderen *bias* aufgesessen.

22

Aber man kann nach bestem Wissen (!) und Gewissen (Ethik) alles getan haben, um seine Entscheidung nachvollziehbar – und damit auch kritisierbar – so zu *begründen*, dass die *besseren* Gründe für sie und gegen die Gegenansicht sprechen. Dies rechtfertigt es, die sozusagen *analoge* Skala der Begründung („besser/schlechter“) in den *digitalen* Code der rechtlichen Entscheidung („richtig/falsch“) zu transformieren. (Statt „digital“ und „analog“ könnte man auch sagen: „binär“ und „nicht-binär“).⁴¹

23

Dies wäre dann wohl so etwas wie die „Ethik“ der Neuen juristischen Methodenlehre (NJML).⁴²

3. Ironie und Pathos als Polarität

Man könnte vermutlich lange darüber streiten, ob Ironie oder Pathos die bessere Haltung ist. Wir wollen hier gleich das Ergebnis vorwegnehmen: Wahrscheinlich braucht man beides – wenn man nicht in einer totalitären Welt leben will.

24

40 Ausführlich zu den *biases* der Wahrnehmung unten § 35 III-V.

41 Siehe zu diesem Gedanken nochmals unter § 33 Rn. 8 und 42 im Kontext der „Vertretbarkeit“. Zum „Konzept der besten Begründung“ (Peter Lipton) in der Wissenschaft überhaupt siehe § 31 Rn. 60–61.

42 ... und es wäre nicht eine reine Gesinnungsethik!

§ 30 Rechtliche Richtigkeit

25 Für die Ironiker spricht zunächst:

Ironie wirkt meist intelligenter als Pathos.

Gegen sie spricht allerdings: Entweder begeben sich Ironiker in einen performativen Widerspruch, d.h., sie setzten in der Theorie etwas voraus, das sie durch ihre Praxis (*performance*) leugnen. „Es gibt keine rechtliche Richtigkeit“? Wie können sie aber dann in diesem Spiel, also nach *dessen* Regeln, was richtig und falsch ist, erfolgreich mitspielen? Gut, sie könnten sagen (und nur das wäre folgerichtig): Das ganze Spiel ist eine Farce. Recht ist *fake*. Richtig „richtig“ kann nur etwas anderes sein: eine höhere, eine bessere Gerechtigkeit – eine Gerechtigkeit *anstelle* des Rechts. Aber dann muss man auch genauer angeben, wie diese Gerechtigkeit zu verwirklichen ist – ohne dass das Spiel zu einer reinen Machtfrage wird.

Auf einem Kongress hat mich daher die Formulierung, man brauche im Recht „weniger Dogmatik, mehr Demokratie“, durchaus alarmiert. Weniger gefällig ausgedrückt heißt dies nämlich: mehr Politik, weniger Recht. Und das bedeutet: mehr Machtkämpfe, weniger Sachlichkeit.⁴³

26 Gegen die Pathetiker spricht: Sie wirken auf den ersten Blick weniger reflektiert, gar ein wenig langweilig (schon Platon hat gesagt, dass man aus dem Leben eines normalen Menschen, der brav seinen Job macht, keinen Roman und kein Theaterstück machen kann⁴⁴). Vor allem aber kann zu viel Pathos dazu führen, sich gegen Kritik zu immunisieren und/oder Schwachpunkte der eigenen Welt zu übersehen und notwendige Selbstkritik zu verdrängen. Pathos kann, kurz und gut, in Selbstgefälligkeit und Selbstgerechtigkeit⁴⁵ umschlagen. Aber das muss nicht sein: Gutes Pathos steht für sich und seine Ideale ein – gerade im Bewusstsein ihrer Unvollkommenheit.

27 Von daher ist gegenüber der rechtlichen Richtigkeit im Recht wohl immer beides nötig: Ironie und Pathos. Es sind die zwei Pole der *einen* Welt, die wir als Ganze niemals total beherrschen (oder auch nur begreifen). Eine Welt, in der es nur selbstzufriedene Juristinnen und Juristen gäbe, wäre genauso unerträglich wie eine Welt, die nichts als juristische Komödianten kennt. Vielleicht lässt sich so die Paradoxie des Rechts am schönsten entschärfen.

Luhmann selbst verwendet als Gegenbegriff zu „Paradoxie“ übrigens den Begriff „Tautologie“⁴⁶. Was damit gemeint ist, kann man sich am besten mit dem berühmten Gedicht von Erich Fried klar machen: „Es ist was es ist sagt die Liebe.“⁴⁷

43 „Sachlichkeit“ ist das eigentliche Produkt der Jurisprudenz, siehe Katharina Sobota (jetzt Gräfin von Schlieffen), Sachlichkeit, Rhetorische Kunst der Juristen, Frankfurt a.M. 1990; genauer dazu § 32 Rn. 14–18.

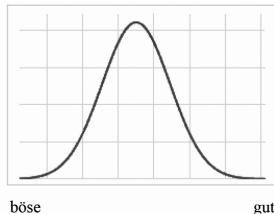
44 Platon, Politeia, Buch X Kapitel 5–8; ein aggiornamento: Joachim Lege, „Politeia“. Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 238.

45 Und dies ist das vielleicht größte „Gegenwesen“ zur Gerechtigkeit: Alexander Hollerbach, Reflexionen über Gerechtigkeit, in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 63–76 (66); erstveröffentlicht in: Norbert Brieskorn/Johannes Müller (Hrsg.), Gerechtigkeit und soziale Ordnung. Für Walter Kerber, Freiburg i.Br. etc. 1996, S. 42–55.

46 Gelegentlich werden auch Wendungen wie „weißer Schimmel“ als Tautologie bezeichnet; präziser gesagt sind es Pleonasmen.

47 Erich Fried, Was es ist, in: Gesammelte Werke, hrsg. von Volker Kaukoreit und Klaus Wagenbach, Gedichte 3, Berlin 1993, S. 35.

Aus aktuellem Anlass noch eine Klarstellung: Die Unterscheidung von guten und bösen Ironikern und Pathetikern ist natürlich nicht identitätspolitisch gemeint. Ich unterscheide nicht die Ewig-Guten von den Ewig-Bösen. Vielmehr sind wir alle (oder fast alle?) beides zugleich, Luther würde sagen: gerecht und Sünder,⁴⁸ mit Schwerpunkt mal mehr auf der einen oder der anderen Seite – ganz im Sinn der Gaußschen Normalverteilung.



Dies gilt natürlich auch für unsere Innenwelt („in jedem Mann steckt auch immer ein Schwein“⁴⁹).

Wie auch immer, dies soll nun der letzte ironisch-pathetische Schlenker sein: Irgendwie setzen wir als Juristinnen und Juristen *immer* voraus, dass es rechtliche Richtigkeit gibt – sei es als eine funktionierende Fiktion in einem ironischen „Als ob“ oder „Trotz alledem“, sei es als eine wirkliche Wirklichkeit in einem pathetischen „so gut ich dies, bei allem Zweifel, kann“.

28

Andernfalls wäre das, was wir tun, kein Recht, sondern eine Farce (*fake*).

III. Rechtliche Richtigkeit als „regulatives Ideal“

Ein zweiter Weg zu einem sinnvollen Konzept rechtlicher Richtigkeit führt über die Philosophiegeschichte: Rechtliche Richtigkeit kann dann als „regulative Idee“ verstanden werden, heutigem Sprachgebrauch folgend sollte man freilich besser von **Ideal** statt von „Idee“ sprechen. Der klassische Ort, an dem diese Idee einer „regulativen Idee“ entwickelt wird, ist die „Kritik der reinen Vernunft“ (KrV) von Immanuel Kant.⁵⁰ Für Fachphilosophinnen und -philosophen ist dies eine Selbstverständlichkeit. Für Juristinnen und Juristen geradezu erhebend ist freilich, dass Kant an derjenige Stelle des Werks, die am zugänglichsten ist, ganz evident eine juristische Methode verwendet, genauer: die Relationstechnik, so wie sie der Amtsrichter im Zivilprozess anwendet (s.o. § 22).⁵¹

29

48 Martin Luther, Vorlesung über den Römerbrief [des Apostel Paulus] (1515/16), in: Luthers Werke, Weimar 1938, Band 56, S. 70: „Ideo simul sum peccator et Iustus, Quia facio malum et odio malum, quod facio.“ Im Internet zugänglich unter <http://www.lutherdansk.dk/WA%2056/index.htm> <11.05.2014>.

49 *Farin Urlaub*, Männer sind Schweine, auf: Die Ärzte, Album „13“ (1988), Song Nr. 13 (auch als Single und Video veröffentlicht).

50 Immanuel Kant, KrV B 172 f. (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 172 f.; „A“ wäre die erste Auflage), zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

51 Dazu Joachim Lege, Wie juridisch ist die Vernunft? Kants „Kritik der reinen Vernunft“ und die richterliche Methode, in: Archiv für Rechts und Sozialphilosophie (ARSP) 1990, S. 203–226.

Systemtheoretiker würden zudem erfreut beobachten⁵², dass Kant mit dieser Methode eine Paradoxie⁵³ entschärft: Es gibt Freiheit, und es gibt sie nicht (siehe dazu sogleich).

1. Die Kritik der reinen Vernunft und ihre „Leitsterne“

- 30 Kant will in der KrV, ganz unbescheiden, philosophisch ergründen, was wir *wissen* können – aber auch und vielleicht noch mehr, was wir *nicht mehr* wissen können. Die Antwort lautet: Nur das, was wir anhand äußerer Erfahrung überprüfen können, nur das können wir *wissen*. Was darüber hinausgeht, daran können wir nur *glauben*. (Natürlich ist dies eine Ideologiekritik.)
- Wenn zum Beispiel jemand behauptet, er fühle sich als Frau, obwohl das äußere Erscheinungsbild dagegen spricht, dann können wir das allenfalls glauben. Überprüfen können wir es nicht, wir stecken ja nicht in seiner Haut oder besser: Seele („Identität“).
- 31 Der erste Witz bei Kant ist nun: Wir müssen, um überhaupt Erfahrungen machen zu können (aus denen Wissen entsteht), gewisse Formen und Begriffe *in uns selbst* voraussetzen. Sie sind uns, wie Kant sagt, *a priori* gegeben, das heißt: schon *vor* unserer Begegnung mit der Außenwelt. Konkret sind dies zunächst
- Raum und Zeit als **Formen** der „Sinnlichkeit“, besser Wahrnehmung: Wenn sie fehlen, können wir uns überhaupt nicht orientieren (man denke an Demenzkranke);
 - zwölf **Kategorien** des „Verstandes“ (insbesondere Kausalität, ferner z.B. Einheit und Vielheit, Möglichkeit, Zufall, Realität): Sie lassen uns aus unserer Begegnung mit der Welt (= Erfahrung) Zusammenhänge erschließen (!), auf die wir allein durch Betrachtung der Außenwelt nicht kommen würden: Es wird immer wärmer, die Gletscher schmelzen? Es könnte seine Ursache (Kausalität!) im Verhalten der Menschen haben.
- 32 Das Problem ist dann freilich: Wenn man diese Kategorien „auf die Welt an sich und überhaupt“ anwendet, kommt man schnell an seine Grenzen. „Die Welt hat einen Anfang in der Zeit“? Aber was war vor diesem Anfang? „Alles hat eine Ursache?“ Aber was hat die erste Ursache verursacht? Gott? Antwort: Wir können es *nicht wissen*, weil es über unsere mögliche Erfahrung hinausgeht.
- Ebenso: Dass ich genau *jetzt* genau *diesen* Einschub mache – ist das kausal völlig vorherbestimmt, oder ist es ein Akt meiner Freiheit (ich hätte auch anders können)?
- 33 Der zweite Witz bei Kant ist dann: Wir müssen uns auch dort, wo wir kein empirisch überprüfbares *Wissen* haben, irgendwie in der Welt orientieren.⁵⁴ Hierzu nun dienen,

52 „Beobachtung“ und „Selbstbeobachtung“ sind zwei der vielen (!) Grundbegriffe der Systemtheorie, siehe Luhmann, Soziale Systeme (Fn. 8), S. 12. – Bereits hier versuchsweise: *Rechtliche Richtigkeit* ist die regulative Idee bei der Beobachtung des Rechts von Seiten der Jurisprudenz; *juristische Richtigkeit* ist die regulative Idee bei der Selbstbeobachtung der Jurisprudenz (vgl. § 33 II).

53 Zum Begriff oben Rn. 4–6.

54 Kant, KrV B 294–297 (Fn. 50): Es gibt eine „Insel“ des Verstandes, auf der man sich mit Empirie gut zurechtfindet, und einen „stürmischen Ozean“, auf dem die Vernunft sich orientieren muss, wo aber auch „manche Nebelbank“ wartet.

sozusagen als Leitsterne, Begriffe nicht des Verstandes, sondern der Vernunft (i.e.S.⁵⁵). Konkret sind es in der KrV diese

- drei **Ideen** der Vernunft: „Seele“ (Identität!), ein „höchstes Wesen“ (Gott) und vor allem: „Freiheit“ (Kurzformel: Gott, Freiheit, Unsterblichkeit⁵⁶). Würden wir nicht *a priori voraussetzen*, dass es Freiheit „gibt“, wir könnten niemandem vorwerfen, dass er gegen Regeln, auch Rechtsregeln, verstößt: Er oder sie könnte ja gar nicht anders!

Aber können wir *beweisen*, dass es Freiheit gibt?

Das ist nun der dritte, im Kern juristische Witz: Wir können es nicht. Wir können aber auch das Gegenteil nicht beweisen: dass es *keine* Freiheit gibt. Kant **begründet** dies, indem er die beiden konträren Positionen wie in einer Situation von Klage und Widerklage gegenüberstellt (§ 22 Rn. 23–24) und sodann als „Beweis“ jeweils die gegnerische Position widerlegt⁵⁷ – so dass am Ende beide Seiten mit ihren „überschwänglichen Behauptungen“ scheitern:

34

Thesis

Die Kausalität nach Gesetzen der Natur ist nicht die einzige, aus welcher die Erscheinungen der Welt insgesamt abgeleitet werden können. Es ist noch eine Kausalität durch Freiheit zu Erklärung derselben anzunehmen notwendig.

Antithesis

Es ist keine Freiheit, sondern alles in der Welt geschieht lediglich nach Gesetzen der Natur.

Beweis

Man nehme an, es gebe keine andere Kausalität als nach Gesetzen der Natur; so setzt alles, *was geschieht*, einen vorigen Zustand voraus, auf den es unausbleiblich nach einer Regel folgt. (...)

Beweis

Setzet: es gebe eine *Freiheit* im transzendentalen Verstände ... Es setzt aber ein jeder Anfang zu handeln einen Zustand der noch nicht handelnden Ursache voraus ... Wir haben also nichts als Natur (...)

Anders gewendet: Beide Behauptungen gehen über die mögliche Erfahrung hinaus, beider Beweis würde in einen unendlichen Regress münden. Wenn aber nicht bewiesen ist, dass alles kausal determiniert ist, dann ist Freiheit jedenfalls *nicht unmöglich*.⁵⁸ Man darf sie deshalb *voraussetzen*, wenn dies in bestimmten Kontexten *sinnvoll* ist – etwa wenn man Menschen für ihr Handeln rechtlich zur Verantwortung ziehen will.

35

⁵⁵ Vernunft im weiteren Sinn (i.w.S.) ist bei Kant unser gesamter „Erkenntnisapparat“ (der Begriff stammt von Konrad Lorenz), bestehend aus (1) Sinnlichkeit, (2) Verstand und (3) Vernunft im engeren Sinn (i.e.S.).

⁵⁶ Kant, KrV B XXIX f. (Vorwort zur zweiten Auflage).

⁵⁷ Kant, KrV B 472–478.

⁵⁸ Kant, KrV B 586: „... dass Natur der Kausalität aus Freiheit wenigstens *nicht widerstreite*, das war das einzige, was wir leisten konnten, und woran es uns auch einzig und allein gelegen war“ (Hervorhebung im Original).

§ 30 Rechtliche Richtigkeit

- 36 Der vierte Witz, es ist der selbstkritische, lautet schließlich: Wir dürfen von diesen Ideen nur einen „regulativen“, nicht aber einen „konstitutiven“ Gebrauch machen. Insbesondere dürfen wir aus dem Begriff „Gott“ nicht ableiten, dass es ihn gibt (denn das können wir empirisch nicht beweisen). Ein solcher Vernunftgebrauch wäre faul und dreist.⁵⁹ Wir dürfen Gott aber voraussetzen, um die Hoffnung nicht zu verlieren.⁶⁰
- Atheisten könnten nüchtern sagen: Wir dürfen voraussetzen, dass „das Gute“ sich lohnt.

2. Gerechtigkeit als regulatives Ideal des Rechts

- 37 Für unseren Kontext ist nun gar nicht so wichtig, *welches* die „regulativen Ideen“ Kants in der KrV sind – er nennt sie in der zweiten Auflage „Gott, Freiheit und Unsterblichkeit“ (statt Unsterblichkeit wäre „Seele“ oder auch, mit der heutigen Psychologie, „Persönlichkeit“ gewiss schöner). Aus heutiger Sicht ist viel wichtiger und einleuchtender, Begriffe wie „Wahrheit“, „Richtigkeit“, vielleicht auch „Schönheit“, jedenfalls aber auch: „Gerechtigkeit“ als regulative Ideale zu begreifen: Wir können niemals in einem konkreten Fall mit völliger Sicherheit behaupten, dass eine bestimmte Aussage „wahr“ ist oder eine bestimmte Lösung „gerecht“. Es bleibt immer die Möglichkeit, dass man sich geirrt hat. Nichtsdestoweniger dürfen, ja müssen wir „so etwas wie“ Wahrheit oder Gerechtigkeit voraussetzen, sonst hätte unser Reden und unser Handeln keinen *wirklichen Sinn*.

a) Die „Rechtsidee“ bei Gustav Radbruch

- 38 Der Rechtsphilosoph, der die **Gerechtigkeit** geradezu klassisch als „Idee“ bzw. „Ideal“ im Sinne Kants begreift, und zwar als *die Idee des Rechts*, ist Gustav Radbruch (wir haben ihn schon erwähnt). Er schreibt in seiner „Rechtsphilosophie“:

„Der Rechtsbegriff kann nicht anders bestimmt werden denn als die Gegebenheit, die den Sinn hat, die Rechtsidee zu verwirklichen. Recht kann ungerecht sein (...), aber es ist Recht nur, weil es den Sinn hat, gerecht zu sein.“⁶¹

Und etwas später (mit Hervorhebung im Original):

„*Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.*“ (...) „Die Idee des Rechts kann nun keine andere sein als die Gerechtigkeit. (...)"⁶²

- 39 Ist dies alles nun nutzlose, abgehobene Philosophie?

Nun, in einem ersten Schritt hat Radbruch schon selbst in seiner Rechtsphilosophie das Ideal der Gerechtigkeit „konkretisiert“, nämlich aufgefächert in drei Bestandteile⁶³:

59 Kant, KrV B 716 f.

60 Die drei großen Fragen der Kritik der reinen Vernunft lauten ja: Was kann ich wissen? Was soll ich tun? Was darf ich hoffen? (B 833).

61 Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 91 (§ 1 gegen Ende).

62 Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 61), S. 119 (§ 4 am Anfang).

63 Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 61), S. 164–169 (§ 9); Radbruch spricht, auch dies in Anlehnung an Kant, von den „Antinomien“ der Rechtsidee.

Gleichheit im aristotelischen⁶⁴ Sinn (oben § 11 Rn. 35–38) als die Ur-Idee,
Rechtssicherheit (im Sinn von Vorhersehbarkeit und Durchsetzung des Rechts; anders gewendet: *certitudo* und *securitas*⁶⁵),
Zweckmäßigkeit (heute vielleicht am besten zu interpretieren als: Verhältnismäßigkeit).

Man steht als Jurist also nicht mit völlig leeren Händen da, wenn man gefragt wird: Was hat euer Recht mit Gerechtigkeit zu tun? Habt ihr da ein bisschen was Handfeste-res? (Dass man es mit der Verhältnismäßigkeit nicht übertreiben darf, haben wir schon erwähnt.⁶⁶)

b) Das „Recht“ des Nationalsozialismus: Hitlers Zynismus

Wie „nützlich“ ein solches Ideal des Rechts ist, zeigt sich in einem zweiten Schritt jedenfalls dann, wenn man es mit Menschen zu tun bekommt, die das Recht nicht mehr nur ironisch, sondern zynisch betrachten und handhaben: Menschen, die das Recht verachten, Menschen, die das Recht allenfalls als ein Machtinstrument verstehen (und nicht als einen Appell an den Anstand der Mächtigen). Menschen, denen es um nichts als Macht und Gewalt (*force*, nicht *power*) geht.⁶⁷ Wie kann man begründen, dass ein „Recht“, das sie setzen, dass die Gesetze, die sie erlassen, in Wirklichkeit gar kein Recht, sondern eine Farce sind?

Diese Frage ist – natürlich – nach dem Ende des Nationalsozialismus akut geworden. Durften die Gerichte nach dem Krieg Menschen, die einen Mitbürger wegen seiner Kritik an Hitler und am Krieg denunziert hatten – und ihn damit der Todesstrafe überliefert – ... durften, ja sollten die Gerichte solche Menschen wegen Beihilfe zum Mord verurteilen? Oder gar die Richter, die diese Strafe verhängt hatten? Nach dem NS-Recht „zur Zeit der Tat“⁶⁸ hatten die Denunzianten doch gar nichts Verbotenes getan (Rechtssicherheit!), es war sogar erwünscht, beim Ausmerzen von „Volksschädlingen“ behilflich zu sein!

In diesem Kontext ist die berühmte Radbruchsche Formel⁶⁹ entstanden. Sie nimmt in ihrer zweiten Variante (ich werde sie von der ersten absetzen) ganz explizit Bezug auf die „Rechtsidee“, also auf das *Ideal* der Gerechtigkeit, und besagt: Ein Recht, dass dieses

64 Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 61), S. 121–123 (§ 4 in der Mitte), wo ausdrücklich auf Aristoteles Bezug genommen wird.

65 Dazu Reinhold Zippelius, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 23 II, in Anlehnung an Theodor Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Aufl., Berlin 1987, S. 63 ff.: Orientierungssicherheit und Realisierungssicherheit.

66 Siehe § 15b Rn. 50 f. – Luhmann hat einmal gesagt: Sinn des *Rechtsstaats* ist die Verhinderung des Schlusses vom Zweck auf das Mittel (ich zitiere aus dem Gedächtnis).

67 Ich denke an Laurie Anderson, O Superman, auf dem Album „Big Science“ (1981): „Cause when love is gone, there's always justice. And when justice is gone, there's always force. And when force is gone ...“.

68 Siehe Art. 103 Abs. 2 GG – Grundgesetz -: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ Gleichlautend § 1 StGB – Strafgesetzbuch –.

69 Über sie gibt es mittlerweile ganze Bibliotheken. Insbesondere ist umstritten, ob oder inwieweit sich Radbruch mit dieser Formel vom Rechtspositivismus verabschiedet hat. Weil man unter „Positivismus“ durchaus Verschiedenes verstehen kann, ist dies wenig fruchtbar.

40

41

42

§ 30 Rechtliche Richtigkeit

Ideal nicht einmal mehr zu erstreben versucht, ist kein Recht mehr. Es ist Nicht-Recht. Insofern, aber auch nur insofern, *konstituiert* die Gerechtigkeit das Recht (und bleibt im Übrigen regulativ!).

Die „Radbruchsche Formel“ lautet (Hervorhebungen und Ergänzungen J.L.)⁷⁰:

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als „**unrichtiges Recht**“ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen,

eine **andere Grenzziehung** aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur „unrichtiges Recht“, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur [= **Nicht-Recht**]. Denn man kann das **Recht**, auch positives Recht, gar nicht anders definieren [!] denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn [!] nach dazu bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen [= **Rechtsidee**]. An diesem **Maßstab** [Kriterium] gemessen sind ganze Partien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt.“

- 43 So weit ist die „Formel“ meist bekannt. Weniger bekannt ist, dass Radbruch unmittelbar darauf auch „Ross und Reiter benennt“, nämlich Hitler, und dass dieser nicht nur mit der Gerechtigkeit, sondern auch mit einer anderen regulativen Idee, nämlich der Wahrheit, seine Probleme hatte:

„Die hervorstechendste Eigenschaft in **Hitlers Persönlichkeit**, die von ihm aus auch zum Wesenszuge des ganzen nationalsozialistischen „Rechts“ geworden ist, war sein **völliger Mangel an Wahrheitssinn und Rechtssinn**: weil ihm jeder Wahrheitssinn fehlte, konnte er dem jeweils rednerisch Wirkamen ohne Scham und Skrupel den Akzent der Wahrheit geben; weil ihm jeder Rechtssinn fehlte, konnte er ohne Bedenken die krasseste Willkür zum Gesetz erheben.“

Man wird sagen können, dass dies auch auf einige heutige Politiker zutreffen könnte. Einer von ihnen, eher ein Clown, ist kürzlich in London zurückgetreten. Ein zweiter erkennt bis heute nicht an, dass er eine Wahl verloren hat.

Weniger bekannt ist übrigens auch, worum es in dem **Fall** ging, auf den sich – neben anderen Fällen – Radbruchs berühmter Aufsatz bezog. Es war ein **Klospruch**, er lautete: „Hitler ist ein Massenmörder und schuld am Kriege.“⁷¹

- 44 Bekannt ist wiederum, dass sich nach dem Ende der DDR im Hinblick auf die sogenannten „Mauerschützen“ dasselbe Problem stellte: Durften nach dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik deren Gerichte einen DDR-Grenzsoldaten, der an der innerdeutschen Grenze einen sogenannten Republikflüchtling erschossen hatte, wegen Totschlags verurteilen? Und vor allem auch seine Befehlshaber? In diesem

70 Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristenzeitung 1 (1946), S. 105–108, zitiert nach: Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 339–350 (345 f.).

71 Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 70), S. 340.

Kontext ist denn auch die Radbruchsche Formel aus dem Archiv der nutzlosen Fächer „hervorgekramt“ worden.⁷²

Den letzten Satz schreibe ich mit einer gewissen Bitterkeit. Der Abbau der sogenannten Grundlagenfächer in Deutschland (Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie) ist blamabel, gerade im internationalen Vergleich.

c) Gerechtigkeit als „Kontingenzenformel“

Man könnte nun einwenden: Das ist doch alles ziemlich „idealistisch“. Vielleicht kann man diesen Einwand kontern, indem man nach Kant und Radbruch einen dritten Rahmen wählt – auch wenn er auf den ersten Blick wieder leicht abgehoben wirkt. Gemeint ist Luhmanns Systemtheorie. In ihr wird Gerechtigkeit als „Kontingenzenformel“ bezeichnet.⁷³ Gemeint ist damit im Grunde nicht sehr viel anderes als Kants „regulative Idee“, freilich erweitert um die Zeit- und die Sozialdimension,⁷⁴ kurz: um die *Geschichtlichkeit* des Rechts. „Kontingenz“ ist nämlich alles, was weder zufällig noch notwendig ist, was also durch eine Vorgeschichte geprägt wird (heute spricht man gelegentlich von „Pfadabhängigkeit“⁷⁵), aber nicht für die Zukunft determiniert. Dann ist klar, dass „Gerechtigkeit als Kontingenzenformel“ heißt:

Unter Gerechtigkeit verstand und versteht man zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Gesellschaften Verschiedenes.

Das ist natürlich keine allzu überraschende Erkenntnis. Wichtig an der systemtheoretischen Formulierung ist jedoch: Wenn man das Recht so wie in der modernen Gesellschaft⁷⁶ als ein „Funktionssystem“ begreift, das sich von anderen „Funktionssystemen“ wie „Politik“, „Wirtschaft“, „Wissenschaft“, „Religion“ deutlich absetzt und ihnen gegenüber seine Eigenständigkeit bewahrt – dann wird klar:

Das Recht darf sich *seinen* Begriff, *sein* regulatives Ideal von Gerechtigkeit nicht von anderen Systemen diktieren lassen – nicht von der Wirtschaft⁷⁷, nicht von der Politik⁷⁸, nicht von der Religion⁷⁹ oder gar der Moral⁸⁰ (welcher?). Sondern wir alle, die wir das Recht gestalten, indem wir im Recht leben, müssen uns im Recht auf dessen elementare Spielregeln einlassen, von denen die wichtigsten lauten: wir können nicht immer Recht haben (siehe schon vor § 30); deshalb hat auch niemand die „Gerechtigkeit“ für sich allein gepachtet; wir müssen vielmehr immer wieder versuchen, sie von Fall zu Fall zu verwirklichen.

45

46

72 BVerfGE 95, 96 (134 f.) – Mauerschützen (1996); zuvor BGHSt 39, 1 (15 f.) – Mauerschützen I (1992) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen); in BGHSt 40, 218 – Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR (1994) – wird die Formel nicht mehr genannt.

73 Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, Kapitel 5.

74 Siehe Fn. 8.

75 Dazu jetzt aus Sicht des Rechts Nico Schröter, Pfadabhängigkeit und Recht, Tübingen 2024.

76 Das ist sehr wichtig! Funktionssysteme gibt es nicht immer schon und überall auf der Welt, es gibt sie erst und nur in der modernen Gesellschaft – und sie sind die eigentlichen Voraussetzungen von Freiheit.

77 Deren Kontingenzenformel lautet übrigens „Knappheit“.

78 Deren Kontingenzenformel lautet „Gemeinwohl“.

79 Deren Kontingenzenformel lautet „Gott“.

80 Die Moral ist bei Luhmann kein Funktionssystem, sondern ein Medium.

§ 30 Rechtliche Richtigkeit

Wobei es allerdings immer Gewinner und Verlierer gibt – die das Recht dann ungerecht finden ... (natürlich ist dies ein weiteres Paradox des Rechts).

- 47 Kurz: Es kann, ja es muss – sozusagen begriffsnotwendig – immer auch ungerechtes Recht geben (wie im Sport ungerechte Niederlagen). Eben deshalb muss man dann aber versuchen, unterhalb der „großen Formel“ des Rechts – also der **Gerechtigkeit** – ein Geflecht von Kriterien zu entwickeln, das angesichts der vielen Fälle wenigstens so etwas wie Gleichbehandlung und Rechtssicherheit gewährleistet. Ab einem gewissen Komplexitätsgrad der Gesellschaft braucht man dafür dann Spezialisten, also Juristen. Und das „Geflecht“, das diese Rechtsspezialisten knüpfen, oder sagen wir: den **SINN-ZUSAMMENHANG**, dem sie herstellen (zum Begriff § 5 Rn. 40–59), den nennen wir in Deutschland **Dogmatik** (zum Begriff § 11 Rn. 8).

Natürlich müssen auch die anderen Funktionssysteme nach ihren eigenen Kriterien entscheiden, wie sie ihre „Kontingenzformeln“ ausfüllen. Es wäre z.B. durchaus übergriffig, wenn die Wirtschaft der Politik vorschreiben wollte, was das „Gemeinwohl“ ist.

3. Rechtliche und juristische Richtigkeit als regulative Ideale der Jurisprudenz

- 48 Wichtig ist nun: Dieser **SINNZUSAMMENHANG** „Dogmatik“ erhebt einen *eigenen* Anspruch, „richtige“ und „falsche“ Entscheidungen voneinander zu unterscheiden – allerdings nicht gemäß dem Kriterium „gerecht“ oder „ungerecht“, sondern „rechtmäßig“ oder „rechtswidrig“. Diese Unterscheidung hätte nun aber gar keinen Sinn, wenn man nicht **voraussetzen** würde, dass man diese Prädikate rechtlich richtig zuteilen kann – anders gewendet: dass es **rechtliche Richtigkeit** „gibt“.
Dies allerdings nur – wie die Gerechtigkeit – als **regulatives** Ideal. Denn zugleich macht dieser **SINNZUSAMMENHANG** „Dogmatik“ – genauer, machen die Akteure, die sich in ihm bewegen, kurz: machen alle Juristen – die Erfahrung, dass es ganz verschiedene Meinungen über das geben kann, was rechtmäßig und rechtswidrig ist. Sollen sie sich deshalb aber gegenseitig für Deppen halten? Nein, sie müssen wohl anerkennen, dass auch hier niemand die Wahrheit, niemand die „rechtliche Richtigkeit“ gepachtet hat.
- 49 Gerade deshalb muss es dann aber wohl eine Möglichkeit geben, unter den verschiedenen juristischen **Meinungen** die „richtigen“ von den „falschen“ zu unterscheiden. Kurz: Man muss offenbar auch hier ein regulatives Ideal **voraussetzen**, nämlich **juristische Richtigkeit**. Diese juristische Richtigkeit ist glücklicherweise etwas anders gestrickt als die rechtliche Richtigkeit: Es geht beim Streit von Rechtsmeinungen nicht um ein binäres „ja oder nein“ (und etwas Drittes gibt es nicht) wie bei der Unterscheidung „rechtmäßig/rechtswidrig“. Vielmehr geht es um ein graduelles „besser oder schlechter“: Manche Meinungen sind überzeugender begründet als andere – und manche „gehen gar nicht“.
- 50 Aber nach welchen Kriterien entscheiden die Juristen dann dies? Gibt es für die Meinungen Noten wie beim Turniertanz? Oder kommen wir hier – das dürfte die juristische Ad-hoc-Antwort sein – mit unserem rationalen Denken an die Grenze? So dass es letztlich auf so etwas wie die „richtige Wertung“ ankommt? Und woher bekommen wir die? Müssen wir auf so etwas wie Ethik zurückgreifen?

Um die Antwort vorwegzunehmen: ja, aber nur ein bisschen. Vor allem aber auf Ästhetik, genauer: auf eine juristische Ästhetik.

IV. Resümee und Ausblick

Halten wir kurz inne.

1. Drei regulative Ideale

Das Verhältnis von Gerechtigkeit, rechtlicher Richtigkeit und juristischer Richtigkeit ist vielschichtig. Ich will versuchen, es mit Hilfe von zwei Grundbegriffen der Systemtheorie – Beobachtung und Selbstbeobachtung⁸¹ – nochmals zusammenzufassen:

51

- (i) „Gerechtigkeit“ ist das regulative Ideal bei der Selbstbeobachtung des Rechts.

Beteiligt daran sind, als Akteure, alle „Rechtsgenossen“. Kriterium ist – völlig legitim – das, was sie als „gerecht oder ungerecht“ empfinden. Eine emotionale Begründung allein reicht aber nicht weit: Vor ihren Gefühlen sind alle Menschen gleich.

- (ii) „Rechtliche Richtigkeit“ ist das regulative Ideal bei der Beobachtung des Rechts durch die Jurisprudenz (professionelle Rechtswissenschaft).

Das tun nur die Juristen, das ist ihre Perspektive auf das Recht (andere Perspektiven stehen ganz legitim daneben: Ökonomen dürfen gern ausrechnen, was ein Gesetz kosten wird). Zur Begründung der Richtigkeit dient das, was man **Dogmatik** nennt, und es gilt das harte Entweder-Oder: „rechtmäßig oder rechtswidrig“.

- (iii) „Juristische Richtigkeit“ ist das regulative Ideal bei der Selbstbeobachtung der Jurisprudenz.

Auch dies tun naturgemäß nur Juristen. Dabei beurteilen sie lediglich, ob diese oder jene Meinung „besser oder schlechter begründet“ ist. Man hat eine gewisse Nachsicht miteinander, man lässt verschiedene Meinungen gelten – aber auch nicht alle. Kriterium für die *Teilnahme* am Meinungsstreit ist vielmehr, dass die juristische Methode eingehalten wird – das ist nicht anders als in anderen Wissenschaften.⁸² Diesen gelegentlichen Streit um die „richtige“ (!) Methode könnte man recht gut – in Anlehnung an die Dogmatik – die juristische **Methodik** nennen⁸³ (es wäre dann, mit Luhmann, eine Art Selbstbeobachtung zweiter Ordnung).

Eingebürgert hat sich die Bezeichnung „**Methodenlehre**“.

52

⁸¹ Siehe Fn. 52.

⁸² Allerdings ist auch in anderen Wissenschaften umstritten, was (noch) dazugehört und was nicht (mehr). Man denke an die Homöopathie oder an die Rassenlehre unseligen Angedenkens.

⁸³ ... und noch weiter in Anlehnung an die juristische Dogmatik könnte man juristische Methodik definieren als: die Gesamtheit der Lehren von der *juristischen* Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen. – Eine Abgrenzung zum Methodik-Begriff der Strukturierenden Rechtslehre (*Friedrich Müller, Ralph Christensen*) wäre reizvoll.

2. Logik, Ethik, Ästhetik

- 53 Die *Teilnahme* am juristischen Meinungsstreit ist nun freilich das eine – ob man gewinnt oder verliert, ist das andere. Wenn wir uns als Juristen doch alle der einen und selben Methode bedienen (sonst sind wir „raus“) – wer begründet dann sein jeweiliges Ergebnis besser?

Man mache sich klar: Juristisch interessant sind immer diejenigen Fälle, in denen man beide Seiten mit guten Gründen als „rechtlich richtig“ darstellen kann⁸⁴ („hard cases“). Allerdings können Juristen, wie wir gesehen haben, auch ganz einfache Fälle zu Problemfällen machen – dies allerdings meist aus nicht-rechtlichen Gründen. Das Bundesverfassungsgericht hat die sehr einfache Subsumtion, dass die Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) ganz eindeutig „darauf ausgeht“, die freiheitlich-demokratische Grundordnung der Bundesrepublik zu beseitigen, aus politischen Gründen unterlassen und stattdessen den Begriff des Darauf-Ausgehens durchaus haarspalterisch problematisiert (gegenüber einem bloßen Darauf-ausgerichtet-Sein).⁸⁵

Nun ist die Frage nach „richtig oder falsch“ und „besser oder schlechter“ ja eine normative Frage: Für welches Ergebnis, für welche Meinung **sollten** wir uns entscheiden? Insofern können wir uns nun daran erinnern, dass es drei normative Wissenschaften gibt und dass sie aufeinander aufbauen: Logik, Ethik und Ästhetik (s.o. Rn. 9). Für die juristische **Methodik** lässt sich dann sagen:

- 54 Mit „Logik, Logik, Logik“ als dem konstituierenden Handwerkszeug der juristischen Methode haben wir uns zur Genüge beschäftigt (§§ 4 bis 29). Im folgenden § 31 wollen wir nun kurz darlegen, was man sich allgemein unter Ethik und Ästhetik vorzustellen hat. Sodann werden wir sehen – das ist zugleich die **zweite Hauptthese** der NJML:

Entscheidend für die rechtliche und juristische Richtigkeit ist in der Sachdimension⁸⁶ nicht die Ethik, sondern die Juristische **Ästhetik** (§§ 33 und 34).

Was damit gemeint ist, werden wir näher erläutern. Und wir müssen es natürlich auch von dem abgrenzen, was in der deutschen Jurisprudenz bislang zum Thema „Ästhetik“ diskutiert wurde (§ 32).

84 Man kann dann sogar ein Theaterstück daraus machen, ich spiele an auf *Ferdinand von Schirach*, Terror. Ein Theaterstück und eine Rede, 7. Aufl., München 2016. Werbetext: „Ein Terrorist kapert eine Passagiermaschine und zwingt die Piloten, Kurs auf ein voll besetztes Fußballstadion zu nehmen. Gegen den Befehl seiner Vorgesetzten schießt ein Kampfpilot der Luftwaffe das Flugzeug in letzter Minute ab, alle Passagiere sterben. Der Pilot muss sich vor Gericht für sein Handeln verantworten. Seine Richter sind die Theaterbesucher, sie müssen über Schuld oder Unschuld urteilen.“ Man erkennt unschwer: Es handelt sich um eine Dramatisierung der Entscheidung BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz (2005). Mit Recht sehr kritisch Wolfgang Schild, Verwirrende Rechtsbelehrung. Zu Ferdinand von Schirachs „Terror“, 2. Aufl., Berlin etc. 2016.

85 Siehe oben § 29 Rn. 26–32. – Ziel war, die NPD aus politischen Gründen nicht zu verbieten. Nun gut: Es ging auch darum, mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) nicht in Konflikt zu geraten.

86 Siehe Fn. 8. – Zu „Sachlichkeit“ als Produkt der Rhetorik (!) siehe schon Fn. 43.

§ 31 Grundlagen: Ethik und Ästhetik

Wir haben uns in § 30 mit „rechtlicher Richtigkeit“ beschäftigt und diese Idee, wenn man so will, gegen erkenntnistheoretische Einwände verteidigt. Wir müssen uns nun mit einem weiteren, sehr ernst zu nehmenden Einwand beschäftigen. Er lautet in etwa:

„Rechtliche Richtigkeit“, schön und gut – eine rechtliche Entscheidung sollte aber „auch ethisch“, ja: vor allem ethisch richtig sein.

Wir werden freilich sehen, dass „die“ Ethik für die Jurisprudenz keine große Hilfe ist (I). Stattdessen ist der letzte Halt der Jurisprudenz in der Ästhetik (II) zu suchen. Dies müssen wir zunächst „von innen her“ näher ausführen (§§ 31–34). Wir werden es sodann „von außen“ mit neueren Erkenntnissen der Kognitionswissenschaft (= Erkenntnispsychologie) und der mit ihr verbundenen Verhaltensökonomie² untermauern können (§§ 35–36).

I. Zum Begriff Ethik

Ethik ist *en vogue*. Ein deutliches Zeichen hierfür sind die Kataloge geisteswissenschaftlicher Verlage. Dort heißt die Abteilung „Philosophie“ neuerdings „Philosophie und Ethik“ – als wenn die Ethik nicht nach wie vor nur ein Teil der Philosophie wäre!

Eine alte Einteilung der Philosophie lautet: Logik – Ethik – Ästhetik (wir haben es schon erwähnt). Heute könnte man wohl wie folgt untergliedern: Erkenntnistheorie – Ethik (das kann so bleiben) – Kulturphilosophie.

Es erscheint daher nötig, wenigstens im Groben ein paar Begriffsklärungen vorzunehmen.

1. Ethik als Philosophie der Moral – und des Rechts!

Die erste und wichtigste Klärung lautet: Ethik darf man nicht verwechseln mit Moral, vielmehr ist Moral der *Gegenstand* der Ethik. Unter Moral (von lateinisch *mos* = die Sitte) versteht man in einem ersten Zugriff das, was „sittlich gut“ und „sittlich böse“ ist. Allerdings darf man dann unter „Sitte“ nicht etwa Tischsitten („Benimmregeln“)

1 Siehe für das **Jurastudium** § 5a Abs. 3 Deutsches Richtergesetz (**DRiG**): „Die Inhalte des Studiums berücksichtigen die **ethischen Grundlagen** des Rechts und fördern die Fähigkeit zur kritischen Reflexion des Rechts (...).“ Leider ist dies eine eher symbolische Gesetzgebung. Das wird schon daran deutlich, dass sogleich eine lange weitere Wunschliste folgt: „... sie [die Inhalte] berücksichtigen ferner die rechtsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre [!?!] und Kommunikationsfähigkeit.“ Da wird dann die Ethik recht schnell zur *quantité négligeable* (= vernachlässigbaren Größe). Oder sagen wir es milder: Das ist alles „nicht wirklich“ ernst gemeint. – Siehe auch Fn. 11.

2 Die enge Verbindung von Kognition („Denken“) und Verhalten („Praxis“) wird hier erneut deutlich. Sie verträgt sich wunderbar mit dem pragmatistischen Ansatz der NJML.

1

2

3

§ 31 Grundlagen: Ethik und Ästhetik

oder gar die Sexualmoral verstehen („Sitte“ im Sinn von Sittenpolizei³). Mit „Sitten“ im philosophisch-herkömmlichen, freilich als Terminus antiquierten Sinn sind vielmehr gemeint: **soziale Normen** (Verhaltensregeln). **Ethik** ist daher die Wissenschaft, die soziale Normen hinterfragt.

- 4 Kants Hauptwerk zur Ethik trägt den Titel „Die Metaphysik der Sitten“ (1797).⁴ Das lässt sich recht gut übersetzen mit: „Die Philosophie sozialer Normen“.

Nebenbei: Im Wort „Metaphysik“ steckt in der Tat das Hinterfragen. Altgriechisch *metá* bedeutet „hinter“, Meta-Physik ist daher das, was wir „hinter der Natur“ (*physis*) vermuten. Zum Beispiel Natur, „gesetze“ (wer gibt sie eigentlich?⁵) oder eine Evolution.

- 5 In einem zweiten Zugriff kann man dann unter den sozialen Normen nochmals unterscheiden zwischen den Normen der **Moral** (im sozusagen engeren Sinn) und den Normen des **Rechts**. Man unterscheidet sie im Großen dadurch, dass Rechtsnormen zwangsläufig durchgesetzt werden können, während die Normen der Moral freiwillig befolgt werden müssen. Die ethisch zu hinterfragenden Probleme sind dann vornehmlich: (a) ob bzw. wann der rechtliche Zwang *legitim* ist (Rechtsstaat! Gerechtigkeit?), und ob (b) zum „freien“ Willen beim Befolgen moralischer Normen auch noch ein „guter Wille“ hinzukommen muss – warum man also auch dann nicht gegen moralische Normen verstößen sollte, wenn es keiner sieht.⁶ Das kann hier nicht vertieft werden. Wohl aber können wir feststellen, dass man die **Ethik** – als Philosophie sozialer Normen – auch wie folgt untergliedern kann: **Rechtsphilosophie** und **Moralphilosophie**.

Demgemäß unterteilt sich denn auch Kants „Metaphysik der Sitten“ in zwei Teile: eine „Rechtslehre“ und eine „Tugendlehre“⁷ – Die Frage, ob man einen guten Willen braucht, um ein guter Mensch zu sein, oder ob es reicht, sich äußerlich an die Normen zu halten, hat Kant bereits zuvor in der berühmten „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ von 1785 beantwortet: mit dem noch berühmteren Kategorischen Imperativ.⁸

3 „Sittenpolizei“ war der mittlerweile veraltete Ausdruck für diejenige Abteilung der Kriminalpolizei, die es mit Sexualdelikten, Prostitution, Zuhälterei und so weiter zu tun hatte.

4 Erschienen in Königsberg.

5 Im christlichen Mittelalter war es ganz klar: Der Gesetzgeber ist Gott. Der Arbeitskreis Ideengeschichte der Deutschen Sektion der IVR (Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie) hat im Jahr 2003 herausgearbeitet, wie sich der Gesetzesbegriff seither ausdifferenziert hat. Tagungsband: *Manfred Walther/Norbert Brieskorn/Kay Waechter* (Hrsg.), Transformation des Gesetzesbegriffs im Übergang zur Moderne?, Stuttgart 2008; Tagungsbericht: *Joachim Lege*, Das Mehrdeutigwerden des Gesetzesbegriffs und die Neuformulierung der Naturrechtslehre: Von Thomas von Aquin zur Spanischen Spätscholastik, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 90 (2004), S. 427–431.

6 Klassische Erzählung dazu bei *Platon*, Politeia II 3 (359c-360d): der Ring des Gyges, der diesen unsichtbar machte – was er kräftig ausnutzte, um Böses zu tun. – Die Fantasy-Trilogie „Der Herr der Ringe“ von J. R. R. Tolkien (1892–1973) greift dieses Motiv bekanntlich auf. – Der Titel von Platons Buch „Politeia“ wird meist falsch mit „Der Staat“ übersetzt (richtig ist: „Die gute Verfassung des Staates“). Mein Dialog mit dem Buch: *Joachim Lege*, „Politeia“. Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023.

7 *Immanuel Kant*, Mds (Die Metaphysik der Sitten [original: in zwey Theilen], Königsberg 1797), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VIII, Frankfurt a.M. 1977. – Die beiden Teile heißen genau besehen: „Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“ und „Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre“.

8 *Immanuel Kant*, GMS BA 52 (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1785 [A], 2. Aufl. 1786 [B], S. 52): „... handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde“ (S. 52), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt

Halten wir also fest: Ethik ist nicht gleich Moral – man müsste ja auch gleich fragen: welche Moral? Die christliche, die herrschende, eine „woke“ Moral der LGBTQ+-Bewegung? Was macht diese jeweilige Moral aber besser als andere, sagen wir: als stockkonservative oder radikal-religiöse Moralvorstellungen? Außer dass sie eben „herrscht“ oder in der öffentlichen Meinung „vorherrscht“? Das zu begründen ist die Aufgabe der Ethik. (Und wir vermuten schon hier: Ganz ohne Ästhetik wird „es sich nicht aussehen“.⁹⁾

Das Gleiche gilt dann natürlich auch für das Recht: Was macht unser Recht besser als andere Vorstellungen von Recht? Wenn es daher in § 5a Abs. 3 des Deutschen Richtergesetzes neuerdings¹⁰ heißt:

§ 5a Abs. 3 Die Inhalte des Studiums berücksichtigen die ethischen Grundlagen des Rechts und fördern die Fähigkeit zur kritischen Reflexion des Rechts; (...)

... dann ist dies nicht etwa die Verpflichtung auf bestimmte moralische Wertvorstellungen außerhalb des Rechts. Am besten sollte man es deuten¹¹ als Plädoyer für dasjenige Fach der Ethik, das sich eben mit dem Recht beschäftigt: Rechtsphilosophie (wobei diese natürlich nicht nur von gelernten Juristinnen und Juristen, sondern auch von Nicht-Juristen betrieben werden darf¹²⁾.

a.M. 1974. – Statt „durch die“ würden wir heute sagen: „von der“. – „Metaphysik der Sitten“ übersetzt man am besten mit: „Rechts- und Moralphilosophie“.

9 Für Norddeutsche: Das österreichisch-süddeutsche „es geht sich aus“ bedeutet ungefähr „es genügt, es reicht aus“. Also: Ohne Ästhetik wird es nicht gehen.

10 Eine kleine Real satire: Diese doch nicht eigentlich unwichtige Änderung wurde verabschiedet als Artikel 4 („Änderung des Deutschen Richtergesetzes“) von 25 (!) Artikeln des – jetzt kommt's –: „Gesetzes zur Änderung des notariellen Berufsrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften“ vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2154–2203 [2172]).

11 Der Gesetzgeber selbst schreibt (Bundestags-Drucksache 19/30503, S. 21 f., Anmerkungen J.L.):

„Studierende und Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare sollen erlernen, die rechtlichen und ethischen Konflikte, die mit den verschiedenen juristischen Tätigkeiten verbunden sein können, zu erkennen und selbstständig damit umzugehen. Ihnen soll ein methodisches [?] Reflexionspotenzial [?] zur Behandlung ethischer Dilemmata [?] an den Schnittstellen [hä?] von Recht und Ethik vermittelt werden. (...)

Die Neuregelung [in § 5a DRiG-E] betont die Notwendigkeit, dass sich angehende Juristinnen und Juristen auch mit dem nationalsozialistischen Unrecht, dem Unrecht der SED-Diktatur sowie den ethischen Grundlagen des Rechts befassen (...)

§ 5a Absatz 3 Satz 1 DRiG-E betont, dass sich angehende Juristinnen und Juristen aktiv [?] mit der Bedeutung der ethischen Grundlagen des Rechts befassen sollen, um das Recht kritisch reflektieren zu können.“

Das ist ein ganz erbärmliches Gesülze. In Wahrheit gab es einen hartnäckigen Ministerialbeamten, der auch noch nach Eintritt in den Ruhestand unbedingt in das Deutsche Richtergesetz hineingeschrieben haben wollte, dass die Beschäftigung mit dem NS-Unrecht zum Pflichtstoff des Jurastudiums gehört. Das hat man ihm dann letztlich gewährt – sofern im Gegenzug auch das DDR-Recht (oder Unrecht?) hinzukommt. Und, na gut, ein bisschen Ethik und kritische Reflexion.

12 Allerdings sollten sich die Nicht-Juristen bemühen, das Recht zunächst einmal zu verstehen – vielleicht kann dieses Buch Appetit machen. – Alexander Hollerbach hat in der Zeit, als man (mit Recht) forderte, Juristen sollten „sozialwissenschaftlich informiert sein“, einmal gekontert: „Man wird freilich entsprechend in anderer Stoßrichtung fordern dürfen, dass die benachbarten Sozialwissenschaften sich ihrerseits als rechtswissenschaftlich informiert erweisen“ (Artikel „Rechtswissenschaft“, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Bd. 4 (1988), Spalte 758; Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 86–97 [95]).

Umso bedauerlicher, dass die Rechtsphilosophie und auch die anderen Grundlagenfächer an den deutschen juristischen Fakultäten immer mehr zurückgefahren werden.

2. Die Ethik als Gesamtheit und ihre Bereichsethiken

- 8 Eine weitere Unterscheidung resultiert aus einer Mehrdeutigkeit des Begriffs Ethik. Zum einen ist Ethik die gesamte Philosophie sozialer Normen. Zum anderen haben unterschiedliche „Bereiche“ des Sozialen ihre je eigene Moral und/oder Ethik – man denke spontan an Tierethik, Medizinethik oder auch Rechtsethik.

a) Die Vielfalt „der“ Ethik

- 9 Was zunächst „die Ethik“ als **Gesamtheit** angeht, so kann man sie weiter untergliedern etwa in normative und deskriptive Ethik, Metaethik und angewandte Ethik etc. – dies ist das weite Feld der Ethik als eines Bereichs der „Fachphilosophie“, wie sie an den Universitäten in Forschung und Lehre betrieben wird.¹³

Ein Großteil besteht dann freilich darin, verschiedene „Schulen“ oder Richtungen der Ethik zunächst einmal zu verstehen – man denke an Utilitarismus (= zu erstreben ist „das größte Glück der größten Zahl“), an Deontologie (= die Lehre vom unbedingten Sollen), an Sentimentalismus (= wir haben einen *moral sense*), an Tugendethik (mit Pflichten auch gegen sich selbst!); des Weiteren etwa an Kontraktualismus (die Lehren von Vertragsgerechtigkeit, einschließlich der Lehren vom Staat als vertraglichem Konstrukt), an Voluntarismus, Kognitivismus und Nonkognitivismus, Idealismus, Historismus, Nihilismus – und was es der **-ismen** mehr gibt.

- 10 Angesichts dieser Vielfalt halte ich eigentlich immer noch die folgende Definition von Ethik für die prägnanteste¹⁴:

Ethik ist die Lehre – oder die Gesamtheit der Lehren – von **Gut und Böse**. Wobei ich den Begriff „Gut und Böse“¹⁵ freilich so weit fassen möchte, dass er auch das „rechtlich Richtig und Falsche“ umfasst.

Wie auch immer, die Themen dieser Ethik als Gesamtheit sind dann etwa: Wie verhält sich das Gute zum Glück (hat man darauf ein Recht – *pursuit of happiness!* –, muss man sich seiner würdig erweisen, welches ist der höhere Wert)? Was ist Freiheit, und wo findet sie ihre Grenzen? Was ist Gerechtigkeit, und inwieweit ist dies eine Frage des Rechts? Oder auch konkreter: Darf man sich selbst töten? Wie weit geht das Verbot zu lügen? Und was sind eigentlich Werte?

13 Sehr zu empfehlen: *Micha H. Werner*, Einführung in die Ethik, Berlin 2021 (auch online im *open access*); *Herlinde Pauer-Studer*, Einführung in die Ethik, 3. Aufl., Wien 2020; *Annemarie Pieper*, Einführung in die Ethik, 7. Aufl., Tübingen 2017. Interessant: *Dagmar Fenner*, Angewandte Ethik, 2. Aufl., Tübingen 2022, S. 54 f., klammert die „Rechtsethik“ ausdrücklich aus: Dies sei kein so neues Feld wie etwa Naturethik, Wissenschaftsethik, Medienethik.

14 „Prägnant“ bedeutet wörtlich „schwanger“, noch wörtlicher: vor (*prae*) dem Geburtsakt (*gnans*; wer geboren ist, ist dann *natus* (daher das englische *native*); übertragen bedeutet „prägnant“ demnach: „fruchtbar“.

15 „Böse“, weil „Gut und Schlecht“ zu blass ist. Bei *Annemarie Pieper* (Fn. 13), S. 147–152, ist „Gut und Böse“ die dritte „Grundfrage“ der Ethik: neben „Glückseligkeit“ und „Freiheit und Determination“.

Insoweit kann man je nach Schule zu durchaus unterschiedlichen Meinungen kommen. Darf man z.B. einen Menschen töten, um dadurch fünf andere zu retten?¹⁶ Oder gar Tausende?

Man denke auch ganz prominent an das Luftsicherheitsgesetz, also das Problem, ob eine von Terroristen gekaperte Passagiermaschine abgeschossen werden darf, um zu verhindern, dass sie in ein vollbesetztes Fußballstadion (oder ein Atomkraftwerk, eine Staumauer) gesteuert wird.¹⁷

Utilitaristen (erstrebenswert ist „das größte Glück der größten Zahl“) dürften zu anderen Ergebnissen kommen (je mehr gerettete Leben, desto besser) als deontologische Richtungen (keine Aufrechnung von Leben gegen Leben oder gar Würde gegen Würde). Kurz: Der Wert „Menschenleben“ ist für die einen kommensurabel, für die anderen nicht.

Nach welchen Kriterien soll dann aber das Recht gegebenenfalls diesen ethischen Wertekonflikt entscheiden? Wohl irgendwie nach seinen eigenen (siehe dazu dieses Buch).

b) Bereichsethiken: Sachbezug und Personenbezug

Was schließlich die **Bereichsethiken** angeht,¹⁸ so kann man sie einerseits an bestimmten Sachthemen festmachen, andererseits an bestimmten Personengruppen. Die Medizinethik umfasst daher zum einen Sachprobleme wie z.B. die Frage, nach welchen Kriterien im Transplantationswesen die Spenderorgane zu verteilen sind,¹⁹ zum anderen die sogenannte Standesethik der Ärzte. Beides hängt natürlich eng miteinander zusammen.

Der ursprüngliche Hippokratische Eid enthielt zum Beispiel ein striktes Verbot der Abtreibung und der Sterbehilfe. Die heutige Fassung (Genfer Gelöbnis) ist da differenzierter.²⁰

Das Gleiche gilt für die **Rechtsethik**. Auch hier kann man Sachthemen – wie halten wir es mit der Menschenwürde, wie rechtfertigt man die Demokratie, wenn wir mit ihr eigentlich alles andere rechtfertigen? – von „Persönlichkeitsthemen“ unterscheiden: Was verlangt das Recht vom Einzelnen, sei es nun als Rechtsunterworfer oder als Angehöriger des „Rechtsstabes“, insbesondere als Juristin oder Jurist.

16 Das Problem ist neuerdings als „Trolley-Problem“ derart populär geworden, dass ich als Nachweis auf das online-Lexikon *wikipedia* verweisen darf. Dort wird nicht nur auf die Philosophin Philippa Foot (1920–2010) hingewiesen, sondern auch, als gleichsam Vorgänger, auf die Strafrechtler Hans Welzel (1904–1977) und Karl Engisch (1899–1990).

17 BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz (2005) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite); dazu auch schon § 30 Rn. 53 Fn. 84.

18 Der Begriff „Bereichsethik“ stammt aus der Fachphilosophie.

19 Ganz wunderbar dazu Heinrich Lang, Deregulierte Verantwortungslosigkeit? Transplantationsrecht im Spannungsfeld von Kostendruck, regulierter Selbstregulierung und staatlicher Funktionsverantwortung, in: Medizinrecht (MedR) 2005, 269–279.

20 Der Hippokratische Eid ist zugänglich etwa bei der Hippokratischen Gesellschaft Schweiz ([<https://hippocrates.ch/wichtige-texte/eid-des-hippokrates>](https://hippocrates.ch/wichtige-texte/eid-des-hippokrates)), die Deklaration von Genf bei der Bundesärztekammer ([<https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/BAEK/Themen/Internationales/Bundesaerztekammer_Deklaration_von_Genf_04.pdf>](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/BAEK/Themen/Internationales/Bundesaerztekammer_Deklaration_von_Genf_04.pdf)).

Einen Teil davon haben wir schon vorweggenommen: bei der Erörterung von Ironie und Pathos als Haltung (Ethos, altgriechisch *éthos*²¹) angesichts des Paradoxons „rechtliche Richtigkeit“.

3. Folgerungen für die Rechtsethik

- 14 Ethik ist somit, wie wir nur andeuten konnten, ein weites Feld (Moral kann demgegenüber sehr engstirnig sein). Sie bedürfte einer eigenen Darstellung, die hier nicht geleistet werden kann.²² Wohl aber können wir für diejenige Bereichsethik, die sozusagen den Horizont oder auch Rahmen (*frame*) der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) bildet – also für die Rechtsethik –, einige vorsichtige Folgerungen ziehen.

a) Rechtliche Richtigkeit als Postulat der Ethik

- 15 Das erste und vielleicht überraschende Ergebnis lautet: *Rechtliche* Richtigkeit ist ein Postulat der *Ethik*. Dies liegt daran, dass „Recht und Moral“²³ – oder sagen wir besser: Recht und andere soziale Normen – zwar nicht voneinander zu trennen, wohl aber zu unterscheiden sind. Mehr noch: Wenn man unter „Moral“ das jeweils verschiedene Normengeflecht verschiedener sozialer Welten versteht, dann hat auch das Recht seine Moral – *seine* Moral. Und das heißt dann eben auch: *sein* Ideal (seine „regulative Idee“) von Richtigkeit. Diese Richtigkeit darf man nicht im Namen anderer Moralvorstellungen übertrumpfen²⁴ (wenn man *im Recht* bleiben will²⁵).

Plakativ steht für diesen Gedanken das Werk „The Morality of Law“ von Lon Fuller (1902–1978), erschienen schon 1964 und erst jetzt (!) auf Deutsch erhältlich.²⁶ Allerdings entwickelt Fuller keine „Idee“ des Rechts, sondern acht Grundsätze, denen ein Recht entsprechen sollte, um gutes Recht zu sein: (1) Es muss überhaupt Regeln (*rules at all*) geben, nicht immer nur ad-hoc-Entscheidungen; (2) die Regeln müssen hinreichend bekanntgemacht sein; (3) kein Missbrauch rückwirkender Gesetzgebung; (4) die Regeln müssen verständlich (!) sein (*understandable*); (5) keine widersprüchlichen Regeln (natürlich eine Sache der Logik!); (6) keine Verpflichtung

21 Altgriechisch *éthos* (mit langem „e“) bedeutet zunächst „gewöhnlicher Aufenthaltsort, Standort, Weideplatz“, sodann „Gewohnheit, Brauch, Sitte“, schließlich „Charakter, Denkweise, Sinnesart“. Daneben bedeutet *éthos* (mit kurzem „e“) nur „Gewohnheit, Sitte, Brauch“. Im Deutschen wird hingegen für den Begriff „Haltung“ das Wort „Ethos“ mit kurzem „e“ verwendet.

22 Standardwerk: *Dietmar von der Pfordten*, Rechtsethik, 2. Aufl., München 2011; siehe auch schon *Dietmar von der Pfordten*, Rechtsethik, in: Julian Nida-Rümelin (Hrsg.), Angewandte Ethik. Die Be rechtsethiken und ihre theoretische Fundierung, Stuttgart 1996, S. 200–290.

23 Ein klassisches Thema der Rechtsphilosophie, es wird in allen Lehrbüchern behandelt. Mein Beitrag: *Joachim Lege*, „Recht und Moral“. Überlegungen zu einer altehrwürdigen Antithese, in: Manuel Atienza,/Enrico Pattaro/Martin Schulte/Boris Topornin/Dieter Wyduckel (Hrsg.), Theorie des Rechts und der Gesellschaft. Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 217–224.

24 Nebenbei: Zur Idee von Rechten als politischen Trümpfen gegenüber kollektiven Zielen siehe § 18 Rn. 94.

25 Zu Alternativen zum Recht siehe sogleich unter 3.

26 *Lon Fuller*, The Morality of Law, New Haven etc. 1964; die deutsche Übersetzung von Christoph Bezemeck erscheint sehr passend gerade bei Meiner. – Doktorarbeit: *Achim Doerfer*, Die Moral des Rechts. Zur Rechtsphilosophie Lon L. Fullers, Baden-Baden 2006. Der Titel führt in die Irre: Es geht gerade nicht um „Moral“, sondern um *Moralität*, dazu sogleich Rn. 17 f.

beyond the powers der Betroffenen (kein *ultra posse*)²⁷; (7) keine ständigen Änderungen der Regeln; (8) „Kongruenz“ zwischen den Regeln und ihrer Administration.²⁸

Natürlich sind dies Prinzipien, die „bei uns“ zum Rechtsstaatsprinzip gehören – und man könnte einmal überlegen, ob nicht die ständige Änderung von Gesetzen, einschließlich der Verfassung und neuerdings besonders gern des Strafgesetzbuchs (!), gegen das Rechtsstaatsprinzip verstößt.

16

b) Zum Ethos: Achtung vor dem Recht

Zweites Ergebnis, wohl nicht weniger überraschend: Wenn auch das Recht seine Moral hat – *seine eigene* Moral –, dann kann man offenbar auch im Rechtlichen „moralisch richtig“ und „moralisch falsch“ handeln. Was könnte dies bedeuten?

17

Nun, insoweit kann man anknüpfen an Kants „Metaphysik der Sitten“. Unter „Moraltät“ im weiten Sinn versteht Kant dort ein Handeln „aus Achtung vor dem Gesetz“. „Aus Achtung“, das bedeutet: nicht aus anderen Motiven („Beweggründen“²⁹), etwa aus Angst vor Strafe oder Hoffnung auf Belohnung. Und „vor dem Gesetz“ – da würde ich lieber sagen: aus Achtung vor einer (als legitim anzuerkennenden) „sozialen Norm“ (Regel, Verhaltensvorschrift). Genau besehen unterscheidet Kant dann allerdings bei den Gesetzen solche des Rechts („juridische Gesetze“) von solchen der Moral im engeren Sinn – Kant nennt sie leider, weil für unser Begriffssystem verwirrend, „ethische“ Gesetze. Und sowohl die rechtlich-„juridischen“ als auch die „ethischen“ Gesetze kann man *aus Achtung* vor ihnen befolgen (oder eben nicht).³⁰

18

Über Kant hinaus könnte man dann die Moraltät, aus der heraus man „ethisch“ handelt, als „Ethizität“ bezeichnen, und die Moraltät, mit der man aus Achtung vor dem *Recht* handelt, als Juridität oder gar „Juridizität“.³¹

Weil das nicht besonders schön klingt, habe ich auch einmal den Terminus „Zivilität“ vorgeschlagen (denn Achtung vor dem Recht ist das, was Zivilisation ausmacht).³² Oder vielleicht nennt man es am besten schlicht „Rechtlichkeit“³³?

Den Begriff „Legalität“ kann man hierfür hingegen nicht nehmen: Kant bezeichnet mit ihm das bloß äußerliche Befolgen von Normen (sei es aus Angst vor Strafe oder aus Hoffnung auf Belohnung), während bei der „Moraltät“ eben die Norm selbst – oder besser die Achtung vor ihr – das Motiv (den „Beweggrund“) des Handelns liefert (*be good for goodness' sake*).

27 Latein: jenseits des Könnens. Anders gewendet: Das Recht darf nicht Unmögliches verlangen.

28 Lon Fuller, Morality (Fn. 26), S. 38 f.

29 Lateinisch *movere* = bewegen.

30 Zum Ganzen Joachim Lege, Abscheu, Schaudern und Empörung. Die emotionale Seite von Recht und Sittlichkeit bei Kant, in: Jahrbuch für Recht und Ethik (JRE) 15 (2006) S. 447–478.

31 Dies wäre dann auch eine Gegenposition zum Fachphilosophen Daniel Loick, Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, Berlin 2017.

32 Lege, Abscheu (Fn. 30), S. 467.

33 Alexander Hollerbach, Rechtsethik, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Bd. 4 (1988), Sp. 692–694; Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 84.

§ 31 Grundlagen: Ethik und Ästhetik

- 19 Was bedeutet dann aber Achtung vor dem *Recht* ganz pragmatisch? Für eine erste, nicht als abschließend gedachte Liste kann man notieren:
- Es darf keine Position geben, die immer Recht hat.³⁴ Dies wäre eine Perversion des Rechts, weil sich diese Person oder Institution damit über das Recht stellen würde.
 - Die größte Untugend ist demgemäß Selbstgerechtigkeit.³⁵
- Dazu gehört insbesondere auch ein Nicht-gelten(!)-lassen anderer Meinungen.
- Selbst wenn man das Recht als ein politisches Instrument betrachtet, um Gerechtigkeit herzustellen,³⁶ darf man es nicht zu einem *bloßen* Instrument, zu einem bloßen Objekt machen – andernfalls verletzt man seine Würde.
- 20 Natürlich ist dies eine Anspielung auf die sogenannte „Objektformel“ zur Würde des Menschen, die zu achten (!) Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt vorschreibt – und die natürlich auf Kant zurückgeht.³⁷ – Noch etwas pathetischer übrigens Hegel: „Das Recht ist etwas Heiliges überhaupt.“³⁸
- Eine reine Instrumentalisierung liegt etwa vor, wenn „die Politik“ der öffentlichen Meinung vorgaukelt, gesellschaftliche Makroprobleme ließen sich mit eilends zusammengeschusterten Strafgesetzen lösen (Stichwort: „Kölner Silvesternacht“, § 184j StGB – Straftaten aus Gruppen³⁹).
- Letzte Anmerkung: Vielleicht ist es nur eine *façon de parler* (unterschiedliche Formulierung) ob man sagt, das Recht sei ein Instrument, mit dem man pfleglich umzugehen hat; oder ob man sagt, das Recht sei heilig, aber wir wollen niemanden gewaltsam zu diesem rechten Glauben bekehren.
- 21 – Nicht zu vergessen schließlich: Recht verlangt, wenn es verletzt wird, persönlichen Einsatz⁴⁰ – den Einsatz von Menschen, die für das Recht eintreten, sei es im Einzelfall, sei es für das Recht insgesamt.

Denn wir haben in vielen Bereichen nichts Besseres.

34 So auch *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 549: „Das System kann keine Positionen vorsehen, die *auf alle Fälle* Recht haben bzw. Recht bekommen. ‚Auf alle Fälle‘- das heißt: ohne Rücksicht auf die Konditionen des Systems.“ Dazu auch *Joachim Lege*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man als Jurist Rechtsphilosophie? Ein systemtheoretischer Versuch, in: Rolf Gröschner/Martin Morlok (Hrsg.): Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs (ARSP-Beiheft 71), Stuttgart 1997, S. 83–104 (92).

35 Sie ist geradezu das „ethische Gegenwesen“ zur Gerechtigkeit, so *Alexander Hollerbach*, Reflexionen über Gerechtigkeit, in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 63–76 (66); erstveröffentlicht in: Norbert Brieskorn/Johannes Müller (Hrsg.), Gerechtigkeit und soziale Ordnung. Für Walter Kerber, Freiburg i.Br. etc. 1996, S. 42–55.

36 Dies ein Zugeständnis an eine in Amerika verbreitete Auffassung.

37 Dazu schon § 5 III Rn. 93 mit Fn. 178; Vermittler war der Tübinger Staatsrechtler Günter Dürig (1920–1996).

38 *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), § 30; zitiert nach: Werke Band 7, Frankfurt a.M. 1970.

39 Dazu *Joachim Renzikowski*, in: Münchener Kommentar zu StGB, 4. Aufl. 2021, Rn. 2: „Der Tatbestand wurde gegen alle Bedenken aus reinem *Populismus* im Rechtsausschuss durchgedrückt.“

40 *Hollerbach*, Reflexionen (Fn. 35), S. 66: Gerechtigkeit „kommt nicht automatisch zustande, sondern es bedarf immerzu des engagierten Einsatzes.“

c) Alternativen zum Recht

Damit ist anerkannt, dass man mit dem Recht nicht *alle* Probleme lösen kann.⁴¹ Man kann niemanden rechtlich zur Liebe zwingen, auch nicht zu einem Glauben oder zu einer bestimmten Weltanschauung – etwa im Hinblick darauf, ob es biologisch betrachtet nur zwei Geschlechter gibt oder nicht.⁴² Auch sollte man es nicht rechtlich sanktionieren, wenn jemand zu spät zu einer Verabredung kommt und dergleichen mehr. Kurz, man muss anerkennen, dass in manchen Bereichen das Recht (und rechtlicher Zwang) nicht die beste Lösung ist.

22

Gelegentlich habe ich sogar gesagt: „Recht ist immer nur die zweitbeste Lösung. Besser sind Liebe oder Gewalt.“

Allerdings gilt dies „besser“ nur, wenn man der Stärkere ist. Deshalb ist die zweitbeste Lösung eben doch in vielen Bereichen besser als die beste.

Wie auch immer, es ist ein durchaus berechtigter Ansatz in der **Ethik**, nach Alternativen zum Recht zu suchen und zu fragen: Was funktioniert in welchen Bereichen besser als das Recht?⁴³

23

So betrachtet, könnte man nicht zuletzt Luhmanns Theorie der „Funktionssysteme“ (Recht, Wirtschaft, Politik, Wissenschaft, sogar Kunst, Religion etc.) als ethisch, zumindest ethisch relevant bezeichnen.⁴⁴ Explizit ethisch hat Michael Walzer untersucht, nach welchen Kriterien in welchen gesellschaftlichen Bereichen („Sphären“) das zu verteilen ist, was die Menschen begehrten.⁴⁵ Und gegenüber dem Funktionssystem „Wirtschaft“ wäre zu betonen, dass man auch mit Geld nicht alle Probleme lösen kann.⁴⁶

Sehr bedenkenswert im Übrigen der leicht paradoxe Gedanke, es könne ein „Recht auf Nicht-Recht“ geben.⁴⁷

41 Deshalb beginnt Kurt Seelmann/Daniela Demko, Rechtsphilosophie, 7. Aufl., München 2019, § 1, sehr sinnvoll mit einer „Alternativendebatte“.

42 Im Juli 2022 gab es an der Humboldt-Universität zu Berlin einen kleinen Skandal. Die Biologie-Doktorandin Marie-Louise Vollbrecht kündigte für die „Lange Nacht der Wissenschaften“ – also für ein allgemeines Publikum – einen Vortrag mit dem Titel an: „Geschlecht ist nicht (Ge)schlecht – Sex, Gender und warum es in der Biologie zwei Geschlechter gibt“. Er wurde von der Universität in vorauselendem Gehorsam gegenüber angekündigten Protesten abgesagt.

43 Man denke auch an den Spruch „Gnade vor Recht“. Zum Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten siehe Art. 60 Abs. 2 GG. Es steht gerade in der Kritik.

44 Vermutlich hätte ihn das amüsiert, vgl. Luhmann, Recht der Gesellschaft (Fn. 34), S. 25.

45 In einem Wort: die „Güter“, wobei das allererste und wichtigste Gut die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft ist; siehe Michael Walzer, Spheres of Justice (1983), deutsch: Sphären der Gerechtigkeit. Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit, Frankfurt a.M. etc., 1992.

46 Auch die Wirtschaft lebt von Voraussetzungen, die sie selbst nicht garantieren kann – und geradezu zuvörderst von einem funktionierenden Recht. – Zum sogenannten Böckenförde-Diktum siehe § 5 II Rn. 54 mit Fn. 119, § 9 Rn. 16.

47 Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Ludger Heidbrink (Hrsg.), Recht auf Nicht-Recht. Rechtliche Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft, Velbrück 2020.

4. Resümee

- 24 Wir können festhalten: Von „der Ethik“ kann das Recht keine große Hilfe erwarten, insbesondere nicht von der Moralphilosophie. Ganz im Gegenteil muss das Recht häufig Fragen entscheiden, die innerhalb der Ethik hoch umstritten sind. Woran orientiert sich das Recht aber dann?

II. Zum Begriff Ästhetik

- 25 Die These der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) lautet: Recht und Jurisprudenz orientieren sich an einer spezifisch rechtlichen und juristischen Ästhetik. Sie ist für das Recht und für die Jurisprudenz der letzte Halt. Für die meisten Juristinnen und Juristen wird dies zunächst befremdlich klingen: Was hat das Recht mit Schönheit, was hat es gar mit Kunst und Design zu tun? Diesem Einwand läge freilich ein zu enges Verständnis von Ästhetik zu Grunde.

Wir wollen daher – es geht in diesem Buch ja auch darum, die Verständigung zu erleichtern – in einem ersten Schritt die klassischen Bereiche „der“ Ästhetik betrachten (1). In einem zweiten Schritt wollen wir das Verhältnis von Ästhetik und Wahrheit (als einer Form von Richtigkeit) untersuchen (2). Ein dritter Schritt soll klar machen, was Ästhetik leistet: nämlich dort Konsens (wörtlich: Zusammen-Sinn) schaffen, „wo Worte versagen“ (3). Dies beantwortet aber noch nicht die Frage, ob es auch im Ästhetischen so etwas wie *Richtigkeit* gibt, und die Antwort wird lauten: ja, Gelingen und Gelungenheit (4, 5).

1. Die klassischen Bereiche der Ästhetik

- 26 Die klassischen Bereiche der Ästhetik lassen sich auf die Kurzformel bringen: von der Wahrnehmung über das Schöne und Erhabene zum Authentischen.⁴⁸

a) Ästhetik als Lehre von der Wahrnehmung (*aisthesis*)

- 27 Geht man vom altgriechischen Ursprung aus, so bedeutet das Verb *aisthánesthai* „wahrnehmen“, *aisthesis* ist dementsprechend die Wahrnehmung. „Ästhetik“ ist daher zunächst nichts anderes als die Lehre von der Wahrnehmung mit den Sinnen – vor allem Auge und Ohr. Und weil man sich offenbar lange vorstellte, dass Auge und Ohr die Welt nicht nur passiv wahrnehmen, sondern auch aktiv-normativ beurteilen, war der Schritt zur Ästhetik als Lehre vom Schönen nicht weit.

„Sie haben ein gutes Auge“ kann bedeuten: Sie machen schöne Fotos.

- 28 Auf der Landkarte der Vernunft,⁴⁹ die Immanuel Kant (1724–1804) in der „Kritik der reinen Vernunft“ (1781) zeichnet, erhält die Ästhetik dann einen ganz anderen Anwendungsbereich (dazu schon § 30 Rn. 31). Sie bleibt zwar die Lehre von der Wahrnehmung, jedoch ist hier nicht die Wahrnehmung durch Sinnesorgane gemeint (Auge,

48 Siehe dazu bereits Joachim Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 306–326.

49 Wenn man so will: auf seiner *map* des Geistes (*mind*).

Ohr etc.), sondern eine „Sinnlichkeit“, die zwei „reine Formen“ kennt: Raum und Zeit – sie sind die Bedingungen der Möglichkeit⁵⁰ von Weltwahrnehmung (und damit Erfahrung) überhaupt. Diese „Transzendentale Ästhetik“ ist freilich nur das knappe Vorspiel zur „Transzentalen Logik“, die davon handelt, wie diese Daten der Wahrnehmung verarbeitet werden: teils vom Verstand (in der „Transzentalen Analytik“), teils von der Vernunft i.e.S.⁵¹ („Transzendentale Dialektik“).

Zu Kants Überlegungen betreffend das Schöne und das Erhabene sogleich unter c.

b) Ästhetik als Lehre vom Geschmack (je ne sais quoi, Takt, Stil)

Als Ursprung der neuzeitlichen Ästhetik gilt – zeitlich ein gutes Jahrhundert vor Kant – häufig der spanische Theologe und Jesuit Baltasar Gracián (1601–1658). Er ist Entdecker einer sozusagen soziologischen Ästhetik, verkörpert im Begriff „Geschmack“. Dieser Geschmack (*gusto*) ermöglicht es, dass man in einer Welt sich radikal ändernder sozialer Normen doch das Richtige treffen und angemessen handeln kann – man möchte fast sagen: sich durchschlagen. In diesem Sinn finden sich in Graciáns berühmtestem Werk, dem *Oráculo manual y arte de prudencia* von 1647 – auf Deutsch: „Handorakel und Kunst der Klugheit“⁵² – in knappem Stil (meist 10 bis 20 Zeilen) eine ganze Reihe von Regeln und Empfehlungen zur Selbstbehauptung und Selbstdarstellung.

29

Zum Beispiel die Nummer 149 – „Schlimmes anderen aufhalsen können“ – und die Nummer 150 – „Seine Sachen herauszustreichen verstehen.“

Das Besondere an diesem sozialen Geschmack ist, dass man nicht recht *sagen* kann, was denn einen guten und schlechten Geschmack ausmacht. In Frankreich kommt daher für dieses gewisse Etwas, das man haben muss, ohne dass man es definieren und „wissen“ kann, die Wendung auf: *je ne sais quoi*.⁵³ In dieselbe Richtung geht der Begriff „Takt“ – seine ästhetische Herkunft⁵⁴ liegt auf der Hand – in seiner Bedeutung von „sicheres Gefühl für das Richtigste und Schickliche“ (im Deutschen üblich seit dem 18. Jahrhundert).⁵⁵ Wohl erst an der Wende zum 20. Jahrhundert wird aus dem Begriff „Stil“ – er stammt aus der antiken Rhetorik⁵⁶ und ist seit dem 16. Jahrhundert zudem

30

50 „Bedingung der Möglichkeit“ ist die beste Kurzformel für Kants „Transzentalphilosophie“: Erst bestimmte „Formen“ und „Begriffe“ in unserem Geist (im Sinn von *mind*) machen Erfahrung überhaupt möglich; aber sie machen nur mögliche Erfahrung möglich – folglich können wir manche Dinge gerade nicht wissen (z.B. ob es Gott und Freiheit wirklich gibt). – Dazu schon § 30 Rn. 31–36.

51 Abkürzung für: im engeren Sinn. – Die Vernunft im weiteren Sinn (i.w.S.) – sie gibt der KrV den Namen – besteht bei Kant aus der Trias von Sinnlichkeit, Verstand und Vernunft im engeren Sinn.

52 Baltasar Gracián, Handorakel und Kunst der Weltklugheit (1647), Zürich 1991 (Übersetzung von Arthur Schopenhauer!); Neuübersetzung (von Hans Ulrich Gumbrecht!): Ditzingen 2020.

53 Alfred Baeumler, Das Irrationalitätsproblem in der Ästhetik und Logik des 18. Jahrhunderts bis zur Kritik der Urteilskraft (1923), Nachdruck der 2. Aufl. (1967) Darmstadt 1981, S. 20, 39 f. und durchgehend.

54 Lateinisch *tangere* (Partizip Perfekt *tactus*) = berühren.

55 Redaktion, Takt, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie (HWPh), Band 10, Basel 2007, Spalte 882–884.

56 Von lateinisch *stilus* = der Griffel; „Stil“ ist also ursprünglich die persönliche, individuelle „Handschrift“.

§ 31 Grundlagen: Ethik und Ästhetik

eine Kategorie in Musik, Malerei etc. – auch im Alltagsleben eine Bezeichnung für die „persönliche Handschrift“, die man z.B. in der Kleidung oder im Auftreten pflegt.⁵⁷

Der Begriff „Mode“ wird im Deutschen seit dem 17. Jahrhundert heimisch „zur Bezeichnung des neuen Geschmacks der Kleidung und später des Betragens“.⁵⁸ Kant hat sich zur Mode kritisch geäußert, allerdings auch zugegeben: „Besser ist es aber doch immer, ein Narr in der Mode als ein Narr außer der Mode zu sein (...).“⁵⁹

c) Ästhetik als Lehre vom Schönen und Erhabenen (Baumgarten und Kant)

- 31 aa) Offenbar waren die Deutschen, wie Kant sagt, die ersten und „einzigsten, welche sich ... des Worts Ästhetik bedien[t]en, um dadurch das zu bezeichnen, was andere Kritik des Geschmacks heißen“.⁶⁰ Gemeint war damit der von Kant durchaus geschätzte, etwas ältere Philosophenkollege Alexander Gottlieb Baumgarten (1714–1762). In seinem Werk „Aesthetica“ – ein unvollendetes, auf Latein verfasstes Buch von rund 800 Paragraphen – hatte Baumgarten versucht, neben die Wissenschaft rationaler Erkenntnis, also neben die Logik, eine Wissenschaft sinnlicher Erkenntnis (*scientia cognitionis sensitiva*) zu stellen, eben die **Ästhetik**⁶¹ – und zwar mit gleichem Rang. Als ihr Ziel bezeichnet Baumgarten die Vollkommenheit (*perfectio*), und das heißt: Schönheit (*pulchritudo*) der sinnlichen Erkenntnis.⁶²
- 32 Es könnte sein, dass Kant hiervon beeinflusst war, als er in seiner „Logik“ – einem Spätwerk, das er nicht mehr selbst herausgegeben hat – der „logischen Vollkommenheit“ recht breiten Raum gewidmet hat.⁶³
- 33 Was Baumgarten angeht, dies noch zur Vertiefung: Baumgarten setzt voraus (ich möchte sagen: als Kontingenzformel, § 30 Rn. 45–47), dass es neben der logischen auch eine „ästhetische Wahrheit“⁶⁴ (und Falschheit⁶⁵) gibt, die subjektiv geprägt ist.⁶⁶ Irgendwie geht es also auch Baumgarten – wie Gracián, aber eben deutsch-professoral – um eine Emanzipation des subjektiven, „emotionalen“ Urteils gegenüber objektiv-deduzierten Wahrheiten – „und zwar in der Weise **quer durch die Wissen-**

57 Zu allem Wolfgang G. Müller, Stil, in: HWPh (Fn. 55), Band 10, Basel 2007, Sp. 150–159; siehe auch Lege, Pragmatismus (Fn. 48), S. 334 f.

58 Heinrich Brinkmann/Ralf Konersmann, Mode, in: HWPh (Fn. 55), Band 13, Basel 2007, Sp. 41–45.

59 Immanuel Kant, Anthropologie in pragmatischer Hinsicht (1798), § 71 („Vom Modegeschmack“), zitiert nach der Ausgabe Stuttgart 1983.

60 Immanuel Kant, KrV B 35 Anm. (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 35 Anm.; „A“ ist die erste Auflage), zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

61 Alexander Gottlieb Baumgarten, Aesthetica (1750/58), § 1, zitiert nach Alexander Gottlieb Baumgarten, Theoretische Ästhetik. Die grundlegenden Abschnitte aus der „Aesthetica“, Lateinisch – Deutsch, übersetzt und hrsg. von Hans Rudolf Schweizer, 2. Aufl., Hamburg 1988.

62 Baumgarten, Aesthetica (Fn. 61), § 14; und auch: deren Unvollkommenheit (*imperfectio*), d.h. Hässlichkeit (*deformatio*), zu vermeiden.

63 Immanuel Kant, Logik – ein Handbuch zu Vorlesungen, Königsberg 1800, S. 53–126; in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VI, Frankfurt a.M. 1977.

64 Baumgarten, Aesthetica (Fn. 61), § 423–444.

65 Baumgarten, Aesthetica (Fn. 61), § 445–477.

66 Ziemlich herumeiernd: Baumgarten, Aesthetica (Fn. 61), § 424, 427; dazu auch die Anm. 61 des Herausgebers S. 214.

schaften hindurch [!], dass man ungefähr sagen kann, in jeder Wissenschaft [!] beginne die ästhetische Denkart dort, wo die logische aufhört“⁶⁷

Alles ein wenig konfus? So ist es nun einmal, wenn man etwas entwirft: „*Confusio [est] conditio, sine qua non, inveniendi veritatis, ubi natura non facit saltum ex obscuritate in distinctiōnem. Ex nocte per auroram meridies ...*“⁶⁸ („Verwirrung ist die Voraussetzung, ohne die es bei der Entdeckung der Wahrheit nicht geht; denn die Natur macht keinen Sprung von der Undeutlichkeit⁶⁹ in die Bestimmtheit⁷⁰. Aus der Nacht wird [erst] durch die Morgenröte der Tag [...].“)

- bb) Ziernlich konfus, wenn nicht gar widersprüchlich, ist auch das, was sich bei Immanuel Kant zur Ästhetik findet. Grob gesagt kann man unterscheiden zwischen der Ästhetik in der „Kritik der reinen Vernunft“ (KrV) von 1781 und der Ästhetik in der „Kritik der Urteilskraft“ (KdU) von 1790.

34

Zwischen diesen beiden „Kritiken“ erschien 1788 die „Kritik der praktischen Vernunft“⁷¹ – alle drei zusammen handeln nach Kants Plan die drei klassischen Gebiete der Philosophie ab: Logik (im Sinn von Erkenntnistheorie), Ethik (d.h. Moralphilosophie) und Ästhetik. Oder auch: die Lehren vom Wahren, vom Guten und vom Schönen. Dass der Plan nicht ohne Brüche aufgegangen ist – dazu gleich mehr – macht die Sache hinreichend charmant.

„Kritik“, um es zu wiederholen, ist dabei nicht als ein negatives Kritisieren zu verstehen, sondern schlicht als „Beurteilung“ oder „Bewertung“ (altgriechisch *krinein*) – so wie eine Film- oder Theaterkritik.

- Die Transzendentale Ästhetik in der KrV (mit „Raum“ und „Zeit“ als den „reinen Formen“ der Wahrnehmung) haben wir schon erwähnt. Die Ästhetik im gewöhnlichen Sinn, also eine Theorie des Schönen (in Kunst und Natur) findet sich hingegen in der dritten Kritik, also der „Kritik der Urteilskraft“ (KdU). Dort definiert Kant **Schönheit** als „das, was ohne Begriff allgemein gefällt“⁷² (d.h. grob gesagt: ohne dass man es definieren könnte), an anderer Stelle als das, „was ohne Begriff als Gegenstand eines notwendigen Wohlgefällens erkannt wird“⁷³ (es ist also nicht völlig subjektiv). Dieses Wohlgefallen muss zudem „ohne alles Interesse“⁷⁴ sein – ethisch⁷⁵ interpretiert: Schön-

35

67 Baumgarten, Aesthetica (Fn. 61), § 569; in diesem Paragraphen werden übrigens erneut „die logikodogmatische und die ästhetikodogmatische Denkart“ gegenübergestellt.

68 Baumgarten, Aesthetica (Fn. 61), §7.

69 Wörtlich: Dunkelheit.

70 Wörtlich: Unterscheidung! Luhmann hätte seine Freude daran (*draw a distinction*). Man denke auch an das *clare et distincte* („klar und deutlich“) bei Descartes, siehe § 1 Rn. 6.

71 Immanuel Kant, KpV (Kritik der praktischen Vernunft, Riga 1788), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1974.

72 Immanuel Kant, KdU B 32 (Kritik der Urteilskraft, 2. Aufl., Berlin 1793, S. 32), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band X, Frankfurt a.M. 1977; – Hervorhebung von mir.

73 Kant, KdU B 68 – Hervorhebung im Original.

74 Kant, KdU B 5–7 (§ 2), B 16 (§ 5 am Ende).

75 Zur Objektformel als Definition (einer Verletzung) der Menschenwürde schon § 5 III Rn. 93 Fn. 183. Die Formel beruht wiederum auf der dritten Fassung des Kategorischen Imperativs: „Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest“ (Kant, GMS BA 66 f., im Original hervorgehoben).

heit ist ein Zweck an sich selbst, kein bloßes Objekt.⁷⁶ (Die Kurzformel „interesseloses Wohlgefallen“⁷⁷ findet sich bei Kant so übrigens nicht.) Das „Vermögen“ schließlich (= die Fähigkeit), Schönheit zu beurteilen, ist der schon erwähnte Geschmack. Kurz:

„Geschmack ist das Beurteilungsvermögen eines Gegenstandes oder einer Vorstellungsart durch ein Wohlgefallen oder Missfallen, ohne *alles Interesse*. Der Gegenstand eines solchen Wohlgefalens heißt schön.“⁷⁸

- 36 Die Pointe liegt dann freilich darin: Weil es vom Schönen keinen Begriff, keine Definition gibt, kann man darüber nicht – oder jedenfalls nicht allein – mit Vernunftgründen zu einer Einigung kommen (das ist wohl so ähnlich wie mit der Gerechtigkeit). Die Vernunft darf aber auch nicht völlig außen vor bleiben. Kurz: „über den Geschmack lässt sich streiten (obgleich nicht disputieren).“⁷⁹ Es bleibt also möglich, „auf die notwendige Einstimmung anderer mit diesem Urteile Anspruch (!) [zu] machen“,⁸⁰ obwohl es dafür „kein(en) Beweis“ gibt.⁸¹ Was könnte aber dann der „Rechtsgrund“⁸² (!) sein? Eben dies ist Gegenstand des Ersten Teils der KdU, überschrieben mit: „Kritik der ästhetischen Urteilstkraft.“

d) Ästhetik als Theorie von „Urteilstkraft“ und „Genie“, von Subsumtion und Regelbildung

Vorwarnung: Dieser Abschnitt „holpert“ ein wenig. Für den großen Rahmen der Ästhetik („framing“, siehe unten § 35 Rn. 49) ist er aber unentbehrlich. Und Interdisziplinarität ist manchmal anstrengend.

- 37 Ich habe schon erwähnt, dass Kants Plan, eine völlig stringente Theorie aller unserer „Erkenntnisvermögen“ zu entwerfen (Sinnlichkeit, Verstand, Vernunft, Urteilstkraft, jetzt auch noch Geschmack), nicht völlig aufgegangen ist. Dies liegt vermutlich daran, dass unsere Erkenntnisvermögen doch zu stark ineinander verzahnt sind und sich zu stark gegenseitig beeinflussen, als dass man dies in einer sprachlichen Darstellung restlos entfalten (explizieren⁸³) könnte.

So kann man die Schönheit mit Hilfe der Ethik interpretieren („Zweck an sich selbst“, s.o.), aber auch das ethisch Gute und eine ihm entsprechende Anständigkeit

76 Auch wenn sie daneben ein Objekt der Begierde (Titel eines Films von Buñuel) sein mag (*sex sells*). In Kants etwas rätselhaften Worten (Hervorhebungen im Original): „Schönheit ist die Form der Zweckmäßigkeit eines Gegenstandes, sofern sie, ohne Vorstellung eines Zwecks, an ihm wahrgenommen wird“ (KdU B 61). Also *form follows function – but forget about function?* Letztlich wohl ein Paradox ... (§ 30 I).

77 Bekannt ist die Polemik von Theodor W. Adorno, Ästhetische Theorie, Frankfurt a.M. 1973, S. 25: Er bescheinigt Kant einen „kastrierten Hedonismus“.

78 Kant, KdU B 16 (§ 5 am Ende); Hervorhebung im Original.

79 Kant, KdU B 233 (§ 56); Hervorhebung im Original.

80 Kant, KdU B 234 (§ 56); Kant aktiviert übrigens auch an dieser Stelle das bewährte Muster einer Entgegenstellung von „Thesis“ und „Antithesis“, hier in einer „Antinomie des Geschmacks“ (vgl. § 30 Rn. 34).

81 Kant, KdU B 235 f. (§ 57).

82 Vgl. Kant, KdU B 146 (§ 35); eine Antwort dann B 152 (Anm. zu § 38): „Rechtmäßigkeit des Anspruchs der Urteilstkraft auf allgemeine Beistimmung.“

83 Auch deshalb bleibt ein starkes Bedürfnis nach *Expressivität* (Ausdruck), siehe dazu Rn. 98 f.

mit Hilfe der Ästhetik (der christliche Gott hat an den guten Menschen „ein Wohlgefallen“⁸⁴).

aa) Vor diesem Hintergrund darf zunächst erwähnt werden – für unseren Kontext allerdings weniger wichtig –: Die KdU handelt nicht nur vom Schönen (in Kunst und Natur), sondern auch vom Erhabenen (nur in der Natur; Kant denkt dabei an das wilde Meer und das Hochgebirge). Noch erstaunlicher ist freilich: Die KdU hat auch noch einen Zweiten Teil, in dem es nicht um die *ästhetische* Urteilskraft geht, sondern um eine *teleologische* Urteilskraft – sie beurteilt die Zweckmäßigkeit (!) in der Natur, enthält also Kants Theorie der Biologie.

Daher vielleicht doch nicht ganz unwichtig: Man kann die beiden Teile der KdU auf die Kurzformel bringen (man denke dabei an Menschen und andere Tiere): Was „von innen“, also aus ihrer Sicht, an ihnen „schön“ ist, das ist „von außen“, also aus Sicht der Evolutionstheorie,⁸⁵ „zweckmäßig“: Es dient der Fortpflanzung und damit der Anpassung der Spezies an die Welt. Brillen hielt man früher für hässlich.

Und so ist es vielleicht auch mit dem Recht: Wenn es von innen „schön“ ist – wir werden sagen: „gelungen“ –, dann dient es, von außen betrachtet, der Gesellschaft.

bb) Relevanter für unseren Kontext – was macht rechtliche Richtigkeit aus? – ist eine zweite Unterscheidung Kants: die Unterscheidung von „Geschmack“ und „Genie“. Zur Soziologie des Geschmacks hatten wir schon bemerkt (oben Rn. 29–30): Er wurde entdeckt (Gracián), als sich die festgefügten ständischen Gesellschaft aufzulösen begann – wie benimmt⁸⁶ man sich da am besten? Nun, man ahmt in Kleidung und Gehabe die jeweils „besseren Leute“ nach, die sich dann erneut abgrenzen wollen: durch eine neue Mode. Genauso ist es mit den Regeln der Kunst (dazu schon Kant) und den Regeln des Rechts (dazu dieses Buch). Wie findet man dann aber nicht nur die richtige Regel, die es schon gibt („Geschmack“), sondern auch die richtige Regel, die es noch nicht gibt? Dies, sagt Kant, ist Sache des „Genies“. **Genie** ist „das Talent (Naturgabe⁸⁷), welches der Kunst die Regel gibt“⁸⁸.

„Genie“ ist, nebenbei, vor allem deshalb gefragt, weil sich die Leute sonst langweilen.⁸⁹

38

39

⁸⁴ So jedenfalls die deutsche Übersetzungstradition; Genaueres bei Johanna Erzberger, Artikel „Wohlgefallen“, in: Online-Lexikon der Deutschen Bibelgesellschaft (WiBiLex), 2019, <https://www.bibelwissenschaft.de/ressourcen/wibilex/altes-testament/wohlgefallen>.

⁸⁵ Zum Stand der Evolutionstheorie zu Zeiten Kants siehe Kant, KdU B 376–378 (§ 81).

⁸⁶ Sehr viel später als Gracián: *Adolph Freiherr von Knigge*, Über den Umgang mit Menschen (1788), 5. Aufl., Leipzig 1989 – allerdings eigentlich kein „Benimm-Buch“, sondern ein Ratgeber, wie man sich welchen Gesellschaftsmitgliedern gegenüber in welchen Situationen verhalten sollte. Zu den Juristen S. 273–277 (206): „man hüte sich, mit seinem Vermögen oder seiner Person in die Hände der Justiz zu fallen! Man weiche auf alle mögliche Weise jedem Prozesse aus und vergleiche sich lieber (...).“

⁸⁷ Der Hinweis auf die *Natur* schlägt natürlich die Brücke zum zweiten Teil der KdU (Theorie der Biologie). Und Kant wird geradezu zum Hegel, wenn er im Anschluss an den hier zitierten Satz schreibt: „Da das Talent, als angebornes produktives Vermögen des Künstlers, selbst zur Natur gehört, so könnte man sich auch so ausdrücken: *Genie* ist die angeborene Gemütslage (*ingenium*), durch welche die *Natur* der Kunst die Regel gibt“ (Hervorhebungen verändert, J.L.).

⁸⁸ Kant, KdU B 181 (§ 46).

⁸⁹ Kant, KdU B 218 (§ 53): Jeder Genuss „verlangt ... öfters Wechsel, und hält die mehrmalige Wiederholung nicht aus, ohne Überdruss zu erzeugen“ (dort zur „Tonkunst“, also Musik). Siehe auch

§ 31 Grundlagen: Ethik und Ästhetik

Problematisch an dieser Theorie ist nun freilich: Wenn Genie eine Naturgabe ist, ein Talent, dann hat man es, oder man hat es nicht – lernen kann man es nicht. Gilt dies vielleicht auch für das sogenannte „Judiz“, das man als Juristin oder Jurist „zu haben hat“⁹⁰?

- 40 cc) Damit zur der dritten, für unseren Kontext – was ist juristische Gelungenheit? – vielleicht wichtigsten Unterscheidung: der Unterscheidung von „bestimmender“ und „reflektierender“ Urteilskraft.

Bereits hier: Sehr viel besser ist die Bezeichnung „subsumierende Urteilskraft“ und „regelbildende Urteilskraft“.

Mit dieser Unterscheidung kommt Kant in gewisser Weise auf die Kritik der reinen Vernunft (KrV) zurück (Verzahnung!) und rudert nun ein wenig zurück. In der KrV hatte er sich ja mit dem Problem geplagt, wie man erkennt, dass ein Fall unter einer Regel passt – kurz und gut, wie denn eine **Subsumtion** gelingen kann (dazu ausführlich schon § 9 Rn. 4, 6–9, 11–12). Und dort hatte er in der Tat ein besonderes „Talent“ beschworen, „welches gar nicht belehrt, sondern nur geübt sein will“⁹¹.

In der **KdU** stellt er nun im Licht der Ästhetik fest, dass man die Sache auch umdrehen kann: Wie findet man zu einem Fall die passende **Regel** (eigentlich also die Frage des Genies)? Die klassische Stelle lautet:

„Urteilskraft überhaupt ist das Vermögen, das Besondere als enthalten im Allgemeinen zu denken. Ist das Allgemeine (die Regel, das Prinzip, das Gesetz) gegeben, so ist die Urteilskraft, welche das besondere darunter subsumiert (...), *bestimmend*. Ist aber nur das Besondere gegeben, wozu sie das Allgemeine finden soll, so ist die Urteilskraft bloß [?] *reflektierend*.⁹²

- 41 dd) Was beiden dann aber gemeinsam ist: Offenbar kann man – jedenfalls in der Kunst – dieses Enthalterein des Besonderen im Allgemeinen gleichsam „sehen“, jedenfalls *wahrnehmen* – und dies kann *jeder*: Das Geschmacksurteil „behauptet nur“ – aber immerhin! –, „dass wir berechtigt (!) sind, **dieselben** subjektiven Bedingungen der Urteilskraft allgemein **bei jedem Menschen** vorauszusetzen, die wir **in uns** antreffen“⁹³. Allerdings zieht Kant insoweit eine ethische Korrektur ein (Verzahnung!). Der Geschmack sei nur „*eine Art von* sensus communis (Gemeinsinn), das heißt, ich interpretiere: nicht etwa das, was alle *gemeinsam subjektiv* empfinden (nicht der aktuelle Konsens,⁹⁴ nicht „Emotion pur“ beim Rockkonzert). Ein *richtig* verstandener sensus communis sei vielmehr

B 72: „Alles Steif-Regelmäßige“ – ich denke an einen allzu schematischen Gutachtenstil (§ 23 Fn. 40 und schon § 2 Rn. 25) – „hat das Geschmackswidrige an sich: daß es ... lange Weile macht.“

90 So der ironische Einstieg von *Rolf Gröschner*, Judiz – was ist das und wie lässt es sich erlernen?, in: *Juristenzeitung* (JZ) 1987, 903–908.

91 *Kant*, KrV B 172.

92 *Kant*, KdU B XXV f. (Einleitung).

93 *Kant*, KdU B 152 (Anmerkung zu § 38). – Die sogenannte Identitätspolitik würde dies natürlich bestreiten.

94 *Consensus* ist, wörtlich übersetzt, der Zusammen-Sinn, das gemeinsame *Gefühl*.

„die Idee eines *gemeinschaftlichen* Sinnes, d.i. eines Beurteilungsvermögens (...), welches in seiner Reflexion auf die Vorstellungsart jedes anderen in Gedanken (a priori) Rücksicht nimmt, um *gleichsam* an die gesamte Menschenvernunft sein Urteil zu halten.“⁹⁵

„Dieses geschieht nun dadurch“, dass man sein Urteil mit anderen Urteilen, auch bloß möglichen (!), abgleicht „und sich an die Stelle jedes anderen versetzt“ – wenn man denn „ein Urteil sucht, welches zur allgemeinen Regel dienen soll“.⁹⁶ Kurz, man müsse die folgenden „Maximen des gemeinen Menschenverständes“ beachten, die „zwar nicht hierher [gehören]“, aber doch auch in der Ästhetik grundlegend sind.

„Es sind folgende: 1. Selbstdenken; 2. An der Stelle jedes andern denken; 3. Jederzeit mit sich selbst einstimmig denken.“⁹⁷

ee) Mit dieser ethischen Rückversicherung kann man also auch in der Ästhetik sinnvoll streiten.⁹⁸

42

43

44

45

46

e) Ästhetik als Theorie von Kunst und Design (und das Bundesverfassungsgericht)

Nur kurz sei erwähnt, dass sich „die“ Ästhetik seit Beginn des 19. Jahrhunderts – so etwa schon bei Hegel (1770–1831) – auf denjenigen „Bereich“ zurückgezogen hat, mit dem man sie auch heute ganz unbefangen zuvörderst in Verbindung bringt: den Bereich der Kunst und – seit dem 20. Jahrhundert – des Designs. Dies dürfte damit zusammenhängen, dass sich die Kunst seit dieser Zeit, zu einem weiteren und eigenen Funktionssystem⁹⁹ der Gesellschaft ausdifferenziert – mit öffentlichen Theatern, Museen und einer künstlerischen Bohème (= Künstlerszene, oft in prekären Verhältnissen lebend).

Klassisch die Oper „La Bohème“ (1896) von Giacomo Puccini (1858–1924), sie spielt im Paris des Jahres 1830. Die weibliche Hauptperson Mimi („Man nennt mich jetzt nur Mimi, doch ich heiße Sofia“) stirbt an Tuberkulose, und ihr Freund Rodolfo, ein Dichter, kann ihr wegen seiner Armut nicht helfen.

Diese Theorie der Kunst muss uns für unsere Zwecke weniger interessieren. Ein für Juristen hübsches Detail ist aber zweifellos: In der traditionellen Kunsttheorie zeichnete sich ein Kunstwerk ehemals durch seine *Geschlossenheit* aus. Es erhielt genau dadurch, dass es eine Vielfalt von Einzelheiten (Noten, Farben, Wörter) zu einem Ganzen zusammenschloss („Einheit in der Vielfalt“), seine ästhetische Qualität – ästhetische Qualität im doppelten Sinn von „ob“ es überhaupt ein Kunstwerk ist und von „wie gut“ es als Kunstwerk ist.

Radikal anders hat demgegenüber Umberto Eco (1932–2016) das Wesen eines Kunstwerks ganz im Gegenteil in seiner *Offenheit* gesehen, gemeint: in der Offenheit für im-

95 Kant, KdU B 156 f. (§ 40); und dadurch, so geht es weiter, einer Illusion zu entgehen, die unsere „subjektiven Privatbedingungen“ allzu leicht für objektiv hält und dadurch das Urteil trübt. – Kursive Hervorhebungen im Original, Fettdruck J.L.

96 Kant, KdU B 157 f. (§ 40). Es lohnt sich, die gesamte Passage zu lesen.

97 Kant, KdU B 158 (§ 40).

98 Siehe oben bei Fn. 79.

99 Siehe Niklas Luhmann, Die Kunst der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995.

§ 31 Grundlagen: Ethik und Ästhetik

mer neue Interpretationen – das bahnbrechende Buch heißt „Opera aperta“ (1962).¹⁰⁰ (Natürlich steht dahinter die Erfahrung moderner Kunst.) Das Bundesverfassungsgericht hat diese Kunsttheorie, ohne es offenzulegen,¹⁰¹ in seiner mehrdimensionalen Umschreibung von „Kunst“ im Sinn des Art. 5 Abs. 3 GG übernommen.

Die klassische Entscheidung erging zum „Anachronistischen Zug“ – das war ein Straßentheater, in dem der bayerische Ministerpräsident Franz-Josef Strauß, damals Kandidat von CDU und CSU für das Amt des Bundeskanzlers, äußerst kritisch dargestellt wurde. Nach Ansicht des BVerfG blieb aber genug Interpretationsspielraum, um darin nicht ausschließlich eine strafbare Diffamierung¹⁰² zu sehen.¹⁰³

- 47 Ohnehin ist es nach allem eine im höchsten Grad **sachangemessene** Bestimmung des Begriffs „Kunst“, wenn das BVerfG formuliert, dass sich Kunst gerade nicht definieren lasse – wie wir gesehen haben, zeichnet dies ganz allgemein die Begriffe der Ästhetik („schön“, „erhaben“) aus.

Im Einzelnen stellt das BVerfG zunächst fest, dass schon in der Lebenswelt kein Konsens über den Kunstbegriff besteht, mehr noch: Ein „weitverbreitetes Mißtrauen von Künstlern und Kunsttheoretikern gegen starre Formen und strenge Konventionen sind Eigenheiten des Lebensbereichs Kunst, welche zu respektieren sind [!] und bereits darauf hindeuten, daß nur ein weiter Kunstbegriff zu angemessenen Lösungen führen kann.“ Allerdings müsse man trotzdem im konkreten Fall entscheiden, ob ein bestimmtes Verhalten nun Kunst „ist“ – und folglich durch Art. 5 Abs. 3 GG besonders geschützt¹⁰⁴ – oder nicht. Und da erweist sich der Fluch des Nicht-festgelegt-werden-wollens als Segen für einen wirklich ästhetischen Kunstbegriff: Kunst hat viele Facetten, von der (a) „freien schöpferischen Gestaltung“ über (b) die Anforderungen¹⁰⁵ an einen „Werktyp“ der Malerei, Bildhauerei, Dichtkunst bis hin zur schon erwähnten (c) „praktisch unerschöpfliche[n], vielstufige[n] Informationsvermittlung“ – weitere Facetten nicht ausgeschlossen. Und was dann für die „Subsumtion“ den Ausschlag gibt, dass „zeigt sich“ (ästhetisch!) am Fall.¹⁰⁶

- 48 Wie auch immer: Wenn man Ästhetik als Kunsttheorie versteht, handelt sie heute ganz offenbar nicht mehr vom Schönen (und Hässlichen). Wovon aber dann? Ich bin versucht zu sagen: Sie handelt vom – wirklich oder vermeintlich – Authentischen

100 Deutsch: *Umberto Eco*, Das offene Kunstwerk, Frankfurt a.M. 1973, Taschenbuchausgabe 1977. – Eco knüpft übrigens unter anderem an John Dewey (1859–1952) an, einen der drei berühmten Vertreter der Philosophie des Amerikanischen Pragmatismus. Und Eco war ein großer Peirce-Fan, siehe *Lege, Pragmatismus* (Fn. 48), S. 216–218.

101 Man kann es schließen aus dem Aufsatz von *Günter Zöbeley*, Zur Garantie der Kunstrechte in der gerichtlichen Praxis, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1985, 254–258 (255), wo Eco in Fn. 23 zitiert wird. Zöbeley war damals wissenschaftlicher Mitarbeiter beim BVerfG.

102 § 185 Strafgesetzbuch (StGB): „Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Beleidigung öffentlich, in einer Versammlung, durch Verbreiten eines Inhalts (§ II Absatz 3) oder mittels einer Täuschung begangen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“ Beleidigung wird üblicherweise definiert als die Kundgabe von Missachtung oder Nicht-Achtung. – Erstaunlicherweise wird § 185 StGB im Beschluss des BVerfG gar nicht explizit genannt.

103 BVerfGE 67, 213 (227, 229 f.) – Anachronistischer Zug (1984).

104 Wortlaut der Vorschrift: „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.“

105 Man denke an den Spruch „Kunst kommt von Können.“

106 Zum gesamten Absatz BVerfGE 67, 213 (224–228) – Anachronistischer Zug (1984).

(neuerdings ein Modewort); sie handelt von dem Bereich, in dem sich „der Mensch“ noch echt und als solcher „ausdrückt“¹⁰⁷ (wir werden sehen, dass „Expressivität“ genau das ist, was Ästhetik ausmacht¹⁰⁸). Dass diese Echtheit häufig sehr gekünstelt ist – ich nenne keine Beispiele –, ändert daran nichts.

Stattdessen einige positive Beispiele: Frida Kahlo, Vincent van Gogh; Amy Winehouse, Mary J. Blige, Charlie Parker und Dizzy Gillespie¹⁰⁹; Marlen Haushofer, Sten Nadolny, Clemens Johann Setz. Für Schauspieler ist Authentizität natürlich eine besondere Herausforderung: Wie schaffe ich es, in verschiedenen Rollen immer zugleich ich selbst und diese andere Person¹¹⁰ zu sein? Das war – und nicht nur für Schauspieler – ein Thema schon für Baltasar Gracián¹¹¹ (s.o. Rn. 29).

Die Beobachtung, dass mit dem Begriff „Authentizität“ eine ästhetische Kategorie aus dem speziellen Bereich der Kunst auf die Gesamtgesellschaft übertragen wird (Luhmann würde sagen: auf die „Gesellschaft der Gesellschaft“), leitet über zur weiteren Beobachtung: Die Ästhetik insgesamt – als Lehre von Wahrnehmung und Harmonie (altgriechisch *harmótein*: sich fügen) – kann aus dem speziellen Bereich von Kunst und Design auf andere Bereiche übertragen werden kann, zum Beispiel auf den Bereich – Luhmann würde sagen: auf das Funktionssystem – der „Wissenschaft“.

Damit zum zweiten Schritt.

49

2. Ästhetik und Wahrheit

Wir haben vorhin gesagt: Die drei normativen Wissenschaften Logik, Ethik und Ästhetik sind – ähnlich wie die drei politischen Gewalten Judikative, Exekutive und Legislativ – zwar voneinander zu unterscheiden, aber doch vielfach miteinander verschränkt. Demgemäß ist nicht verwunderlich, dass man auch die Logik oder allgemeiner: die Erkenntnistheorie ästhetisch betrachten – oder wenn man will: hinterfragen kann. Dann hat auch die Logik, sozusagen, ihre Ästhetik.

50

Bereits hier: Man kann (wie bei der Ethik) eine Ästhetik im engeren und im weiteren Sinn unterscheiden. Zum einen ist Ästhetik die Wissenschaft von allem Ästhetischen, zum anderen haben alle Lebensbereiche ihre je eigene Ästhetik – bis hin zu einer „Warenästhetik“¹¹² oder gar Ästhetik des Widerstands“¹¹³. (Und sie haben auch ihre je eigene Logik [= Folgerichtigkeit], man spricht geradezu von „Sachlogik“ oder auch „Funktionslogik“).

¹⁰⁷ Wir erinnern uns vermutlich alle recht schmerhaft an das rote „A“ für die „Ausdrucksfehler“ im Deutschaufzettel.

¹⁰⁸ Siehe unten Rn. 98 f.

¹⁰⁹ Diese beiden, weil man „als Mensch“ in derselben Musik – hier Bebop – unterschiedlicher kaum sein kann.

¹¹⁰ Das lateinische Wort *persona* bedeutet ursprünglich „Maske“, im übertragenen Sinn dann die „Rolle“ in einem Theaterstück.

¹¹¹ Gracián, Handorakel (Fn. 52), Nr. I: „Alles ist schon voll entfaltet, und das Person-Sein im höchsten Grad. Mehr wird heute von einem Einzigem als früher von sieben Weisen erwartet; und mehr braucht man in diesen Zeiten, um mit einem Menschen zuretzukommen, als früher mit einem ganzen Volk.“

¹¹² Wolfgang Fritz Haug, Kritik der Warenästhetik, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1971.

¹¹³ Peter Weiss, Die Ästhetik des Widerstands. Roman, 3 Bände, Berlin 1983.

a) Die Ästhetik des Syllogismus

- 51 Angeklungen ist dies vorhin schon bei Kant: Das Besondere im Allgemeinen zu „denken“ und umgekehrt im Besonderen das Allgemeingültige zu erkennen, dies bedarf – Kant kann es sich nicht anders erklären – eines besonderen Vermögens, einer „Urteilskraft“. Kann man das vielleicht auch etwas nachvollziehbarer beschreiben?

Man kann es, indem man sich das, was Allgemeines und Besonderes zusammenbringt – nämlich den logischen Syllogismus – im wahrsten Sinn des Wortes „vor Augen führt“. Dann *sieht* man in einem deduktiven Syllogismus (zum Begriff § 6 I):

Alle Menschen sind sterblich.

Sokrates ist ein Mensch.

Sokrates ist sterblich.

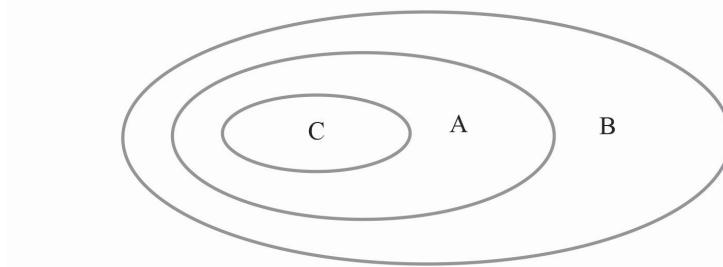
Formaler ausgedrückt:

Alle A sind B.

C ist ein A.

Auch C ist B.

Oder gar graphisch:



- 52 Was ist daran eigentlich so überzeugend?

Es gibt ein ziemlich zorniges Buch des Physikers und Wissenschaftstheoretikers Paul Feyerabend (1924–1994), es trägt den programmativen Titel „Wissenschaft als Kunst“. Seine Auseinandersetzung mit Gegenpositionen (einschließlich Poppers Kritischem Rationalismus) muss uns hier nicht weiter interessieren („Tausende von akademischen Rotznasen“¹¹⁴). Sondern nur:

Feyerabend weist sehr schön darauf hin, dass die formale Logik, wie wir sie kennen, nicht immer schon da war.¹¹⁵ Vielmehr hat auch sie *erfunden* (oder entdeckt?) werden müssen, und zwar in der antiken Rhetorik (dazu oben § 2). Die antike Rhetorik hat entdeckt, dass sich mit Hilfe der Logik neuartige *stories* erzählen lassen: *stories*, in

114 Paul Feyerabend, Wissenschaft als Kunst, Frankfurt a.M. 1984, S. 12.

115 Oder vielleicht doch? Sie war uns nur nicht bewusst?

denen der Ablauf irgendwie „von innen her geregelt“ ist, so dass das Ergebnis zwingend erscheint.¹¹⁶ Kann man vielleicht auch dies noch genauer beschreiben?

Man kann es, wenn man genau hinschaut. Dann zeigt sich:

53

In einem logischen Syllogismus werden *drei* Begriffe (A, B und C) jeweils *zweimal* genannt und derart zusammengestellt, dass der Eindruck entsteht: Damit ist *alles* gesagt – alles für diesen Fall Wichtige.¹¹⁷

Das ist der Zauber der Logik.

Etwas abgehobener, aber ebenfalls ästhetisch, endet der „Tractatus logico-philosophicus“ von Ludwig Wittgenstein: „Es gibt allerdings Unaussprechliches. Dies zeigt sich, es ist das Mystische.“ Und ganz am Ende: „Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen.“¹¹⁸

Ich will es wie folgt abwandeln:

54

Was man nicht sagen kann, das muss sich zeigen.

Und ein Syllogismus zeigt nun einmal mehr,¹¹⁹ als er sagt: nämlich einen Begründungszusammenhang (§ 5 Rn. 91) – mag er real sein oder auch fiktiv.

b) Ästhetik und die Wissenschaften (Paradigmen, Narrative)

Damit zur Ästhetik der Wissenschaften!

55

aa) Es dürfte heute fast Allgemeingut sein, dass auch die Wissenschaften ihre Ästhetik haben – ihre besondere Weise, die Welt wahrzunehmen. Klassisches Beispiel sind die modernen Naturwissenschaften mit ihrer Methode des Experiments – eines Experiments, das alle unwichtigen Begleitbedingungen aus dem Design ausblendet. Schon für Aristoteles war es klar, dass eine Feder langsamer zur Erde fällt als ein Stein. Erst als man den Luftwiderstand beseitigte, konnte sich zeigen: Im Vakuum fallen alle Körper gleich schnell – die Gravitationskraft ist dieselbe, wenn man sie in einem entsprechenden Setting frei von Störung arbeiten lässt. Kann man sich eine „unnatürliche“, künstlichere Wahrnehmung der Welt und ebenso ein „unnatürlicheres“ Ergebnis vorstellen?¹²⁰

Man könnte geradezu eine Verschwörungstheorie daran anknüpfen: Vielleicht sind die Naturwissenschaften ein gewaltiger *fake*, der die wahre Wahrheit verschleiert? In Wahrheit ist alles vielmehr Gottes Wille? Nach wie vor?

bb) Die wohl radikalste (gar nicht so sehr Kritik, sondern) Beschreibung der Theorie-abhängigkeit schon unserer Beobachtungen (Ästhetik), also nicht erst unserer Schlussfolgerungen (Logik), stammt von dem amerikanischen Physiker und Wissenschaftshis-

56

116 Feyerabend, Kunst (Fn. 114), S. 62–64, allerdings nicht mit direktem Bezug auf die Rhetorik, sondern auf die „Beweise“, die im alten Griechenland durch die „Einführung abstrakter Begriffe“ (S. 50) möglich wurden.

117 Siehe schon Lege, Pragmatismus (Fn. 48), S. 384.

118 Ludwig Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus. Logisch-philosophische Abhandlung (1921), Frankfurt a.M. 1963, Nr. 6.522 und Nr. 7.

119 Deshalb fungieren in einer fortschrittlichen Semiotik ja nicht nur *Wörter* als Zeichen, sondern auch *Sätze* (§ 5 II Rn. 25) und *Syllogismen* (§ 5 III Rn. 91).

120 Formulierung nach meiner Erinnerung in Anlehnung an Feyerabend.

toriker **Thomas S. Kuhn**. In seinem Buch „The Structure of Scientific Revolutions“ von 1962 hat er hierfür den berühmten Begriff „Paradigmenwechsel“ geprägt.¹²¹ Dabei versteht er unter einem „Paradigma“ (altgriechisch eigentlich: „Beispiel“) ein Gesamtbild „der Welt“, die man beobachtet.

Dies kann, wie wir gesehen haben (§ 20 I), durchaus auch die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG sein.

Kuhns Beispiel ist das einerseits ptolemäische Weltbild mit der Erde im Mittelpunkt, das andererseits kopernikanische Weltbild mit der Sonne im Mittelpunkt. Diese beiden Weltbilder beziehen sich auf dieselben Sachverhalte, sie funktionieren im Hinblick darauf auch beide (das alte sogar für noch viele Jahre viel besser), sind daher auch nicht „falsch“ im Sinne von fehlerhaft. Wohl aber sind sie inkommensurabel, man muss sich also zwischen ihnen entscheiden – und letztlich entscheidet dann das, was auf die Welt, in der man lebt (neuerdings kann man die Welt umsegeln!) besser „passt“. Mit mehr oder weniger „Wahrheit“ hat das allerdings nichts zu tun.

- 57 Diese Thesen sind selbstverständlich umstritten. Festhalten lässt sich: Auch die **Naturwissenschaften** haben ihren letzten Halt – also das, was ihre Themen, Probleme, Beobachtungen und Lösungen bestimmt – in ästhetischen „Hintergrundvorstellungen“, in Vorstellungen „vom Ganzen“. (Ob diese Vorstellungen wahr sind oder *fake*, ist eine zweite Frage.)

Nebenbei: Kopernikus‘ Werk trug den Titel „*De revolutionibus orbium coelestium*“ – Über die Umwälzungen der Himmelskreise (1543). Der politische Begriff „Revolution“ hat dort seine Wurzel. (Der Begriff „Revolver“ übrigens auch.) – Dass Kant gemeint hat, in seiner „Kritik der reinen Vernunft“ eine „Revolution der Denkart“ zu veranstalten, und sich dabei auf Kopernikus beruft,¹²² sei ebenfalls erwähnt.

- 58 cc) Dass sich auch in den **Geisteswissenschaften** eine Rückbindung an ästhetische Kategorien findet, überrascht weniger. In der Linguistik haben z.B. Benjamin Lee Whorf (1897–1941) und Edward Sapir (1884–1939) die jeweilige Sprache eines Volkes als nicht hintergehbarer Hintergrundvorstellung von dessen Weltsicht gesehen – so dass die Weltsicht verschiedener Völker zumindest teilweise ebenso inkompatibel sein kann wie die Weltbilder von Ptolemäus und Kopernikus.¹²³

Diese These hat neuerdings eine gewisse Aktualität erhalten. Erstens haben Sapir und Whorf ihre These auf Studien zu den indigenen Sprachen Amerikas gestützt, insbesondere zum Hopi; deshalb passt die These gut zu einer „Identitätspolitik“, die ein wirkliches Verstehen nur bei der Zugehörigkeit beider Seiten („Sender“ und „Empfänger“) zu bestimmten Identitäten (schwul, *person of colour* etc.) für möglich hält.¹²⁴ Zweitens wird die These gewissermaßen instrumentalisiert (dies ist ganz wertfrei im Sinn von „anwenden“ – *to apply* – gemeint), wenn mit Hilfe eines Sprachwandels ein Wandel der Gesellschaft ins Werk gesetzt werden soll – also etwa über eine geschlechtergerechte Sprache eine gerechtere Welt.

121 Thomas S. Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions (1962, 2. Aufl. 1970), deutsch: Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 10. Aufl., Frankfurt a.M. 1989.

122 Kant, KrV XII-XVII.

123 Benjamin Lee Whorf, Sprache – Denken – Wirklichkeit. Beiträge zur Metalinguistik und Sprachphilosophie, Reinbek bei Hamburg 1984.

124 Dazu schon § 5 II Rn. 38.

dd) Die zur Zeit wohl populärste These zur bloß ästhetischen Qualität wissenschaftlicher Erkenntnis, und dabei vor allem politischer Theorie, lässt sich mit dem Stichwort „Narrativ“ bezeichnen (von lateinisch *narrare* = erzählen). Demgemäß sind insbesondere die Errungenschaften der Aufklärung, also etwa Freiheit und Demokratie, nichts als große „Erzählungen“ (französisch *grands récits*, in der englischen Übersetzung *grand narratives*); sie beruhen nicht etwa auf einem besseren Wissen.

Urheber des Gedankens ist der französische Philosoph Jean-Francois Lyotard (1924–1998) in seinem Werk „La condition postmoderne“ (1979).¹²⁵

c) Das Konzept der besten Begründung/Erklärung (Lipton, Boyd)

Der kurze Seitenblick unserer Jurisprudenz auf die anderen Wissenschaften dürfte gezeigt haben: Es gibt auch dort keine absolute Wahrheit. Vielmehr sind auch dort Erkenntnisse, die den Anspruch auf Wahrheit erheben, eingebunden in ästhetische Hintergrundvorstellungen, die ihrerseits nicht weiter hinterfragt werden können. Ob diese Relativität der Weltsicht allerdings zu einem Relativismus führen muss, gemäß dem es reine Willkür ist, welchem Paradigma, welcher Erzählung man folgt, das ist eine ernste Frage.

Die beste Illustration liefert derzeit der amerikanische Ex-Präsident¹²⁶ Donald Trump. Er leugnet nach wie vor, dass er die Wahl des Jahres 2020 verloren hat – und ein großer Teil der amerikanischen Bevölkerung *glaubt* dies nach wie vor.

Ganz ebenso haben die Wissenschaften eine ganze Weile daran geglaubt, dass Rassenkunde ein ernst zu nehmendes akademisches Fach sei – mit entsprechenden Lehrstühlen und Forschungsprogrammen.¹²⁷

Umso beruhigender ist, dass mittlerweile gerade in der naturwissenschaftlich informierten Philosophie ein Modell der Rechtfertigung von Erkenntnis auf den Plan getreten ist, das mit dem der Rechtswissenschaft überaus kompatibel ist: das Konzept der besten Begründung bzw. Erklärung.¹²⁸ Es gibt keine absolute Wahrheit, wohl aber eine „harte“ Realität, die wir uns nicht beliebig zurechtdenken können. Vielmehr kann man mit Gründen und erforderlichenfalls weiteren Gründen per Schlussfolgerung¹²⁹ (*inference*) eine Entscheidung (vgl. § 30 Rn. 3–7) darüber herbeiführen, welche Theorie, welche Begründung, welches Paradigma die beste Erklärung für ein Phänomen

125 Englisch: *Jean-Francois Lyotard*, The Postmodern Condition, 1984; deutsch: *Jean-Francois Lyotard*, Das postmoderne Wissen, 3. Aufl., Wien 1993.

126 Aktualisierung: Mittlerweile wurde er – im November 2024 – wiedergewählt.

127 Siehe zum Beispiel *Egon Freiherr von Eickstedt*, Rassenkunde und Rassengeschichte der Menschheit, Stuttgart 1934 (936 Seiten); dort heißt es allerdings auch, dass „der Untergang der Naturvölker immer ein Schandfleck Europas und der weißen Rasse bleiben“ wird (S. 895). Ein echter Nazi war offenbar *Herman Lundborg*, Rassenkunde des schwedischen Volkes, Jena 1928. Aufarbeitung: *Heidrun Kaupen-Haas/Cristian Saller* (Hrsg.), Wissenschaftlicher Rassismus. Analysen einer Kontinuität in den Human- und Naturwissenschaften, Frankfurt am Main 1999.

128 Schöner Einstieg: *Christian Suhm*, ‚Harte‘ Realität vs. soziale Konstruktion – Zur paradoxen Instrumentalisierung und Politisierung von Wahrheit und Erkenntnis, Vortrag vom 16.12.2021, <https://www.wiko-greifswald.de/mediathek/beitrag/n/harte-realitaet-vs-soziale-konstruktion-zur-paradoxen-instrumentalisierung-und-politisierung-von-wahrheit-und-erkenntnis-2/> <30.03.2024>.

129 Also Logik, Logik, Logik!

59

60

61

liefert. Mehr haben wir in der Rechtswissenschaft auch nicht – aber auch nicht weniger (genauer §§ 33 und 34).

Hauptvertreter sind der Physiker und Philosoph *Peter Lipton* (1954–2007)¹³⁰ und der – auch von Marx geprägte (!) – Wissenschaftstheoretiker *Richard Newell Boyd* (1942–2021)¹³¹. – Lipton greift übrigens u.a. auf Peirce‘ Theorie der Abduktion (§ 6 III) zurück.

Die Schlussfolgerung (*inference*) lässt sich wie folgt darstellen¹³²:

Prämisse 1: Es besteht ein zu erklärendes Phänomen P (das Explanandum).

Prämisse 2: Das Explanans E erklärt das Phänomen P am besten.

Konklusion: Das Explanans E ist wahr/existiert.

Und falls man dazu dann aus Sicht der Geisteswissenschaften sagt: Das Explanans „E“ ist nur die „bessere Geschichte“ – *what's wrong about it?*

Zur „besseren Geschichte“ im Gerichtsprozess siehe schon § 30 Rn. 1 („Amistad“).

3. Die Leistung von Ästhetik: Intersubjektivität im Nicht-Sagbaren

- 62 Was aber macht dann eine Geschichte zur besseren Geschichte, ein Kunstwerk zum besseren Kunstwerk und sogar eine wissenschaftliche Begründung zur besseren Begründung? Vorläufige Antwort: vor allem auch das, was *nicht* gesagt, was *nicht* explizit gemacht wird. Es wird nämlich deshalb nicht explizit gemacht, weil alle, die es angeht, dieses Wissen implizit teilen. Und sie teilen es deshalb, weil sie die Erfahrung mit derselben „Welt“ teilen, weil sie in demselben SINNZUSAMMENHANG (§ 5 Rn. 40–59) zuhause sind wie der „Sender“¹³³ der Botschaft.

Brian Valerius hat dies in seiner „Einführung in den Gutachtenstil“ ganz wunderbar am Beispiel eines Fußballspiels erläutert: Wer in die Regeln eingeweiht ist, mit dem kann man über ein Abseitstor ganz anders reden als mit jemandem, der sie nicht kennt.¹³⁴

- 63 Aus dieser Beobachtung kann man, wie ich glaube, für das, *was* Ästhetik leistet, aber auch *wie* sie es leistet, zwei Folgerungen ziehen.

Erstens: Die Leistung von Ästhetik besteht in der Herstellung von Intersubjektivität im Nicht-Sagbaren (*je ne sais quoi*).¹³⁵

Mit ein wenig Vorsicht könnte man auch sagen: in der Herstellung eines „Kon-Sensus“, also eines „mit“ (lateinisch *cum*) einander geteilten „Sinnes“ (*sensus*). Dabei hat „Sinn“ praktischerweise sowohl eine subjektive Komponente („er oder sie hat einen

130 Peter Lipton, *Inference to the best Explanation*, London 1991.

131 Richard N. Boyd, Scientific Realism, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 27.04.2011, *substantive revision* 12.06.2017, vor allem unter 3.2.

132 Suhm (Fn. 128), ab Minute 49:00. – Natürlich ist diese eine Schlussfolgerung in Wahrheit eine stark komprimierte Zusammenfassung *mehrerer* Schlussfolgerungen. Insbesondere wird die Prämisse „Das, was ein Phänomen am besten erklärt, ist (wahrscheinlich) wahr“ nicht explizit genannt.

133 Das „Sender-Empfänger-Modell“ ist allerdings eine arge Vereinfachung menschlicher Kommunikation.

134 Brian Valerius, *Einführung in den Gutachtenstil*, 4. Aufl., Berlin etc. 2017, S. 22.

135 Dazu schon Lege, *Pragmatismus* (Fn. 48), S. 332–338.

Sinn für Humor“) als auch eine objektive Komponente („das ergibt objektiv keinen Sinn“).

Zweitens: Die Intersubjektivität wird nicht im jeweiligen Inneren der beteiligten Subjekte hergestellt und auch nicht, von ihnen losgelöst, „da draußen“ (*the truth is out there*). Sondern sie muss wohl auf einem gemeinsamen *intersubjektiven* Sinn beruhen, der letztlich auf einer gemeinsamen *Praxis* beruht (dazu schon § 5 Rn. 14–21).

Vor diesem Hintergrund wollen wir nun das Was und das Wie der Ästhetik genauer beleuchten.

a) „Die“ Ästhetik als Gesamtheit und ihre „Bereichästhetiken“

Zunächst ist rein terminologisch klarzustellen, dass man den Begriff Ästhetik in zweierlei Hinsicht verwendet (siehe schon oben Rn. 50). Zum einen versteht man unter „der“ Ästhetik, als Gesamtheit, die Lehre(n) von der Wahrnehmung, vom Schönen, vom Gelungenen. Zum anderen sagt man aber auch, dass dieser oder jener „Bereich“¹³⁶ seine je eigene Ästhetik hat – der Sport, die Kunst, Automobile, Kleidung, Designobjekte aller Art. Nimmt man beides zusammen, ergibt sich wiederum eine Art Vermittlung von Innen und Außen (wie bei Subjekt und Objekt): Das Material (der Inhalt) erhält eine Form (als das Äußere), die ästhetisch überzeugt – oder auch nicht. Und entscheidend ist wieder die Praxis („*form follows function*“).

Eine gewisse Parallele zeigt (!) sich bei den Erläuterungen des Thomas von Aquin (1225–1274) zum Begriff des Gesetzes (lateinisch *lex*): Ein Gesetz sei eine Regel oder ein Maßstab (*regula vel mensura*), der einerseits „in“ demjenigen ist, der den Maßstab [von außen] anlegt, andererseits aber auch „in“ demjenigen, der sich [von innen] an diesen Maßstab hält und sich ihm gemäß verhält.¹³⁷ Die Sterne „folgen“ den Gesetzen, die wir (oder Gott? die Natur?) ihnen „vorschreiben“.

Und um es zu wiederholen: Auch bei der Logik und bei der Ethik haben wir diese Unterscheidung von Logik und Ethik (a) als Gesamtheit und (b) als „Bereichästhetiken“ und „Bereichslogiken“ angetroffen.

64

65

66

¹³⁶ Genauer zum Begriff *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 130–133, 325 f. mit Hinweis auf Stephen Toulmin, *The Uses of Argument* (1958), deutsch: Der Gebrauch von Argumenten, Kronberg a.Ts. 1975.

¹³⁷ Thomas von Aquin, *Summa Theologica I-II* qu. 90, 1 ad 1 (90. Frage, 1. Artikel [„Ist das Gesetz Sache der Vernunft?“], zu Einwand Nr. 1), zitiert nach der Deutschen Thomas-Ausgabe, hrsg. von der Philosophisch-theologischen Hochschule Walberberg bei Köln, 13. Band, Heidelberg etc. 1977: „Da das Gesetz eine Art Regel und Richtmaß ist, kann man auf zweifache Weise sagen, es sei in jemandem: einmal wie in dem, der mißt und regelt; und weil dies die eigentümliche Aufgabe der Vernunft ist, ist das Gesetz auf diese Weise in der Vernunft allein. – Das andere Mal wie in dem, was geregelt und gemessen wird. So ist das Gesetz in allen, die aufgrund eines Gesetzes Neigung zu etwas bekommen. Demzufolge kann jede Neigung, die aus einem Gesetz hervorgeht, Gesetz heißen, nicht zwar dem Wesen, aber gleichsam der Teilhabe nach. Und in dieser Weise [also von außen betrachtet, J.L.] kann die Geneigtheit der Glieder zur Begierde ‚Gesetz der Glieder‘ genannt werden.“

b) Ästhetik als Management von Reflexionsbegriffen („Polaritäten“)

- 67 Spezifisch für die Ästhetik scheint nun zu sein, dass sie es – *quer durch alle „Bereiche“ hindurch*¹³⁸ – mit dem zu tun hat, was Kant „Reflexionsbegriffe“ nennt, also Begriffe, die nur gemeinsam einen Sinn ergeben: Innen und Außen, Subjekt und Objekt, Form und Materie und so weiter.¹³⁹ Luhmann würde in ihnen vielleicht ein Paradoxe-Management sehen (Stichwort „Ironie und Pathos“, siehe § 30 II). Ich will im Folgenden von „Polaritäten“ sprechen und sie ohne Anspruch auf Vollständigkeit und in Anlehnung an Luhmann¹⁴⁰ durchmustern als Ausprägung von drei „Dimensionen“ der Ästhetik: der Sachdimension (aa), der Sozialdimension (bb) und – für die Juristische Methode am spannendsten – der Zeitdimension (cc).

aa) Teil und Ganzes, Form und Materie, Selbst- und Fremdreferenz

- 68 Die wohl gängigste Polarität der Ästhetik ist das Verhältnis von „Teil und Ganzem“. Das „Ganze“ muss einen Sinn ergeben, der über die Summe der einzelnen Bestandteile hinausgeht. (Wer einmal einen Motor auseinandergenommen und wieder zusammengesetzt hat, weiß, was das heißt.) Ein Lehrsatz der Ästhetik wäre dann etwa, ein Kunstwerk sei vollkommen, wenn man nichts hinzufügen und nichts entfernen oder ändern kann, ohne dass es schlechter wird.¹⁴¹
- 69 Bereits erwähnt wurde die zweite Polarität: „Form und Material“. In der leicht heroischen Genieverehrung des späten 18. und 19. Jahrhunderts (Goethe! Beethoven!) bewunderte man daher den „Meister“, der dem widerständigen Material – zum Beispiel der Sprache – die Form abringt oder gar aufzwingt.¹⁴²
- 70 Eine dritte Polarität findet sich schließlich, dies nochmals in Anlehnung an Luhmann, in der Unterscheidung von Selbstdreferenz (= auf sich selbst bezogen) und Fremdreferenz (= auf etwas „da draußen“ bezogen).¹⁴³ Vielleicht liegt darin sogar die „Ästhetik von allem und überhaupt“¹⁴⁴. Zum Beispiel in der Kunst: Jedes Bild „sagt“ immer beides zugleich: Ich stelle eine Landschaft dar (Fremdreferenz), ich stelle aber auch ein Kunstwerk dar (Selbstdreferenz).

In der modernen Kunst – etwa in der abstrakten Malerei – wird es freilich tautologisch. Das Kunstwerk sagt: Ich stelle ein Kunstwerk dar (Selbstdreferenz), dass sich selbst als ein Objekt der Kunst, also ein Kunstwerk, darstellt (Selbstdreferenz)

138 Anspielung auf Baumgarten, siehe bei Fn. 67.

139 Siehe bereits Lege, Pragmatismus (Fn. 48), S. 326 f. mit weiteren Nachweisen.

140 Niklas Luhmann, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 112 ff. et passim (= und durchgehend).

141 In der Formulierung von Johann Georg Sulzer (1720–1779): Vollkommen ist dasjenige, was „gänzlich, ohne Mangel und Überfluss, das ist, was es sein soll“; zitiert nach Sibille Mischer, Vollkommen/Vollkommenheit, in: Karlheinz Barck et al. (Hrsg.), Ästhetische Grundbegriffe, Band 6, Stuttgart 2005, S. 367–394 (385).

142 Siehe etwa Friedrich Schiller, Über die ästhetische Erziehung des Menschen in einer Reihe von Briefen (1795), Stuttgart 1965, Nr. 22 (S. 91): „Darin also besteht das eigentliche Kunstgeheimnis des Meisters, daß er den Stoff durch die Form vertilgt.“ – Wenn man ein Buch schreibt, liebäugelt man manchmal mit dieser Metapher.

143 So kann man Luhmann (Fn. 140), S. 26 f., etwas vereinfachen.

144 Natürlich eine Anspielung auf Douglas Adams, The Hitchhikers Guide to the Galaxy, New York 1980. – Siehe auch oben Rn. 38 (bei Fn. 85) die Anmerkung zum Zusammenhang von „Schönheit“ und „Zweckmäßigkeit“ in der Natur.

als Fremdreferenz). Ironisch wird es, wenn das als Kunstwerk dargestellte Objekt gerade *kein* Kunstwerk ist, sondern ein Alltagsgegenstand („*ready made*“), der vom Kunstwerk als Kunst dargestellt wird. Berühmtestes Beispiel¹⁴⁵:



Deshalb als nächstes und einfacheres Beispiel die Formel für ein Naturgesetz, sagen wir: „ $e = mc^2$ “! Sie sagt zugleich: Ich stelle eine reale Gesetzmäßigkeit „da draußen“ dar (= beschreibe sie, Fremdreferenz), ich stelle aber auch eine wissenschaftliche Erkenntnis dar (= Selbstreferenz).

Ebenso ein Rechtsgesetz, es sagt: Ich stelle eine reale rechtliche Regel dar, an die man sich „da draußen“ zu halten hat (= schreibe sie vor, Fremdreferenz), ich stelle aber auch ein Gesetz dar, das solche Regeln aufstellen darf (Selbstreferenz).

Schließlich eine juristische Erkenntnis, sie sagt: Ich stelle eine konkrete rechtliche Handlungspflicht *als rechtlich richtig* dar (= begründe sie, Fremdreferenz), ich stelle aber auch mich als jemanden dar, der sich dieses Urteil, wie die fachgerechte Begründung zeigt (!, Rn. 54), erlauben darf (Selbstreferenz).

71

Dies ist offenbar genau das, was die sogenannte **Künstliche Intelligenz** (KI oder auch AI wie *Artificial Intelligence*),¹⁴⁶ also Programme wie ChatGPT, (noch) nicht erkennen kann. Sie liest, mit anderen Worten, alle Texte, die sie im Internet findet, eindimensional (nämlich syntaktisch¹⁴⁷). Sie weiß aber *nicht*, was man mit ihnen

¹⁴⁵ Es stammt von Marcel Duchamps (1887–1968), Titel: *Fountain* (1917). Quelle: <https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Fontaine-Duchamp.jpg>; Foto: Micha L. Rieser.

¹⁴⁶ Wunderbarer Überblick: *Susanne Hähnchen(Paul T. Schrader/Frank Weiler/Thomas Wischmeyer, Legal Tech. Rechtsanwendung durch Menschen als Auslaufmodell?, in: Juristische Schulung (JuS) 2020, 625–635.*

¹⁴⁷ Welche Zeichen/Informationen/Daten werden wie oft mit welchen anderen Zeichen und Zeichenkombinationen kombiniert?

performativ-pragmatisch „tut“¹⁴⁸ folglich auch nicht, was sie *wirklich* bedeuten¹⁴⁹ (kein Verständnis der semantischen Ebene[n]¹⁵⁰ der Daten/Informationen¹⁵¹).¹⁵² Also kann sie auch (noch?) nicht zwischen **autoritativen Texten** (§ 14 Rn. 22) und deren **Interpretation** unterscheiden. Und solange sie dies nicht kann, wird man das, was *sie tut*, nicht als Rechts„anwendung“ bezeichnen dürfen.¹⁵³

bb) Subjekt und Objekt, Individuum und Allgemeinheit, Innenwelt und Außenwelt

- 72 Damit sind wir bei der Sozialdimension der Ästhetik angekommen. Sie ist, wie wir gesehen haben, geradezu der Ursprung der neuzeitlichen Ästhetik (Gracián, oben Rn. 29), ausgehend von der Frage: Wie finde ich, als Subjekt, mich in einer Welt zurecht, in der die „objektiven“ sozialen Normen nicht mehr feststehen, sondern ständig im Fluss sind, mal mehr, mal weniger schnell? Mit den Überlegungen des letzten Abschnitts im Hintergrund können wir jetzt antworten: indem ich etwas *darstelle*,¹⁵⁴ genauer: indem ich zugleich *mich* und *mich als etwas* darstelle, kurz: indem ich eine Rolle spiele, die – jedenfalls auch – mit eben diesen sozialen Normen spielt: teils offen, teils verdeckt.

Wie in einer Fußnote bereits erwähnt, markiert die Chiffre „Person-Sein“ geradezu den Einstieg zu Graciáns Werk.¹⁵⁵ Und *persona* bedeutet ursprünglich „Maske“: die Maske, die in den Dramen der griechischen und römischen Antike die Schauspieler trugen.¹⁵⁶

Nebenbei: Niklas Luhmann erblickt die Würde des Menschen gerade in seinem Recht auf gelungene (!) Selbstdarstellung.¹⁵⁷

- 73 Dies führt zu den nächsten Polaritäten: „Individuum und Allgemeinheit“ (oder Individuum und Gemeinschaft) und „Innenwelt und Außenwelt“. Offenbar verhält es sich so, dass es in einer sozialen Gemeinschaft, verstanden als „Außenwelt“, objektive Normen und Maßstäbe gibt (der Kunst, des Rechts, der Moral), die zu ihrer *Verwirklichung* paradoxe Weise auf die subjektive Wirklichkeit der Individuen zurückgreifen müssen: indem diese sich entschließen, in ihrer „Innenwelt“ die Normen von sich aus zu

148 Klassiker: *John Langshaw Austin*, How to Do Things with Words (1962), 2. Aufl. Cambridge, Mass. 1975; deutsch (typisch deutsch): Zur Theorie der Sprechakte, 2. Aufl. Stuttgart 1994.

149 Die Bedeutung von Begriffen ist, wie wir gesehen haben, das, was aus ihnen praktisch folgt (§ 5 I Rn. 14–17) – im jeweiligen SINNZUSAMMENHANG (§ 5 II Rn. 40–59), versteht sich.

150 Ein skandalöses Beispiel für dem Umgang des BGH mit einer Äquivokation (Mehrdeutigkeit des Begriffs) findet sich unten § 34 Rn. 28–40: Erinnerung und „Erinnerung“ (bei der Amtshaftung eines Notars).

151 Zu „Daten – Fakten – Interpretationen“ schon § 6 Rn. 49: Tatsachen (Fakten) sind ein Ergebnis von Daten und Vertrauen. Und *Fake* ist Vertrauensbruch.

152 Zu allem vertieft *Björn Steinrötter*, Stochastische Rechtsanwendung, in: Susanne Hähnchen (Hrsg.), Methodenlehre und Digitalisierung, Potsdam 2024, S. 9–30, insbesondere S. 21–28.

153 Sondern nur als deren Imitation.

154 Hilary Mantel (1952–2022) hat über sich selbst einmal gesagt: „I wanted to *be* someone.“

155 Siehe Fn. III.

156 Im Wort steckt übrigens das Verb *sonare* = tönen (*sound*) und die Präposition *per* = durch, hindurch. Der Schauspieler sprach durch die Maske, genauer: durch eine passende, mit einem Tuch verhüllte Aussparung in der Maske hindurch.

157 *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, Berlin 1965, 6. Aufl. 2019, S. 68.

befolgen, oder auch: indem sie sich entschließen, die Normen durchzusetzen, wenn andere Individuen gegen sie verstößen.

Tun sie es nicht, und wird diese Zu widerhandlung *wahrgenommen* (Ästhetik, s.o. Rn. 27), dann ist dies für die Gemeinschaft ein *Zeichen*, dass die Norm oder ihre Interpretation sich möglicherweise geändert hat. (Syllogistisch gesagt: Der Verstoß gegen die Norm ist ein *Resultat*, das eine der Prämissen der Schlussfolgerung, die von der Geltung der Norm ausgeht, in Frage stellt – sei es nun die *Regel* [den Obersatz] oder die Qualifikation des Verhaltens als *Fall* dieser Regel [den Untersatz]).

Kurz: Es gibt ganz offenbar „immer schon“ eine letztlich ästhetische Wechselwirkung zwischen Individuum und Gemeinschaft; es gibt eine individuelle und kollektive Praxis, in der ein von allen „geteilter“ SINNZUSAMMENHANG seinen Ausdruck findet (Expressivität!¹⁵⁸) und sich dadurch zugleich ständig ändert („teilen“ ganz im Sinn der neuen, sogenannten sozialen Medien).

Luhmann spricht denn auch von der „ewig unfruchtbare[n], ideologisch besetzte[n] Diskussion über das Verhältnis von Individuum und Gesellschaft“¹⁵⁹.

cc) Alt und Neu, konservativ und fortschrittlich

Damit zur Zeitdimension der Ästhetik! Sie verläuft nicht so sehr entlang der Unterscheidung Vergangenheit–Gegenwart–Zukunft, sondern entlang der Unterscheidung „alt oder neu“. Oder wenn man die Haltung dazu benennt: „konservativ oder fortschrittlich (innovativ, progressiv)“.

Bereits hier: Das Recht ist in der Regel konservativ – dies folgt aus seiner Funktion, normative Verhaltenserwartungen abzusichern. Überraschungen sind eher Sache der Wissenschaft. *Rechtswissenschaft* sollte daher nicht langweilig sein.

Eine nur scheinbare Ausnahme ist neues Recht, das sich bewusst gegen eine als ungerecht empfundene alte soziale Ordnung wendet – ich denke an die Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts,¹⁶⁰ die mit vollem Recht die „Wertordnung des Grundgesetzes“ gegen alte Nazis (hier: Veit Harlan) und gegen eine Justiz, die sie weiterhin unterstützte, in Stellung gebracht hat.¹⁶¹ Ein solches Recht ist sozusagen „konservativ für die Zukunft“.

Sachverhalt der Entscheidung: **Lüth** – „damals Senatsdirektor und Leiter der Staatlichen Pressestelle der Freien und Hansestadt Hamburg“ – rief auf zum Boykott eines neuen Films des Regisseurs Veit Harlan. Dieser hatte in der NS-Zeit rassistische Filme gedreht („Jud Süß“) und so das Regime kräftig unterstützt. Der Filmverleih klage beim Landgericht auf Unterlassung des Boykottaufrufs – und bekam Recht: Es handele sich, so das Landgericht, um eine vorsätzliche

74

75

76

77

158 Siehe unten Rn. 98 f.

159 Luhmann, Soziale Systeme (Fn. 140), S. 298.

160 BVerfGE 7, 198 – Lüth (1958).

161 Zu dieser Kontextualisierung Oliver Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger: Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159–281 (186–196, insb. 195): „eine hochgradig zeitgebundene Entscheidung.“

§ 31 Grundlagen: Ethik und Ästhetik

sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB). Das BVerfG hob das Urteil auf: Der Boykottaufruf sei von der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt.¹⁶²

- 78 Wie man sich in dieser Polarität von „alt oder neu“ positionieren sollte, das ist offenbar das schwierigste Problem der neuzeitlichen Ästhetik. Festhalten kann man vielleicht, dass sich in früheren Zeiten – wenn man so will: bis zur sogenannten 1968er-Bewegung – stets das Neue vor dem Alten rechtfertigen musste. Erst im 20. Jahrhundert scheint der Begriff „neu“ und „modern“ die Konnotation von „besser als das Alte“ bekommen zu haben. (Und dahinter steht möglicherweise die Ästhetik des Konsumkapitalismus, der – wie Benjamin Barber formuliert hat – nicht mehr Waren produziert, um Bedürfnisse zu befriedigen, sondern Bedürfnisse erfindet, um Waren zu verkaufen.¹⁶³)

Demgemäß kann man vielleicht auch politische Ideen als eine Art Ware verstehen, für die ein Bedürfnis produziert wird: etwa ein Bedürfnis nach moralischer Überlegenheit oder nach Identität. Natürlich kann man damit dann auch wirkliche Waren wie Bücher, T-Shirts, Eistees verkaufen.

Wie auch immer: Woran soll man sich in dem Konflikt von „alt oder neu“ orientieren?

Denken wir etwa an neue Musik- oder Kunstrichtungen. Und daran, dass die wichtigste Unterscheidung hier vielleicht weniger „alt oder neu“ sein sollte, sondern „gut oder schlecht“.

- 79 Bleibt man bei Kant, so stößt man erneut auf die beiden subjektiven Vermögen (= Fähigkeiten) „Geschmack“ und „Genie“: Der *Geschmack* findet zu der schon bestehenden Regel den richtigen „Fall“, also das in einer konkreten Situation richtige Verhalten. Das *Genie* hingegen findet, besser: erfindet eine neue Regel – sei es dort, wo es noch keine Regel gibt, oder dort, wo eine alte Regel geändert oder gar ersetzt werden sollte. Wann ist aber dies, wann jenes richtig? Braucht es dafür ein besonderes *Gespür* (dazu sogleich) – Juristen sagen gern: ein gewisses „Judiz“?

In den herkömmlichen Juristischen Methodenlehren trägt die Unterscheidung von (konservativem) Geschmack und (fortschrittlichem) Genie die objektiv-unpersönlichen Decknamen „Rechtsanwendung“ und „Rechtsfortbildung“. Wir haben allerdings gesehen, dass beides ineinander übergeht – manchmal sogar recht gewaltsam (§ 29).

c) Intersubjektivität durch Ästhetik: Stil und Gespür

- 80 Wir kommen damit zu den beiden entscheidenden Seiten des Intersubjektiven, das zu produzieren die Aufgabe jeder Ästhetik ist. Gemeint sind, als die sozusagen äußere Seite, das Phänomen „Stil“ und, als die innere Seite, eine weniger geläufige Kategorie, die ich „Gespür“ nennen will.¹⁶⁴

162 Die Entscheidung ist in vielfacher Hinsicht grundlegend – vor allem im Hinblick auf die Geltung der Grundrechte unter Privatleuten („mittelbare Drittwirkung“). Aber war – das fällt mir gerade auf – der Senatsdirektor Lüth hier wirklich nur als Privatmann tätig? Man entdeckt doch immer wieder etwas Neues.

163 Benjamin Barber, *Consumed!* Wie der Markt Kinder verführt, Erwachsene infantilisiert und die Bürger verschlingt, München 2007 (original englisch 2007; Untertitel: How Markets Corrupt Children, Infantilize Adults, and Swallow Citizens Whole), S. 16, 50 f., 315–318 und öfter.

164 Dazu schon Lege, Pragmatismus (Fn. 48), S. 334 f., 337 f.

aa) Was den **Stil** angeht, muss nicht viel gesagt werden. Stil ist – sei es in der Kunst, in der Mode, in der Wissenschaft, in anderen Lebensbereichen – vor allem ein sozialer Maßstab, der sich freilich in äußeren Objekten oder äußerem Verhalten *ausdrückt*. Ob man sich in meiner Studentenzeit als Punk gab oder als sogenannter Popper, war eine soziale Entscheidung.

Derzeit ist „kulturelle Aneignung“ ein Problem, zum Beispiel das Tragen von Rasta-Locken. In früheren Zeiten waren solche *Dreadlocks* geradezu ein Zeichen für – das ist *nicht* polemisch gemeint! – „Gutmenschen“: Man identifizierte sich dadurch selbstredend mit der auf Jamaica diskriminierten Rastafari-Bewegung. Heute besteht der Verdacht, man könnte solche Locken nur tragen, weil man sie schön findet oder – *even worse* – weil man hip sein will. Dies wiederum sei eine Missachtung der echten Rasta-Menschen und ihrer Kultur.¹⁶⁵

Was das Juristische angeht, so haben wir die Unterscheidung von Gutachten- und Urteilstil bereits erwähnt¹⁶⁶ – allerdings noch nicht, dass sie im Prüfungswesen weit überbewertet wird. Pragmatisch betrachtet ist das, was diese beiden Stile *ausdrücken*, lediglich: Im Gutachtenstil wende ich mich an den Adressaten meiner Ausführungen *ergebnisoffen*; er oder sie darf mit mir noch diskutieren, ich bin noch offen für Neues. Im Urteilstil wende ich mich an die Adressaten – insbesondere an die Parteien des Rechtsstreits – *ergebnisfixiert*; darüber können sie mit mir nicht mehr diskutieren (und wenn, dann hat dies keine praktischen Folgen). An der Qualität der Argumente ändert sich durch den Gutachten- oder Urteilstil rein gar nichts.

Im Vorgriff: „Ausdruck“, also *Expressivität*, ist genau das, was ästhetische Güte (Qualität) ausmacht.

Noch nicht erwähnt habe ich zudem: Der juristische Stil ist, jedenfalls in Deutschland, betont unpersönlich. Dies gilt für die Gerichte, in geringerem Maß aber auch für die akademische Rechtswissenschaft (wenn man dort also hört: „Sie haben einen eigenen Stil“, dann ist das meist nicht positiv gemeint). Was mit diesem juristischen Stil *ausgedrückt* werden soll (Expressivität!), liegt auf der Hand: Wir entscheiden und argumentieren völlig objektiv. Sogar die „Werte“, die wir einfließen lassen, sind objektive Werte – sagen wir: die Werte des Grundgesetzes –, nicht etwa unsere subjektiven Geschmacksurteile. Natürlich ist dies, in gewisser Weise, Theater – und ob es immer „gutes Theater“ ist (s.o. § 30 Rn. 14–15, 17–18), darüber lässt sich streiten. Und zwar letztlich: ästhetisch streiten.

bb) Was das **Gespür** angeht, so soll diese Bezeichnung klar machen: Jemand, der es hat, kann gleichsam wie ein Spurenleser aus dem, was explizit und vor allem auch implizit „gesagt“ (genauer: ausgedrückt) wird, den richtigen Sinn „herauslesen“ (deuten, interpretieren). Kurz, es geht um die Fähigkeit, in konkreten sozialen Kontexten die relevanten Zeichen zu erkennen und aus ihnen für sein eigenes oder auch für fremdes Verhalten die „richtigen“ Schlüsse zu ziehen.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Weitere Beispiele aus jüngster Zeit: Auftritt eines Rentnerinnen-Chors mit Sombreros; Indianerkostüme; Übersetzung eines Gedichts von Amanda Gorman durch eine weiße Lyrikerin.

¹⁶⁶ Schon § 2 Rn. 25–27, § 5 II Rn. 87, § 10 Rn. 23.

¹⁶⁷ Siehe zum Spurenlesen aus semiotischer Sicht – und mit Verneigung vor Edgar Allan Poe, Sherlock Holmes und Charles Sanders Peirce: Umberto Eco/Thomas A. Sebeok, Der Zirkel oder im

Dabei darf man selbstverständlich nicht davon ausgehen, dass alle Beteiligten immer redlich agieren – und man muss nicht zuletzt deshalb die eigene Anfälligkeit für *biases* beachten (dazu §§ 35 und 36).

Ein typischer Juristen-*bias*: Wurf ihnen in politischen Debatten ein rechtliches Detailproblem hin – sie werden sich darein verbeißen. (Vielleicht gilt dies aber auch nur für Professoren.)

- 85 Wie auch immer: Offenbar muss man sowohl ein Gespür dafür haben, die richtigen „Daten“ aus dem Informationswust, der uns geboten wird, herauszufiltern; als auch ein Gespür dafür, wie sie sich sinnvoll zu einem neuen Artefakt (Kunstwerk, Geschichte, Erklärung, Begründung) kombinieren lassen – einem Artefakt, das wir mit dem Prädikat versehen können: So ist es „richtig“.

4. Gelingen und Gelungenheit

- 86 Und wie unterscheidet man nun im Bereich der Ästhetik das Richtige vom Falschen? Gibt es so etwas in der Ästhetik überhaupt? „Schönheit“ scheidet schon in der Kunst mittlerweile aus, umso mehr in den anderen „Bereichen“ der Ästhetik. Dass es dennoch so etwas wie ästhetische Richtigkeit gibt, zeigt sich immer wieder in den unterschiedlichsten Kontexten – dann nämlich, wenn ganz unbefangen von einem „Gelingen“ oder „Misslingen“ die Rede ist.¹⁶⁸

Beleg dafür sind nicht zuletzt zwei Umfragen („Rundfragen“), die von zwei österreichischen Professoren des Öffentlichen Rechts unter ihren österreichischen und nun auch deutschen Kollegen durchgeführt wurden. Gefragt wurde nach der – aus Sicht der angesprochenen Kolleginnen und Kollegen – gelungensten und misslungensten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs bzw. Bundesverfassungsgerichts.¹⁶⁹ Wir kommen darauf zurück (§ 34 Rn. 3–6).

Im Folgenden wollen wir zunächst und in Kürze die Begriffe des „Gelingens“ und einer davon abstrahierten „Gelungenheit“ in den SINNZUSAMMENHANG der Philosophie einordnen – ohne uns dabei auf eine einzige theoretische Perspektive festzulegen. Sodann werden wir, durchaus pragmatisch, nach Kriterien der Gelungenheit Ausschau halten (5).

a) Gelingen/Misslingen als Unterfall von „richtig/falsch“

- 87 Zunächst muss man sich klar machen: Die binäre Unterscheidung von „Gelingen/Misslingen“ ist offenbar ein Unterfall des Richtigen/Falschen (wie gut/böse, wahr/unwahr oder rechtmäßig/rechtswidrig). Allerdings unterscheidet sie sich von wahr/unwahr und erst recht von rechtmäßig/rechtswidrig dadurch, dass es beim Gelingen/Misslingen ein **Mehr oder Weniger** gibt. Anders gewendet: Gelingen und Misslin-

Zeichen der Drei. Dupin, Holmes, Peirce, München 1985 (original: The Sign of Three, 1983). Dazu auch – und zum Spurenlesen bei Karl May (1842–1912) – *Lege, Pragmatismus* (Fn. 48), S. 236–240, 361 Fn. 80.

168 Zur Gelungenheit bereits *Lege, Pragmatismus* (Fn. 48), S. 374–388.

169 András Jakab/Sebastian Schmid (Hrsg.), Rundfrage zum Verfassungsgerichtshof, in: Zeitschrift für [österreichisches] Öffentliches Recht (ZÖR) 2021, 1–155; András Jakab/Sebastian Schmid (Hrsg.) Rundfrage zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts, in: ZÖR 2022, 467–854.

gen sind jeweils graduelle Kriterien, während für die zuvor genannten das *tertium non datur* gilt: Eine Aussage ist wahr oder unwahr, einen dritten Wert gibt es nicht. (Aber wir haben schon gesagt: Was wahr oder unwahr ist, darüber entscheidet – mangels höherer Einsicht – ein graduelles Kriterium: die *bessere* Begründung.)

Aus Sicht der Systemtheorie ist „Gelingen/Misslingen“ offenbar – Luhmann selbst sagt es so deutlich nicht¹⁷⁰ – der „Code“ des Funktionssystems „Kunst“ (nachdem „schön/hässlich“ ausgedient hatte). Das Problem liegt dann darin, dass die „Programme“ der Kunst so schwer zu fassen sind, d. h. die Regeln, nach denen dieser Code zugeteilt wird – zumal ein Aufbegehr gegen Regeln für manche Bereiche der Kunst kennzeichnend ist.¹⁷¹ (Im Recht ist es einfach: Da haben wir als Programm die – in autoritativen Rechtssätzen formulierten – „Konditionalprogramme“, bestehend aus Tatbestand und Rechtsfolge,¹⁷² und wir subsumieren darunter; nun gut: manchmal erfinden wir sie auch erst.¹⁷³)

b) Gelungenheit als regulatives Ideal

Von der gleichsam Kategorie¹⁷⁴ des Gelingens/Misslingens muss man sodann die „Gelungenheit“ als regulatives Ideal (im Sinne Kants¹⁷⁵) unterscheiden – so wie von der Unterscheidung wahr/unwahr (die sich auf einzelne Aussagen bezieht) die „Wahrheit“ als solche; oder von der Unterscheidung rechtmäßig/rechtswidrig (die sich auf ein konkretes Verhalten bezieht) die regulative Idee der „rechtlichen Richtigkeit“. Man muss also so etwas wie Gelungenheit **voraussetzen**, ohne jemals sicher sein zu können, dass man sie im Einzelfall erreicht hat.

88

In der Terminologie Luhmanns könnte man sagen: Gegenüber dem *Code* „gelingen/misslingen“, der sich auf das einzelne Kunstwerk bezieht, wäre „Gelungenheit“ die *Kontingenzformel* der Kunst (zum Begriff § 30 Rn. 45–47).

c) Gelungenheit als Zeichen für konkrete Vernünftigkeit (concrete reasonableness)

89

Gerade deshalb ist Gelungenheit dann aber auch der letzte Halt im Einzelfall: Das Ergebnis, das man produziert – sei es eine Erkenntnis, ein Kunstwerk, eine rechtliche Entscheidung –, ist, sofern es gelingt, ein **Zeichen** für konkrete Vernünftigkeit (*concrete reasonableness*).¹⁷⁶ Daher „gelingt“ etwas offenbar auch erst dann, wenn nicht nur das Ergebnis, sondern auch die Mach-Art, also die Art und Weise, wie es produziert wird – im Recht also: wie es begründet wird –, als „richtig“ und vorbildlich empfunden

170 Luhmann, Kunst der Gesellschaft (Fn. 99), S. 315. Lustig daher S. 307: Nur mit Hilfe des Codes „gelingen/misslingen“ kann es dem Kunstsystem „gelingen [!], ... Kunstwerke als einen besonderen Beobachtungsbereich auszudifferenzieren“. Also ist „Gelingen“ wohl auch – quer durch alle Funktionssysteme hindurch (vgl. bei Fn. 67) – eine allgemein-ästhetische, nicht nur künstlerische Kategorie.

171 Siehe die (Nicht-)Definition des BVerfG Rn. 47.

172 Siehe § 14 Rn. 2.

173 Siehe §§ 17 bis 20.

174 Im Sinne Kants, also als Begriff des Verstandes.

175 § 30 Rn. 30 ff. (36); dass es bei Kant regulative *Idee* heißt (nicht *Ideal*) haben wir klargestellt.

176 Dazu schon Lege, Pragmatismus (Fn. 48), S. 298 f., 300 f., 379–383, auch 591, 601.

§ 31 Grundlagen: Ethik und Ästhetik

werden kann. Glückstreffer „gelingen“ nicht eigentlich; sie ereignen sich, sie kommen durch Zufall zustande.

Dies greift natürlich zwei Gedanken des amerikanischen Philosophen Charles Sanders Peirce auf: Logik und Ethik gründen letztlich auf Ästhetik; und Ideal der Ästhetik ist das schlechthin Bewunderungswürdige: *concrete reasonableness*.¹⁷⁷

Ich füge dem hinzu: **Vernunft** heißt Probleme dort lösen, wo sie sich stellen.¹⁷⁸

5. Kriterien der Gelungenheit

- 90 Der Hinweis auf das Konkrete, auf den Einzelfall, der vorbildlich bewältigt wird, führt weiter im Hinblick auf die Kriterien dessen, was wir „Gelungenheit“ nennen.
Zum Begriff „konkret“, wörtlich „zusammengewachsen“, bereits oben § 15c Rn. 23–26.

a) Bereichsspezifisch: zu den Sachen selbst!

- 91 Das Konkrete macht zunächst deutlich, dass Gelungenheit zuvörderst auf die „Sachgesetzlichkeiten“ des jeweiligen Bereichs verweist: Ihnen muss die Lösung des Falls – d.h. sowohl das Ergebnis als auch der Weg dorthin – „gerecht werden“. Die Musik hat ihre eigene „Sachlogik“ (die kulturell durchaus verschieden ausfällt), ebenso die Politik, die Liebe und so weiter – letztlich die ganze (gerade auch physikalische) Welt. Allerdings können wir diese Sachgesetzlichkeit nicht unmittelbar erkennen, sondern nur vermittelt durch Erfahrung, das heißt, in einer Auseinandersetzung mit „der Welt“ oder, wenn man so will: mit den jeweiligen Welten. (Ideologie ist, wenn man dies verweigert oder, *even worse*, verleugnet.¹⁷⁹) Wer wissen will, wie Schimpansen denken, muss sich auf eine Begegnung mit ihnen einlassen (und die Schimpansen sich auf ihn bzw. sie¹⁸⁰).
- Die Kategorienlehre von Peirce haben wir schon erwähnt, also die Unterscheidung von *Firstness* (= die Qualität eines Dinges „an sich“), *Secondness* (= der *Outward Clash* mit etwas anderem) und *Thirdness* (= die Repräsentation dieses *Clash* in einem Zeichen, einer Spur).¹⁸¹
- 92 Vor allem muss man bereit sein, sich überraschen zu lassen, statt seine Erwartungen („Vorurteile“) bestätigt zu sehen. (Dies wäre Ideologie oder Dogmatismus.)

177 Charles Sanders Peirce, Artikel „Pragmatic and Pragmatism“ in: Baldwins Dictionary of Philosophy and Psychology (1901/1902), in: CP 5.3 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraph 3); deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 316. – Aus Sicht der Fachphilosophie: Nicola Erny, Konkrete Vernünftigkeit. Zur Konzeption einer pragmatistischen Ethik bei Charles S. Peirce, Tübingen 2005. Schlüsselbegriff ist dort Peirce‘ „Ethik des Agapismus“ (von griechisch *agápē* = [Nächsten-]Liebe, dazu 225–232). Ich neige ja eher zum Agapismus, vgl. Lege, Pragmatismus (Fn. 48), 275–277; nein, das ist ein Scherz.

178 Lege, Pragmatismus (Fn. 48), S. 383.

179 Abwandlung von Jürgen Habermas, Erkenntnis und Interesse, Frankfurt a.M. 1968, S. 9: „Daß wir Reflexion verweigern, ist der Positivismus.“

180 Vgl. Jane Goodall, The Chimpanzees of Gombe, Cambridge/Mass. 1986.

181 Siehe § 5 II Rn. 77 f.; zur Kategorienlehre ausführlich Lege, Pragmatismus (Fn. 48), S. 243–262.

Dass man niemals vorurteilsfrei in eine Situation geht, ist eine andere Geschichte (ausführlich dazu §§ 35 und 36). Den juristischen Klassiker haben wir schon erwähnt: Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der richterlichen Rechtsfindung (1970).¹⁸²

Was das Recht angeht, so ist das, was unsere *Erfahrung* mit ihm regelt – also den Weg zu einem Ergebnis – natürlich die *Methode*. Sie kann je nach Rechtskultur stark divergieren – man denke an das Urteil des Salomon, an das Scherbengericht (*ostrakismós*) im alten Athen, an die Gottesurteile im Mittelalter, an John Lockes anarchische Idee, im „Naturzustand“ sei ein jeder Mensch Richter und Vollstrecker in eigener Sache.¹⁸³

Was „unser“ Recht angeht, also Recht in der europäischen Tradition, so besteht seine Methode – wir haben das im Zweiten Teil ausführlich entfaltet – letztlich in „Logik, Logik, Logik“, genauer: in deduktiver, induktiver und abduktiver Logik. In diesem Paragraphen haben wir hinzugefügt, dass „hinter“ dieser Logik wiederum eine Ästhetik steckt – die Ästhetik des Syllogismus, der uns mehr „zeigt“ als er sagt. Und wir können nun abschließend hinzufügen: „Hinter“ der *juristischen* Logik steht – bereichsspezifisch – die Ästhetik des *Rechts*, also die Art und Weise, wie das Recht Streitigkeiten *wahrnimmt* (Stichwort: Relationstechnik, Schemata, Ermittlung des Sachverhalts) und diese Wahrnehmungen durch Bildung und Anwendung von Regeln zu in sich schlüssigen Entscheidungen *verarbeitet* (Stichwort *working logic*).

Dass Logik und Recht eng zusammengehören, ist übrigens keine ganz neue Erkenntnis.¹⁸⁴

b) Bereichsunabhängige Kriterien

Unabhängig von den jeweiligen „Bereichsästhetiken“ kann man für das, was ästhetische Gelungenheit ausmacht, die folgenden Anhaltspunkte angeben.

aa) Zusammenklang von Ergebnis und Herstellung

Bereits angedeutet wurde, dass zur Gelungenheit immer ein Zusammenspiel von Produkt und Herstellung gehört. Dabei kann der Witz gerade darin bestehen, dass man die Mühe, die hinter der perfekten Bewegung, dem perfekten Text, dem perfekten Bild steckt, gerade nicht mehr „sieht“ – im Italienischen spricht man von *leggerezza* (Leichtigkeit). Es kann sogar so weit gehen, dass eine Begründung gerade nicht gegeben wird

93

94

95

96

182 Erscheinungsort: Frankfurt a.M.

183 John Locke, Second Treatise of Government (1690), deutsch: Über die Regierung, Stuttgart 1983, Kapitel 2.

184 Helmut Spinner, Begründung, Kritik und Rationalität. Zur philosophischen Grundlagenproblematik des Rechtfertigungsmodells der Erkenntnis und der kritizistischen Alternativen, Band 1: Die Entstehung des Erkenntnisproblems im griechischen Denken und seine klassische Rechtfertigungslösung aus dem Geiste des Rechts, Braunschweig 1977.

– weil sich genau darin die Autorität des Autors zeigt¹⁸⁵ (Gott muss die Zehn Gebote nicht begründen¹⁸⁶). Und Selbstverständliches sollte man nicht ausbreiten.

bb) Orientierung am Muster, am Vorbild, am Standard

- 97 Charakteristisch für Ästhetik ist, wie wir gesehen haben, dass man die Maßstäbe des ästhetischen Urteils gerade nicht definieren kann – und mit ihm trotzdem den Anspruch auf Allgemeingültigkeit erhebt: *I cannot define it, but I know it when I see it.*¹⁸⁷ Daraus folgt, dass Ästhetik sich nicht deduktiv an Allgemeinbegriffen orientieren kann, sondern sich notgedrungen an Einzelfälle halten muss, die als Muster, als Standard, als Vorbild dienen. Wenn man wissen will, was ein guter Roman ist, muss man fünfzig Romane lesen; und im Jazz nennt man die Stücke, in denen Jazz sich mustergültig zeigt, ganz explizit *standards*; oder man denke an die sogenannten Standardbriefe.

Es liegt auf der Hand: Das Recht – genauer: ein wenigstens im Ansatz wissenschaftlich betriebenes Recht – drängt sich geradezu auf als ein „Referenzgebiet“ für diese Orientierung am Fall. In Fallrechtssystemen ist dies besonders deutlich, aber auch Gesetze sind im Grund nichts anders als die Regelung von künftigen „Fallreihen“¹⁸⁸ – und im Zusammenspiel mit diesen ändern sie mehr oder weniger ständig ihre Bedeutung.¹⁸⁹

cc) Expressivität

- 98 Das letztlich entscheidende Kriterium ästhetischer Gelungenheit will ich mit Peirce „Expressivität“ (*expressiveness*) nennen.¹⁹⁰ Ein gelungenes Werk, und dies trifft gerade auf Sprachwerke zu, ist weit mehr als eine Ansammlung von Worten und Sätzen, mehr als die Summe der von diesen getragenen Bedeutungen, mehr als eine äußerliche Anordnung von ausformulierten Gedanken. Sondern es ist ein Ganzes, das als Ganzes einen „Eindruck“ hervorruft, dem auf Seiten des Werkes dessen „Ausdruck“ entspricht („Expressivität“).
- 99 Diese Expressivität des Ganzen ist der letzte Punkt, den wir in unserem Bemühen um Erkenntnis, um konkrete Vernünftigkeit, um Gelungenheit erreichen können.

185 Nach *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 2 Bände, Frankfurt a.M. 1997, S. 142, ist Autorität die „Fähigkeit, mehr sagen, erläutern, begründen zu können, als im Moment zweckmäßig erscheint“ (ähnlich S. 274, 1134).

186 An die Stelle der Begründung tritt dann eben die Inszenierung (Berg Sinai, brennender Dornbusch, steinerne Tafeln).

187 Dies in Anlehnung an ein berühmtes Votum des Richters am US Supreme Court Potter Stewart, siehe § 15a Rn. 50; es ging darum, was – im Hinblick auf einen konkret zu beurteilenden Film – *hard core pornography* ist.

188 *Jan Schapp*, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1983, S. 9–11 und durchgehend.

189 Allgemein dazu *Joachim Lege*, Die Realität des Rechts ist der Fall, in: Rechtsphilosophie (RphZ) 2019, S. 416–429.

190 *Charles Sanders Peirce*, Lectures on Pragmatism (1903), Lecture V, in: CP 5.137, 140 (Fn. 177); deutsch in: Schriften (Fn. 177), S. 389 f., 391; dazu auch *Lege*, Pragmatismus (Fn. 48), S. 299, 363, 601. – Peirce spricht von *esthetic goodness*, sie steht neben der *moral goodness*, d.h. *veracity*, und der *logical goodness*, d.h. *truth*.

Nahe liegt natürlich Hegels Gedanke: „Das Wahre ist das Ganze.“¹⁹¹ Und Kay Waechter (geb. 1954) hat einmal gesagt: Platons „Politeia“ ist ein einziges großes Argument.

dd) Harmonie, Stimmigkeit: Angemessenheit nach angemessenen Standards

Allerdings können Werke mehr oder weniger „eindrücklich“ (wie die Schweizer sagen) gelingen. Was aber macht dann den Unterschied? In einem ersten, etwas vagen Zugriff kann man an so etwas wie Harmonie, Kohärenz, Stimmigkeit etc. denken.¹⁹² Was aber macht dann diese Harmonie oder Stimmigkeit aus?

Geht man von der altgriechischen Wurzel des Wortes aus, so bedeutet Harmonie ein Sich-Einfügen in ein Ganzes. Das heißt: Es muss offenbar Einzelteile geben, darüber hinaus aber auch einen Plan, gemäß dem sie sich zu einem „harmonischen“ Ganzen fügen – oder eben nicht.

Im Anschluss an unsere Überlegungen von vorhin möchte ich diesen „Plan“ nun als die Standards eines jeden „Bereichs“ bezeichnen und für die Gelungenheit eines Werkes oder überhaupt einer Problemlösung formulieren:

Man muss den **Standards** des jeweiligen Bereichs gerecht werden; es müssen aber auch diese Standards dem jeweiligen **Bereich** gerecht werden.¹⁹³ (Vielleicht ist das eine gute Formel gegen „Dogmatismus“¹⁹⁴.)

Deshalb werden z.B. die Standards der Logik so lange zu gelungener Erkenntnis verhelfen, wie sich die Realität im Wesentlichen logik-analog (also folgerichtig) verhält. Wenn es hingegen in einem Bereich der Realität – sagen wir im Recht – nicht mehr folgerichtig zugeht, sondern wenn diejenigen, die die Macht haben, Recht zu setzen, mal so und mal anders handeln – dann wird man auch mit den besten juristischen Methoden nur noch schwer etwas Gelungenes zustandebringen.¹⁹⁵

6. Anstelle einer Zusammenfassung: Was ist ästhetische Qualität?

Wir wollen nicht alles, was wir zur Ästhetik gesagt haben, zusammenfassen. Stattdessen wollen wir noch einmal mutig die Frage stellen: Was ist eigentlich ästhetische Qualität, ästhetische Güte (*goodness*)? Wann ist etwas ästhetisch gut, wann schlecht?

Die Antwort ist letztlich wohl ganz einfach (man denke an Musik): Es muss etwas „überkommen“. Deshalb ist „Expressivität“ – also das, was ein Werk, ein Text, eine Handlung *ausdrückt* – und dadurch einen *Eindruck* hervorruft – unter all den anderen Kriterien der Gelungenheit gewiss das höchste.

100

101

102

¹⁹¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Phänomenologie des Geistes (1807), Vorrede, zitiert nach: Werke Band 3, Frankfurt a.M. 1986, S. 24.

¹⁹² Zentrales Thema und im Detail ausgearbeitet bei Hans-Joachim Strauch, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition, Freiburg i.Br. 2018; 2. Auflage, Baden-Baden 2022.

¹⁹³ Evolutionstheoretisch könnte man hinzufügen: Die Standards müssen *in the long run* den jeweiligen Bereich in „Passung“ mit seiner Umwelt halten, siehe Lege, Pragmatismus (Fn. 48), S. 386, 387.

¹⁹⁴ Um das Wort „Ideologie“ zu vermeiden – wer es verwendet, gilt derzeit als verdächtig rechts.

¹⁹⁵ Bestätigung aus Sicht der Verhaltensökonomie/Kognitionswissenschaft: § 35 Rn. 69 f.

III. Resümee und Ausblick

- 103 Wir sind, um den roten Faden wieder aufzugreifen, auf der Suche nach rechtlicher und juristischer Richtigkeit. Die erste Frage, die sich insoweit aufgedrängt hatte, lautete: Hat das nicht auch etwas mit Ethik zu tun? Das hat es in der Tat, aber leider nicht dergestalt, dass die Ethik klare Antworten liefert, wenn das Recht keine mehr hat. Stattdessen ist klarzustellen: Ethik ist nicht gleichzusetzen mit Moral (verstanden als Inbegriff außerrechtlicher Normen). Ethik ist vielmehr das Hinterfragen von Normen (also von dem, was man „soll“), sie umfasst daher sowohl (a) die Moralphilosophie als auch (b) die Rechtsphilosophie. Das Wichtigste an der **Rechtsethik** (als einer sogenannten Bereichsethik) ist dann: Sie verlangt **Achtung** vor dem Recht. Recht darf nicht zu einem bloßen Mittel zum Zweck verkommen. Man darf es nicht in dieser Weise verächtlich machen. Vielmehr muss man es in seiner Eigengesetzlichkeit und, wenn man so will, Vernünftigkeit (*reasonableness*), erkennen und anerkennen. Auch wenn man anerkennt, dass Recht immer nur die zweitbeste Lösung ist.
- 104 Der Begriff Achtung (oder wenn man so will: Respekt) führt somit zur **Ästhetik** – verstanden als eine gleichsam dreistufige Lehre: von der *Wahrnehmung* über das gute *Handwerk* bis zur *Gelungenheit*. Wir können das Recht achten, ja wir können es achten *wollen*, wenn und weil es uns – mit Kelsen zu reden – „im Großen und Ganzen“ und immer wieder auch im Einzelfall als sachlich sinnvolle Problemlösung „einleuchtet“. Dass dabei zwangsläufig immer die eine Seite verliert und die andere Seite gewinnt, lässt sich nicht ändern. Umso wichtiger ist: Es muss fair gespielt und fair entschieden werden. Und das ist letztlich eine Frage der Methode.¹⁹⁶
- Dass im englischen Wort *fair* sowohl Anständigkeit als auch Schönheit steckt, haben wir schon erwähnt.
- 105 Wir wollen im Folgenden zunächst kurz erörtern, was die deutschen juristischen Methodendiskussionen bislang zum Thema „Ästhetik“ vorgelegt haben (§ 32). Es ist, um dies vorwegzunehmen, normativ nicht sehr ergiebig. Umso mehr will die NJML deshalb prüfen, was man sinnvollerweise unter rechtlicher und juristischer „Gelungenheit“ (als einer Form von „Richtigkeit“) verstehen kann (§ 33); dabei wird die Kategorie der „Vertretbarkeit“ eine Hauptrolle spielen. Schließlich werden wir eine Art „Schema“ oder wenn man will: einen neuen „Kanon“ von Kriterien juristischer Gelungenheit vorschlagen (§ 34). Er wird – auf den ersten Blick vielleicht enttäuschend – einen großen Teil der „Kunstregeln“ bestätigen, die wir als Juristen, mehr oder weniger bewusst, schon gut kennen. Umso erschreckender ist, wie schlampig, ja unfair wir sie manchmal handhaben.

¹⁹⁶ Vielleicht darf man an dieser Stelle daran erinnern, dass *Immanuel Kant* als „das Geschäft“ seiner Kritik der reinen (spekulativen) Vernunft bezeichnet hat: „Sie ist ein **Traktat von der Methode** (...).“ Siehe KrV B XXII (Hervorhebung J.L.).

§ 32 Das Thema „Ästhetik“ in der deutschen Jurisprudenz

In der deutschen Rechtswissenschaft – oder wie ich sie lieber nenne: Jurisprudenz¹ – ist „Ästhetik“ eigentlich kein Thema. Dies gilt auch für die gängigen Methodenlehren. Zwar findet man dort in der Sache durchaus Anklänge an ästhetische Kategorien, etwa wenn von „Stimmigkeit“ oder „Kohärenz“ die Rede ist. Aber *dass* dies Kriterien der Ästhetik sind, wird weder gesagt noch dürfte es bewusst sein.

1

In der deutschen juristischen Literatur sind daher Ansätze, die sich mit der Ästhetik des Rechts beschäftigen, die große Ausnahme. Insofern gibt es einige mehr oder weniger vergessene Ansätze aus der Zeit bis etwa 1950 (I). In einem eher weiten Sinn „ästhetisch“ ist eine danach einsetzende Renaissance der Juristischen Rhetorik (II). In jüngerer Zeit wurde das Thema „Ästhetik im Recht“ oder auch „Rechtsästhetik“ nur vereinzelt aufgegriffen (III). Allein die Neue Juristische Methodenlehre – NJML – will die Jurisprudenz mit Hilfe der Ästhetik auf eine neue, ehrliche Grundlage stellen (IV).

Wir wollen alles in der gebotenen Kürze behandeln.

I. „Historische“ Ansätze

1. Rudolf von Jhering

Der berühmteste Name zum Verhältnis von Recht und Ästhetik ist gewiss Rudolf von **Jhering** (auch **Ihering**, 1818–1892; Aussprache: Jeering).² Am bekanntesten ist Jhering dafür, dass er sich – in Auseinandersetzung u.a. mit Savigny (siehe § 1 Rn. 18, § 15d Rn. 7–21) – von der sogenannten „Begriffsjurisprudenz“ distanziert hat zu Gunsten einer mehr auf die „realen“ Verhältnisse blickenden, in gewisser Weise soziologischen Rechtswissenschaft.³ Er selbst hat seine Methode als „Naturwissenschaft auf geistigem

2

1 Denn: Dies vereint die akademische Rechtswissenschaft an den Universitäten und die Rechtswissenschaft der „Praktiker“ unter einem gemeinsamen Dach. Dabei kann man sich sogar auf das klassische Römische Recht berufen: „*iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*“ -Jurisprudenz (wörtlich Rechtsklugheit) ist Kenntnis der göttlichen und menschlichen Dinge, ist das Wissen (*scientia*) vom Gerechten und Ungerechten“ (Digesten 1,1,10,2; die Digesten – auch Pandekten – sind mit ihren 50 Büchern der Haupttext des klassischen Römischen Rechts; sie sind für Europa nicht weniger wichtig als die Bibel).

2 Zur Biographie: *Michael Kunze*, Rudolf von Jhering – ein Lebensbild, in: Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17.9.1992, hrsg. von Okko Behrends, 2. Aufl., Göttingen 1993, S. 11–28. – Kunze hat als erster den akademischen Nachlass Jherings in der Göttinger Universitätsbibliothek geordnet; er ist vom Fach Jurist, bekannt aber vor allem als Schlagerexter und Musicalautor. – Zu Jherings Werk gerade unter methodologischem Aspekt: *Ralf Seinecke*, Methode und Zivilrecht beim „Begriffsjuristen“ Jhering (1818–1892), in: Joachim Rückert/Ralf Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 148–176 mit vielen weiteren Nachweisen.

3 Am bekanntesten: *Rudolf von Jhering*, Der Kampf um's Recht (1872) – reichlich langatmig, genießbar deshalb eigentlich nur in der von Alexander Hollerbach bearbeiteten Ausgabe (8. Aufl., Frankfurt a.M. 2003); *Rudolf von Jhering*, Der Zweck im Recht (2 Bände 1877–1883), 3. Aufl., Leipzig 1893–1898, Nachdruck Goldbach 1997.

§ 32 Das Thema „Ästhetik“ in der deutschen Jurisprudenz

Gebiet“ oder auch „naturhistorisch“ bezeichnet.⁴ Zugleich hält er die juristische Konstruktion aber auch für „künstlerisch“ und gestaltend, er formuliert insoweit sogar drei „Gesetze“ (ähnlich den „Regeln“, die wir in § 34 II-V entwickeln werden):

1. Das Gesetz der Deckung des positiven Stoffs
 2. Das Gesetz des Nichtwiderspruchs oder der systematischen Einheit
 3. Das Gesetz der juristischen Schönheit.⁵
- 3 Diese Schönheit findet man allerdings erst in den höheren Sphären der Jurisprudenz, also in der Systembildung (vgl. §§ 19 und 20) – Ihering spricht von einer niederen und einer höheren Jurisprudenz.⁶ Kennzeichen juristischer „Schönheit“ sind daher vor allem Einfachheit, Anschaulichkeit und Durchsichtigkeit des gesamten „Rechtskörpers“ – und sie ist kein absoluter, sondern ein gradueller, abgestufter Maßstab.⁷
- Es liegt auf der Hand: Das, was Hauptgegenstand der heutigen Methodenlehren ist – die „Falllösung“ – hat für Ihering mit Schönheit (und in diesem Sinn mit „Ästhetik“) nicht wirklich viel zu tun. Wichtig ist dennoch, dass Ihering mit der „Schönheit“ ein Kriterium in die juristische Erkenntnistheorie eingeführt hat, das weder höhere ethische „Werte“ beschwört noch die juristische Richtigkeit in dogmatischer Fachsimpelei sucht (Ihering hat sich häufig darüber lustig gemacht, etwa über die juristische Haarspaltemaschine⁸).
- Schöne Beispiele für derartige Spitzfindigkeiten übrigens auch in der berühmten Schrift von Hermann Staub zur positiven Vertragsverletzung.⁹
- Das stimmt mit einigen Grundüberzeugungen der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) durchaus überein.

2. Gustav Radbruch, Heinrich Triepel, Hugo Marcus

- 4 Ein kurzes Kapitel zur „Ästhetik des Rechts“ findet sich bei Gustav **Radbruch** (1878–1949) in seiner „Rechtsphilosophie“¹⁰ ein längerer Abschnitt in der „Vorschule der

⁴ *Rudolf von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3 Teile, (1852–1865), 10. Aufl. (Neudruck der 5. Aufl., Leipzig 1894 – 1898), Aalen 1993, Teil II Abteilung 2, S. 361.

⁵ *Jhering*, Geist (Fn. 4) II 2, S. 371 ff., 374 ff., 379–382).

⁶ *Jhering*, Geist (Fn. 4) II 2, S. 358–361.

⁷ Zum gesamten Absatz und weiter vertiefend *Cosima Möller*, Die juristische Konstruktion im Werk Rudolf von Jherings – vom Universellen Rechtsalphabet zur juristischen Schönheit, in: *Juristenzeitung* (JZ) 2017, S. 770–777 (773 f.).

⁸ *Rudolf von Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884), 13. Aufl., Leipzig 1924, Nachdruck Darmstadt 1992, S. 257.

⁹ *Hermann Staub*, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, in: *Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag*, Berlin 1902, S. 29–56; als Faksimile abgedruckt in *Thomas Henne/Rainer Schröder/Jan Thiessen*, Anwalt – Kommentator – „Entdecker“: *Festschrift für Hermann Staub zum 150. Geburtstag am 21. März 2006*, Berlin 2006. Also etwa: Wenn eine mangelhafte Sache geliefert wird, liege die „Unmöglichkeit“ vor, eine mangelfreie Sache zu liefern, oder auch der „Verzug“, mangelfrei zu leisten. Das erweckt, so Staub (S. 35), den „Eindruck“ – ein ästhetisches Kriterium (!) – „des Geschraubten und Gekünstelten“.

¹⁰ *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), 8. Aufl., hrsg. von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, Stuttgart 1973, § 14.

Rechtsphilosophie“.¹¹ Allerdings geht es dort eher um eine Gegenüberstellung von *Kunst* und Recht – in der Hoffnung, dass beide sich gegenseitig erhellen. Kurz: Es handelt sich um ein Verständnis von Ästhetik, das enger ist als das der NJML. Immerhin findet sich dort auch die berühmte Formulierung: „Ein guter Jurist würde aufhören, ein guter Jurist zu sein, wenn ihm in jedem Augenblick seines Berufslebens zugleich mit der Notwendigkeit nicht auch die tiefe Fragwürdigkeit seines Berufes voll bewusst wäre.“¹²

Kaum noch in die heutige Zeit passt wohl der Satz: „Wenn Sprache des Rechts der kalte Lapidarstil ist, so ist, in seltsamem Gegensatz dazu, Sprache des Kampfes ums Recht, des kämpfenden Rechtsgefühls die glühende Rhetorik.“ Heute sind weder Gesetze und Gerichtsentscheide knapp und lapidar formuliert, noch werden dogmatische Streitigkeiten besonders glutvoll ausgetragen. Stattdessen herrscht eine gewisse Geschwätzigkeit, ein gebetsmühlenhaftes Herbeten von viel zu langen Formeln („Obersätzen“, s.u. § 34 Rn. 56–59).

Das wohl berühmteste Buch zum Verhältnis von Recht und Ästhetik stammt von Heinrich **Triepel** (1868–1946): „Vom Stil des Rechts“ (1947).¹³ Triepel versucht in diesem Werk, natürlich unter dem Eindruck des gerade untergangenen Nationalsozialismus, das in dieser Zeit arg korrumpierte Recht in eine bessere Zukunft zu retten: mit Hilfe der ästhetischen Kategorien des Schönen und des Hässlichen. „Schönheit“ finde sich in einem Rechtsakt, wenn er dem Inhalt nach einen hohen sittlichen Wert aufweist oder wenn er formal den für die Kunst geltenden Maßstäben genüge („Einheit in der Mannigfaltigkeit“, gute Gliederung, Ausgewogenheit). „Häßlichkeit“ habe sich vor allem im Recht des Nationalsozialismus gezeigt, teils wegen seiner Symbole, vor allem aber wegen des hohen Maßes an Unsittlichkeit.¹⁴

Auch Triepels Ansatz fasst, kurz gesagt, den Begriff „Ästhetik“ doppelt enger als die NJML: nämlich als Lehre von der *Schönheit* im Bereich der *Kunst*. Zudem ist ihm diese Ästhetik offenbar etwas „Höheres“ als das Recht: Der Normalbetrieb des Rechts, die Mehrzahl aller juristischen Entscheidungen, erscheint ihm daher „ästhetisch gleichgültig“.¹⁵ Ästhetisch belangvoll wird es erst, wenn es ganz schlimm kommt, dann soll die Ästhetik offenbar sagen können: So geht es nicht. Kurz: Ästhetik ist nur für die Sahnehäubchen und die Eiserne Ration der Jurisprudenz zuständig, nicht für ihr täglich Brot.¹⁶

¹¹ Gustav Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie. Nachschrift einer Vorlesung, hrsg. von Harald Schubert und Joachim Stoltzenburg, Heidelberg 1948, §§ 29–31; neu abgedruckt in: Gesamtausgabe, hrsg. von Arthur Kaufmann, Band 3, hrsg. von Winfried Hassemer, Heidelberg 1990, S. 200–211.

¹² Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 10), S. 204.

¹³ Heinrich Triepel, Vom Stil des Rechts. Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts, Heidelberg 1947 (also posthum erschienen). Neu herausgegeben und mit einer Einführung versehen von Andreas von Arnauld und Wolfgang Durner, Berlin 2007. Zitiert wird die Auflage von 1947.

¹⁴ Zum gesamten Absatz Triepel, Stil (Fn. 13), S. 11, 18, 20 ff., 45, 55 f.; zum Nationalsozialismus 147 f., 150–153.

¹⁵ Triepel, Stil (Fn. 13), S. 53 f.

¹⁶ So schon Joachim Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz. Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht, Tübingen 1999, S. 566 f. – Die beiden Metaphern in Anlehnung an Dietmar von der Pfördten, Rezension von Lorenz Schulz, Das rechtliche Moment der pragmatischen Philosophie von Charles Sanders Peirce (1988), in: JZ 1993, S. 194–196 (195); Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen

5

6

§ 32 Das Thema „Ästhetik“ in der deutschen Jurisprudenz

Das sieht die NJML gründlich anders: Die Jurisprudenz ist durch und durch ästhetisch.¹⁷

- 7 Kaum bekannt ist ein zweites Buch aus dieser Zeit (1952): „Rechtswelt und Ästhetik“ von Hugo **Marcus** (1880–1966). Obwohl selbst kein Jurist,¹⁸ hat Marcus vor allem den juristischen Praktiker vor Augen und fragt sich, wie dieser zu einer Entscheidung kommt, wenn er nicht mehr weiter weiß. Nun, sagt Marcus, „da sucht er die fehlende Antwort bei der Ästhetik.“¹⁹ Genau besehen stellt sich Marcus dann die Art und Weise, wie man doch irgendwie weiterkommt, ganz ähnlich vor wie das, was die NJML als **Abduktion** herausgearbeitet hat – ein Zusammenschließen von „Gedanken aus entferntesten Bereichen zur rechten Zeit ... unter einem entscheidenden Gesichtspunkt“²⁰. Man kann daher sagen, dass Marcus‘ Begriff von Ästhetik jedenfalls offener ist als die „Kunstästhetik“ Radbruchs und Triepels.

Zur Erinnerung: Die Idee der Abduktion stammt von dem US-amerikanischen Philosophen Charles Sanders Peirce (1839–1914).²¹ Die NJML hat sie fortentwickelt und versteht unter Abduktionen, prägnant gesagt, „kreative Schlüsse“; oder genauer: den (logischen) „Zusammenschluss von Schlüssen“ (§ 6 III).

II. Juristische Rhetorik und Dialogik (Jurisprudenz als *téchnē*)

- 8 Wir haben schon eingangs gesagt, dass die Juristische Rhetorik²² eher in einem weiten Sinn zum Thema „Recht und Ästhetik“ gehört. Dies liegt daran, dass zwar auch sie – wie die soeben unter I genannten Ansätze – sich auf „Kunst“ bezieht. Jedoch versteht sie unter „Kunst“ etwas anderes als die neuzeitlichen „schönen Künste“ (Musik, Dichtung, Malerei etc.), nämlich: die professionellen Künste der freien Berufe wie Medizin und Recht (man denke an ärztliche „Kunstfehler“). Für „Künste“ in diesem Sinn greift man nun zurück auf die Antike, vor allem auf die antike Rhetorik (dazu schon oben § 2), und orientiert sich auch in der Bezeichnung an ihr: Die Jurisprudenz sei eine Kunst im antiken Sinn von (griechisch) *téchnē* oder (lateinisch) *ars*, das heißt: ein höheres, theoriegeleitetes „Handwerk“, vielleicht darf man sogar sagen: eine angewandte Wissenschaft.

1967, S. 619. Schön dort auch: „Wie jede Wissenschaft [!] ist auch die Privatrechtsgeschichte *Lehre* im alten Handwerkssinn [!]: Information über das ehemalig schon Gefundene, damit den Kommenden vermeidbare Irrtümer oder Umwege erspart bleiben.“

17 Siehe schon Joachim Lege, Ästhetik als das A und O „juristischen Denkens“. 36 Thesen, in: Rechtsphilosophie (RPhZ) 2015, S. 28–36.

18 Es ist schon unglaublich, wie leicht es einem heute das Internet macht, Informationen über alles mögliche zu bekommen. Also: Marcus, geboren in Posen, hatte Philosophie studiert und in diesem Fach promoviert. Er hat ein eher buntes Leben geführt, war z.B. zum Islam übergetreten und hatte sich für die Rechte der Homosexuellen eingesetzt.

19 Hugo Marcus, Rechtswelt und Ästhetik, Bonn 1952, S. 147.

20 Marcus, Rechtswelt (Fn. 19), S. 128; zur Blitzhaftigkeit S. 131.

21 Ausführlich zu ihm: Lege, Pragmatismus (Fn. 16).

22 Bester Einstieg: Katharina Gräfin von Schlieffen, Rhetorik, in: Volker Römermann/Christoph Paulus, Schlüsselqualifikationen für Jurastudium, Examen und Beruf, München 2003, S. 192–229 (Rn. 52–89).

II. Juristische Rhetorik und Dialogik (Jurisprudenz als *téchne*)

Das einfache Handwerk heißt im Griechischen *banausía*, die eigentliche Wissenschaft *epistémē*.²³

1. Die „Mainzer Schule“: Viehweg, Ballweg, Struck, Schreckenberger, Seibert

Die Wiederentdeckung der Rhetorik ist dem kleinen Werk „Topik und Jurisprudenz“ (1953) von Theodor Viehweg (1907–1988) zu verdanken – wir haben es schon mehrfach erwähnt.²⁴ Viehweg hatte darin, durchaus ironisch und polemisch, die Vorstellung angegriffen, Juristen würden ihre Urteile aus streng wissenschaftlich erkannten „Axiomen“ nur noch „deduzieren“. In Wahrheit orientierten sie sich mal an diesem, mal an jenem Geschichtspunkt, auf Griechisch „Topos“ (wörtlich: Ort), und das sei auch gut so. Jurisprudenz sei eben Problemdenken, nicht starres Systemdenken. Das Buch hatte großen Erfolg, vielleicht deshalb, weil – wir haben es schon erwähnt – die Juristenzunft sich acht Jahre nach dem Krieg in ihrer Selbstgewissheit wieder gefangen hatte: Die Scham über die eigene Rolle im Nazireich, sofern vorhanden, war verdaut,²⁵ die meisten setzen ihre Karrieren fort²⁶ – da konnte man sich von einem Außenseiter zugleich ein wenig veräppeln und bestätigen lassen.

9

Ein Außenseiter ist auch Viehwegs Schüler Ottmar Ballweg (1928–2019) geblieben.²⁷ Bereits erwähnt haben wir die 64 Topoi („Allgemeinplätze“), die Gerhard Struck zusammengetragen hat – als sozusagen juristische Mehrzweckwaffen.²⁸ Ein nettes Detail am Rande: Zur „Mainzer Schule“ gehört auch Waldemar Schreckenberger (1929–2017), ein Schulfreund Helmut Kohls (1930–2017) und später dessen Staatssekretär im Bundeskanzleramt. So pragmatisch er als Politiker gewesen sein mag, so abgehoben ist seine Habilitationsschrift.²⁹

10

Aus der Mainzer Schule hervorgegangen (Promotion bei Viehweg) ist zudem Thomas-Michael Seibert (geb. 1949). Seibert hat dann allerdings seinen Schwerpunkt mehr

11

23 Interessant ist, dass Aristoteles ausgerechnet die Topik – mehr dazu sogleich im Text – nicht als *téchne*, sondern als *epistémē* verstanden hat. Sie hatte ihren Platz daher auch schon im sogenannten *órganon*, also in der allgemeinen wissenschaftlichen Methodenlehre. Die Rhetorik hat ihren Platz hingegen im sozusagen Besonderen Teil, bei den angewandten Wissenschaften, genauer: hinter den Naturwissenschaften in einer Linie mit Ethik, Politik, Ökonomie und Poetik.

24 Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung (1953), 5. Aufl., München 1974; siehe dazu schon § 15c Rn. 34–38.

25 Zur Rolle einer Rückbesinnung auf „Naturrecht“ in diesem Kontext: Lena Foljanty, Recht oder Gesetz? Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, Tübingen 2013.

26 Am Beispiel des Bundesjustizministeriums: Manfred Görtemaker/Christoph Safferling, Die Akte Rosenberg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, München 2016 (die „Villa Rosenberg“ in Bonn war Sitz des Ministeriums).

27 Hauptwerk: Ottmar Ballweg, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, Basel 1970; erster Satz: „Ge- genstand der Rechtswissenschaft ist die Jurisprudenz“ (S. 7).

28 Gerhard Struck, Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Frankfurt a.M. 1971, S. 20–34 (Gesamtumfang 118 Seiten).

29 Waldemar Schreckenberger, Rhetorische Semiotik. Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, Freiburg i.Br. etc. 1978.

§ 32 Das Thema „Ästhetik“ in der deutschen Jurisprudenz

auf die Semiotik (Theorie der Zeichen) verlegt³⁰ und von dort aus nach einer langen Karriere als Wissenschaftler und Praktiker nicht weniger als den „Entwurf einer allgemeinen Rechtslehre“ vorgelegt³¹ – nicht zuletzt unter Rückgriff auf Charles Sanders Peirce (1839–1914) und dessen „Amerikanischen Pragmatismus“.

„Amerikanischer Pragmatismus“ ist ein Fachausdruck, nämlich die Bezeichnung für eine bestimmte philosophische Richtung, die vor allem in der Tradition Kants steht. Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) knüpft vielfach an sie an.³² Gemeint ist also nicht die Alltagsbedeutung von „Pragmatismus“ als: na dann „machen wir einfach mal“ – statt lang zu diskutieren.

2. Dialogik und Jurisprudenz: Rolf Gröschner

- 12 Die Gemeinsamkeit Rolf Gröschners (geb. 1947) mit der Mainzer Schule besteht darin, dass auch er die Jurisprudenz als eine „Kunst“ im antiken Sinn von *téchne* versteht. Darüber hinaus ist sein Ansatz allerdings von großer Eigenständigkeit geprägt, am programmatischsten formuliert in dem Aufsatztitel „Die richterliche Rechtsfindung: ‚Kunst‘ oder ‚Methode‘?“³³ und im Titel der Dissertation: „Dialogik und Jurisprudenz“. Etwas holzschnittartig kann man zusammenfassen:
- Gröschner wendet sich – ähnlich wie Viehweg – gegen ein unreflektiertes Selbstverständnis der Jurisprudenz als „Wissenschaft“, die an eine „Methode“ glaubt, die im Wege einer *certa methodus* („sichere Methode“) rechtliche Richtigkeit produziert oder gar garantiert. In Wahrheit finde, so Gröschner, kein am „Objekt Recht“ festzumachender Erkenntnisprozess statt, vielmehr werde das Recht in einer vielschichtigen „Dialogik“ erarbeitet: in den Dialogen (wenn man will: Verständigungen) der beteiligten Akteure miteinander, aber auch mit den „Sachen“ (im Sinn von Sachverhalten), die es zu beurteilen gilt. In diesem Licht sei dann zum Beispiel auch das sogenannte „Judiz“³⁴ zu begreifen und die „Subsumtion“³⁵.
- 13 Gröschners Werk ist von beeindruckendem philosophischen Tiefgang³⁶ (und beneidenswerter Informiertheit), die NJML ist sich auch in sehr vielem mit ihm einig. Dies gilt besonders für die Ablehnung einer „wertenden Erkenntnis“, die der rationalen Kritik entzogen wäre. Kritisch geäußert habe ich mich früher gegen eine gewisse Geringschätzung der Logik, die aber wohl eher der Pointierung diente als einem Abgrenzungswillen.³⁷ Ich bleibe allerdings dabei, dass Gröschners „Dialogik“ nicht wirklich ernsthaft die Frage nach der „Richtigkeit“ juristischer Erkenntnis stellt.³⁸

30 Eine Art Zwischenbilanz: Thomas-Michael Seibert, Zeichen, Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts, Berlin 1996.

31 Dies ist der Untertitel von Thomas-Michael Seibert, Die Lehre vom Rechtszeichen, Berlin 2017.

32 Siehe den Nachweis in Fn. 16.

33 Rolf Gröschner, Die richterliche Rechtsfindung: ‚Kunst‘ oder ‚Methode‘?, in: JZ 1983, S. 944–950.

34 Rolf Gröschner, Judiz – was ist das und wie läßt es sich erlernen?, in: JZ 1987, S. 903–908.

35 Rolf Gröschner, Logik und Dialogik der Subsumtion, in: Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner (Hrsg.), Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 421–455.

36 ... und immer glänzend geschrieben!

37 Vgl. Gröschner, Subsumtion (Fn. 35), S. 442 Fn. 95 als Antwort auf Lege, Pragmatismus (Fn. 16), S. 579.

38 Dazu schon ausführlicher als hier Lege, Pragmatismus (Fn. 16), S. 574–580.

3. „Sachlichkeit“: Katharina Sobota/Gräfin von Schlieffen

Denselben Einwand habe ich gegen die Position von Katharina Gräfin von Schlieffen (geb. 1956). Im Übrigen halte ich ihre Doktorarbeit, die noch unter ihrem Geburtsnamen Katharina Sobota erschien, für eine der besten Analysen dessen, „was Juristen wirklich tun“ – und deshalb nach wie vor sträflich unterschätzt.³⁹ (Es gibt sehr viel flächere Bücher, die sehr viel häufiger zitiert werden.)

14

Sobota zeigt zum einen auf einer unteren, „handwerklichen“ Ebene (auch sie hält die Jurisprudenz für eine *téchnē*), wie logisch-vielschichtig juristische Argumentationen sind. Es ist keineswegs so, dass sich die juristische Logik im deduktiven „Justizsyllogismus“ erschöpfte, vielleicht auch noch im induktiven „Subsumtionssyllogismus“ – und der Rest ist freie Kunst, schöpferische Erkenntnis, werterkennende Eingebung. Nein, selbst die alltäglichsten juristischen Begründungen, zum Beispiel in einem Verwaltungsakt, bestehen aus einem weitverzweigten Geflecht von Syllogismen – derart weitverzweigt, dass es ein immenser Aufwand wäre, sie allesamt auszuformulieren. Also werden die meisten nur angedeutet oder verkürzt dargestellt – in der Terminologie der Antiken Rhetorik: als Enthymem, nicht Epicheirem (§ 2 Rn. 21–22). Wenn man wirklich alles explizit sagen wollte, würde sich ein juristischer Text von 15 Zeilen auf mindestens 15 Seiten auswalzen lassen⁴⁰ – ohne dadurch an Überzeugungskraft zu gewinnen. Wir wissen ganz einfach, dass eine Baugenehmigung ein Verwaltungsakt ist – und müssen es nicht langatrig mit Hilfe einer Subsumtion unter den Tatbestand des § 35 Satz 1 VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz)⁴¹ begründen. Nichtsdestoweniger schlummert in der schlichten Feststellung

15

„Die Baugenehmigung, die der Nachbar N im Klageweg anzugreifen gedenkt, ist ein Verwaltungsakt“⁴²

sozusagen auf Abruf, ein solch syllogistisches Geflecht. Die NJML sieht sich dadurch bestätigt: Es ist alles **Logik, Logik, Logik** – wenngleich zu 80 bis 90 Prozent **latent**⁴³ (man stelle sich einen Eisberg vor).

Dies ist übrigens eine der großen Schwierigkeiten juristischer Prüfungsaufgaben. Die Kandidaten müssen andauernd unterscheiden, was wichtig und was unwichtig ist, was also kurz behandelt werden darf und was ausführlich erörtert werden muss.

Genauer zum (fünf- bis siebengliedrigen) Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS): § 8.

Eine Ebene höher interpretiert Sobota sodann, was durch diese „Geflechte“ geschaffen wird. Und die Antwort lautet: **Sachlichkeit**. Was damit gemeint ist, erschließt sich allerdings erst, wenn man sich die Dreiteilung vor Augen führt, mit der Sobota die Art und Weise, wie wir uns mit der Welt auseinandersetzen und uns über sie verständi-

16

39 Katharina Sobota, Sachlichkeit, Rhetorische Kunst der Juristen, Frankfurt a.M. 1990; ausführlich dazu schon *Lege* (Fn. 16), S. 569–572.

40 Katharina Sobota, Sachlichkeit (Fn. 39), S. 48, 57–71 (zusammenfassend S. 64).

41 Die Vorschrift lautet: „Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.“

42 Dieses Beispiel so nicht bei Sobota.

43 Latein; wörtlich: verborgen.

§ 32 Das Thema „Ästhetik“ in der deutschen Jurisprudenz

gen, unterscheidet – gerade auch im Hinblick auf die Welt des Sollens, die Welt der Normen und Verhaltensregeln. Es sind dies: erstens Magie, zweitens Konsens, drittens schließlich „Sachlichkeit“.⁴⁴

Auf die Politik übertragen entspräche der Magie eine religiös begründete Herrschaft (so im Kern das Gottesgnadentum), dem Konsens die Demokratie (Mehrheit statt Wahrheit), der Sachlichkeit eine an das Recht gebundene Regierung (Rechtsstaat).

- 17 Die letzte Pointe liegt dann darin: Durch diese logischen Geflechte wird auf den ersten Blick eine Art Scheinwelt konstruiert, eine Fiktion, eine bloß gedachte Welt.⁴⁵ Allerdings wird dann in einem zweiten Schritt diese Fiktion – oder wenn man will: dieses Denken – Realität: Wenn wir uns auf derartige Begründungsgeflechte einlassen, wenn wir bereit sind, uns immer wieder fragen zu lassen: „Warum?“ – und dann nicht immer nur antworten wollen: weil ich es halt will (oder weil Gott es will oder weil alle das so wollen) – dann sind wir drin im Spiel der Sachlichkeit.
- Dass wir darin immer wieder an unsere Grenzen stoßen, liegt, wie wir mehrfach gesagt haben, schlicht daran, dass niemand von uns der liebe Gott ist.⁴⁶
- 18 Die Übereinstimmungen von Sobotas bzw. von Schlieffens Lehre mit den Grundüberzeugungen der NJML liegen, wie ich meine, auf der Hand. Allerdings stellt auch sie, wie gesagt, bei aller Sachlichkeit nicht ernsthaft die Frage nach rechtlicher und juristischer Richtigkeit.

4. Lehrbücher: Fritjof Haft und Wolfgang Gast

- 19 Ein erstes Lehrbuch zur Juristischen Rhetorik hat im Jahr 1978 Fritjof Haft (geb. 1940) vorgelegt – mittlerweile liegt es in achter Auflage vor.⁴⁷ Das eher schmale Werk kommt durchaus salopp daher und versteht sich offenbar als echte Alternative zu den herkömmlichen Methodenlehren. Es betont daher in stärkerem Maß die Kontexte, in denen, und die Begriffsstrategien, mit denen argumentiert wird.
- 20 Dies gilt auch für das erheblich umfangreichere Lehrbuch von Wolfgang Gast (geb. 1940), das erstmals 1988 erschienen ist.⁴⁸ Es trug bis zur dritten Auflage den Untertitel: „Auslegung, Begründung, Subsumtion“, behandelte (und behandelt) also thematisch auch das, was Gegenstand der herkömmlichen Methodenlehren ist. Gast hat insofern besonders deutlich gemacht, dass Juristen sich bei der „Rechtsanwendung“ nicht um einen einzigen (Justiz) Syllogismus bemühen, sondern dass es immer um eine **Alternative** geht, immer um die Konkurrenz mindestens zweier „Modell“-Syllogismen: des einen, mit dem begründet wird, dass die umstrittene Rechtsfolge eintreten soll (z.B. eine Strafe); und des anderen, der begründet, dass sie nicht eintreten soll. Beide Syllogismen treten wie in einem Schönheitswettbewerb gegeneinander an, und Gast setzt offenbar voraus, dass es dann eine „bessere Lösung“ gibt – wobei die Kriterien

44 Sobota, Sachlichkeit (Fn. 39), S. 37–46, auch S. 137–140.

45 Wir erinnern uns: Oberflächlich betrachtet ist Logik – nur – die Kunst des *Denkens* (§ 4 II). In Wahrheit ist sie die Lehre von der Folgerichtigkeit des *Handelns*.

46 Hans Peter Dürr, Traumzeit. Über die Grenze zwischen Wildnis und Zivilisation (1978), Neuauflage Frankfurt a.M. 1985, S. 504 f.

47 Fritjof Haft, Juristische Rhetorik, 8. Aufl., Freiburg etc. 2009.

48 Zuletzt Wolfgang Gast, Juristische Rhetorik, 5. Aufl., Heidelberg 2015.

offen bleiben.⁴⁹ Wir werden diesen Gedanken daher bei unserer Untersuchung, was juristische „Gelungenheit“ ist, nicht nur aufgreifen, sondern auch fortführen (§ 33 Rn. 20–31).

Dass die Fokussierung eines Konflikts auf eine Alternative, also eine Ja/Nein-Situation⁵⁰ – unter Absehen von allem anderen – die vielleicht größte Leistung des Rechts ist, haben wir wohl schon einmal erwähnt.

Bereits erwähnt haben wir auch Katharina von Schlieffens schönen Einstieg in die Juristische Rhetorik.⁵¹

5. Exkurs: „Rhetorik für Juristen“

Der Vollständigkeit halber: Nicht zur „Juristischen Rhetorik“ im Sinn einer leicht widerborstigen Methode zum Umgang mit dem Recht zählen Anleitungen, die Juristen neben ihrem eigentlichen Fach rhetorische Fähigkeiten als „Schlüsselqualifikation“ vermitteln.⁵² Sie müssen also in unserem Kontext außer Betracht bleiben.

21

III. Neuere Ansätze

Auch in jüngerer Zeit ist die Beschäftigung mit Ästhetik in der Jurisprudenz ein Randthema geblieben. Allerdings hat es insoweit durchaus Bemerkenswertes gegeben.

22

1. Rechtsästhetik: Daniel Damler

Die wohl spektakulärste Untersuchung zum Thema „Recht und Ästhetik“ hat Daniel Damler (geb. 1975) im Jahr 2016 vorgelegt.⁵³ Damler geht es um nicht weniger als eine kopernikanische Wende in Sachen juristische Dogmatik.⁵⁴ In aller Kürze:

23

Damler will zeigen, wie sehr nicht eigentlich unser abstraktes Denken seine Umwelt – oder darf man sagen: unsere Welt? – ordnet und formt. Vielmehr formen die Bilder und Metaphern, in denen wir lebensweltlich leben, das, was wir denken. Wenn im 19. Jahrhundert das große Faszinosum die „Energie“ war – Energie in ihren verschiedensten technischen Formen (Dampfmaschine, Elektrizität, Feuer), dann hat sich diese Metaphorik auch ins Recht übertragen, und es entwickelt sich eine „energetische Rechtsgeschäftslehre“, in der Schuldverhältnisse eben „erlöschen“.⁵⁵ Das ist sicher richtig, und wir haben schon zugegeben, dass sich im Zeitalter des Computers Metaphern wie „Schnittstelle“ aufdrängen (§ 24). Sehr schön ist auch, dass Damler zudem unter „Ästhetik“, dem griechischen Ursprung gemäß, die Lehre von der Wahrnehmung

49 Hierzu schon *Lege*, Pragmatismus (Fn. 16), S. 572–574.

50 Ein Klassiker: *Jürgen Rödig*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin etc. 1969.

51 Fn. 22.

52 Zum Beispiel *Thilo Tröger*, Rhetorik für Juristen. Recht reden, Baden-Baden 2021; Thema sind beispielsweise der Aufbau von Reden, die sprachliche Verständlichkeit, Regeln für den freien Vortrag und redebegleitende Visualisierungen, aber auch „juristische Argumentation aus rhetorischer Sicht“.

53 *Daniel Damler*, Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016.

54 *Damler*, Rechtsästhetik (Fn. 53), S. 25.

55 *Damler*, Rechtsästhetik (Fn. 53), insb. S. 164 f.

§ 32 Das Thema „Ästhetik“ in der deutschen Jurisprudenz

(*aisthesis*) versteht.⁵⁶ Und auch er greift unter anderem auf Ergebnisse der experimentellen Psychologie zurück⁵⁷ (dazu unten § 35).

Nichtsdestoweniger darf man wohl sagen: Das Buch ist keine Methodenlehre und auch keine juristische Erkenntnistheorie.⁵⁸ Vielleicht kann man es am besten als Ideologiekritik verstehen: Es zeigt, wie sehr wir als Juristen von Vorstellungen beeinflusst werden, derer wir uns nicht hinreichend bewusst sind. Damit ist die NJML ganz *d'accord*.

2. Rechtsästhetik: Weitere Ansätze

- 24 Im weiten Sinn zum Thema „Recht und Ästhetik“ gehören gewiss die vielfältigen Untersuchungen von Thomas Vesting⁵⁹ (geb. 1958) und seiner Schülerin Cornelia Vismann⁶⁰ (1961–2010) zu den Medien des Rechts. Auch die Position Ino Augsbergs ließe sich gut für die Ästhetik vereinnahmen (wenn sie dies denn nötig hätte). Mit der NJML ist jedenfalls bestens kompatibel, dass Augsberg durchaus konservativ die Bedeutung von *Texten* für das, was wir unter Recht verstehen, betont.⁶¹ Und dass das Recht dadurch ex-istiert, dass es sich auf jeder Stufe seiner Verwirklichung ex-poniert,⁶² verträgt sich gut mit unserer Beobachtung, dass ästhetische Qualität in Ex-pressivität besteht (§ 31 Rn. 98–99, 102).
- 25 Weiteres: Im Jahr 2015 brachte die Zeitschrift „Rechtsphilosophie“ (RPhZ) ein Themenheft mit dem Titel „Rechtsästhetik“ heraus – als Heft Nr. 1 des ersten Jahrgangs!⁶³ Es versammelte Beiträge von Juristen und Fachphilosophen. Unter philosophischer Federführung folgte im Jahr 2020 ein Sammelband mit dem Titel „Rechtsästhetik in rechtsphilosophischer Absicht“.⁶⁴ Er umfasst als Blöcke die Themen: Recht und Form⁶⁵, Recht und Gefühl⁶⁶, Urteilen in Recht und Ästhetik⁶⁷, schließlich Recht und

56 Damler, Rechtsästhetik (Fn. 53), S. 29.

57 Damler, Rechtsästhetik (Fn. 53), S. 50–61.

58 Ausführlich zum Werk die Rezension von Joachim Lege, in: Rechtswissenschaft (RW) 2017, S. 347–355.

59 Thomas Vesting, Die Medien des Rechts. 4 Bände, Weilerswist 2011–2015; die Bände tragen die Titel: „Sprache“, „Schrift“, „Buchdruck“, „Computernetzwerke“.

60 Vor allem: Cornelia Vismann, Akten. Medientechnik und Recht, Frankfurt am Main, 2000, 2. Auflage 2001. Siehe auch ihre großartige Antrittsvorlesung: Cornelia Vismann, Das Schöne am Recht, Berlin 2012; es geht darin um ... Lykurg und Solon, Sparta und Athen ...

61 Ino Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, 2. Aufl., Weilerswist 2020.

62 Ino Augsberg, Elemente einer Theorie des positiven Rechts, Weilerswist 2021.

63 Beiträge von Eva Schürmann, Fabian Steinhauer, Joachim Lege, Andreas von Arnauld/Stefan Martini/Christian Klein, Ludger Schwarte und Jörn Reinhardt. – Großer Dank gebührt dem Herausgeber der Zeitschrift: Joachim Renzikowski.

64 Eva Schürmann/Levno von Plato (Hrsg.), Rechtsästhetik in rechtsphilosophischer Absicht. Untersuchungen zu Formen und Wahrnehmungen des Rechts, Baden-Baden 2020.

65 Beiträge von Gertrude Lübbe-Wolff und Dietmar von der Pfordten.

66 Beiträge von Hilge Landweer und Julia Hänni.

67 Beiträge von Andreas von Arnauld, Levno von Plato und Ludger Schwarte. Im Beitrag von von Arnauld – „Ästhetisches und juridisches Urteilen: Rechtsästhetik als Methodenkritik“ (S. 103–117) – kommt das Kritische weniger deutlich heraus, als der Titel vermuten lässt.

Medien⁶⁸. Das Buch bietet den wohl besten Einstieg und Überblick zum gegenwärtigen Stand der Forschung. – An anderer Stelle erwähnt haben wir bereits einen schönen Sammelband zur Inszenierung von Recht.⁶⁹

Als Überblick muss schließlich noch der Abschnitt „Zur Ästhetik des Rechts“ im Lehrbuch von Klaus F. Röhl (geb. 1938) und Hans Christian Röhl (geb. 1964) zur Allgemeinen Rechtslehre genannt werden.⁷⁰ Dies ist – wie immer bei Röhl – ein akribische Zusammenstellung,⁷¹ setzt darüberhinaus aber auch eigene Akzente, etwa mit dem Thema „Schönheit als soziale Macht – ästhetische Diskriminierung“. Ein wenig missverstanden fühle ich mich, wenn es über meinen Ansatz⁷² heißt – genauer: über das, was nach Röhls Einschätzung Skeptiker aus ihm schließen könnten: „Ästhetik diene den Juristen als Wundpflaster für Rationalitätslücken.“⁷³

Richtig daran könnte allerdings sein, dass die NJML in der Tat den **Finger in eine Wunde** legt – in die Wunde, die sich auftut, wenn man die Selbstgewissheit der Zunft in Zweifel zieht. Oder nehmen wir ein anderes, poetischeres Bild: Vielleicht will die NJML den Juristen und auch Nicht-Juristen zeigen, dass der Kaiser in manchen Fällen sehr dünn bekleidet ist.⁷⁴

Und vielleicht kann man dann mit Marx fortfahren: Es kommt darauf an, sich trotzdem nicht zu verbiegen.

IV. Die NJML (Neue Juristische Methodenlehre)/Kritik der juristischen Vernunft

Ich glaube sagen zu dürfen: Die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) ist der einzige Ansatz, der die Jurisprudenz mit Hilfe der Ästhetik **systematisch** auf eine neue Grundlage stellt, und zwar sowohl die Alltagsjurisprudenz als auch die „höhere“ Rechtswissenschaft und Rechtstheorie. Wir wollen dies kurz skizzieren.

1. Pragmatismus und Jurisprudenz

Philosophische Grundlage der NJML ist im Wesentlichen der Amerikanische Pragmatismus, so wie er von Charles Sanders Peirce entfaltet wurde.⁷⁵ Es ist dies eine äußerst vielschichtige Philosophie, aus der wir nur drei Gedanken herausstellen wollen. Erstens: Die Bedeutung aller Begriffe und Aussagen ist das, was praktisch aus ihnen

68 Beiträge von Laura Münkler, Eva Schürmann, Stefan Machura, Eberhard Ortland und Jörn Reinhardt.

69 Laura Münkler/Julia Stenzel (Hrsg.), Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen, Weilerswist 2019.

70 Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 4. Aufl. (angekündigt), § 18; Vorabdruck im Netz zugänglich unter file:///C:/Users/PC-Benutzer/Downloads/SSRN-id3191176-2.pdf.

71 Klaus F. Röhl hat sich mir gegenüber einmal wie folgt geoutet: „Ich bin ein Schubladendenker.“

72 Lege, Pragmatismus (Fn. 16 und 17).

73 Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre (Fn. 70), S. 275 (Fettdruck im Original).

74 Siehe Hans Christian Andersen, Des Kaisers neue Kleider, in: Gesammelte Märchen. Erster Theil, Leipzig 1847, S. 41–44. – Ob die Prozession trotzdem, so wie im Märchen, „noch straffer“ voranschreiten wird?

75 Aufgearbeitet bei Lege, Pragmatismus (Fn. 16).

26

27

28

§ 32 Das Thema „Ästhetik“ in der deutschen Jurisprudenz

folgt. Zweitens: Alle Erkenntnis beruht auf Logik, Logik, Logik (Deduktion, Induktion, Abduktion) – nicht etwa auf höheren, intuitiven Einsichten. Drittens: Die Logik ist eingebettet in die Ethik, die Ethik in die Ästhetik (dies sind die drei normativen Wissenschaften).

Zum Kontrast die herkömmlichen Methodenlehren: Für sie besteht die juristische Methode aus ein bisschen Logik, einem ordentlichen Schuss Wertung und viel Fachsimpelei.

2. Ästhetik als Anfang und Ende des „juristischen Denkens“ – und Handelns

- 29 Allerdings ist Ästhetik für die NJML nicht die Lehre vom Schönen und Erhabenen, sondern zuallererst⁷⁶ die Lehre von der Wahrnehmung (griechisch *aísthēsis*). In dieser Weise ist Ästhetik das A und O, also: Anfang und Ende,⁷⁷ eines jeden Denkens, also auch des juristischen Denkens.⁷⁸ Wir beginnen mit einem ersten Eindruck („Wertung“), was rechtlich richtig sein sollte („das muss man doch dürfen!“). Wir arbeiten ihn dann, wenn andere das anders sehen, mit Hilfe der Logik so lange durch, bis wir ein Ergebnis gefunden haben, das uns „richtig“ erscheint. Aber warum? Weil uns dieses Ergebnis insgesamt stimmiger erscheint und wir uns deshalb mit dem, was praktisch aus ihm folgt, „besser fühlen“. *Nothing more pretentious*.

3. Kritik der juristischen Vernunft

- 30 Aber es stimmt schon: All dies müssen wir noch besser begründen. Und vor allem müssen wir begründen, dass diese Sichtweise vernünftig ist – vernünftiger als die der herkömmlichen Methodenlehren. Zu diesem Zweck wollen wir in den §§ 33 und 34 genauer betrachten, nach welchen Maßstäben die juristische Ästhetik verfährt. In den §§ 35 und 36 werden wir auf diese juristische Ästhetik dann noch einen Blick von außen werfen: aus Sicht der neueren Kognitionspsychologie und Verhaltensökonomie.

76 Im weiteren Verlauf ist sie dann die Lehre von einer Art Dreifaltigkeit aus Wahrnehmung, gutem Handwerk und Gelungenheit, siehe schon § 31 III.

77 Das griechische Alphabet beginnt mit Alpha und endet mit Omega.

78 So schon *Lege*, Pragmatismus (Fn. 17).

§ 33 Juristische Ästhetik I: Vertretbarkeit und Gelungenheit

Wir kommen nun zur zweiten großen Neuigkeit der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML). Um zu ihr hinzuführen:

1

Das Thema des Vierten Teils der NJML lautet „Juristische Methode und rechtliche Richtigkeit“. In § 30 III hatten wir gesehen, dass diese rechtliche Richtigkeit eine regulative Idee ist (ein „Ideal“), genauer: Es ist *die* regulative Idee der Jurisprudenz. In § 31 haben wir sodann gefragt, worauf sich diese Jurisprudenz letztlich gründet. Insofern konnten wir sagen, dass es nicht ganz ohne Ethik ausgeht (man braucht eine gewisse **Haltung**, § 31 Rn. 13, 17–21).

Die zweite Hauptthese der NJML lautet nun allerdings: Der **letzte Halt** der Jurisprudenz – also der Wissenschaft vom Recht – ist nicht die Ethik (oder eine spezielle Ethik); letzter Halt ist vielmehr eine spezifisch **juristische Ästhetik**. Wir haben uns daher in § 31 II generell zur Ästhetik informiert (von der Wahrnehmung über die Kunst bis zum Gelingen) und wollen uns nun um die juristische Ästhetik kümmern. Insoweit lautet die

2

These: Letztkriterium der Jurisprudenz ist die juristische **Gelungenheit** einer rechtlichen Entscheidung.

Wir werden alsbald sehen, dass diese juristische „Gelungenheit“ ein *gradueller* Wert ist, es gibt also „mehr oder weniger“ Gelungenes. Hingegen ist die rechtliche „Richtigkeit“ ein *absoluter* Wert: Es gibt nur richtig oder falsch – und nichts Drittes (auf Latein: *tertium non datur*¹).

I. Gelungenheit als juristische Kategorie

3

Soweit ich sehe, ist „Gelungenheit“ als Kategorie zur Beurteilung rechtlicher Entscheidungen und juristischer Begründungen bisher kaum thematisiert worden.² Zwar finden sich in der juristischen Literatur immer wieder Wendungen, gemäß denen eine Subsumtion „gelingt“ oder ein Urteil mehr oder weniger „gelungen“ ist. Was damit gemeint ist, bleibt jedoch offen – auch und gerade in den Methodenlehren³.

1 Zum *tertium non datur* als dem dritten Grundgesetz der Logik siehe § 5 III Rn. 89.

2 Umso bemerkenswerter Stefan Feix, Maßstäbe für eine gelungene richterliche Rechtsfortbildung. Grundlegende Untersuchung anhand der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung zum Delisting, Berlin 2020, insb. S. 193–204 (eine Dissertation!); ebenfalls beschränkt auf die Rechtsfortbildung und mit anderer Terminologie bereits Karl Larenz, Kennzeichen gegückter richterlicher Rechtsfortbildung, Heidelberg 1965, insb. S. 13: „Es muss eine Regel aufgestellt werden“ (!), die Rechtsfolge muss dazu passen, und die Regel muss sich „in das Ganze der Rechtsordnung bruchlos einfügen“. Es geht also auch ohne „Werterkenntnis“! – Generell zur Kategorie juristischer Gelungenheit Joachim Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 582–606; zur Gelungenheit in verschiedenen Kontexten Joachim Lege (Hrsg.), Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts, Tübingen 2019.

3 Am nächsten kommt dem hier verfolgten Ansatz Hans-Joachim Strauch, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2. Aufl., Baden-Baden 2022, S. 623–678, insbesondere Kapitel 27 (S. 639–678): Herstellung von Kohärenz.

1. Allgemeine Akzeptanz ...

- 4 Nichtsdestoweniger (oder gerade deshalb?) ist die Kategorie des „Gelingens“ oder – wie sie hier entfaltet werden soll – der „Gelungenheit“ offenbar allgemein akzeptiert. Den schönsten Beweis dafür haben jüngst und gleich doppelt zwei junge Kollegen aus Österreich – András Jakab und Sebastian Schmid – geliefert:

Sie haben zunächst im Jahr 2020 unter den österreichischen Professorinnen und Professoren des Öffentlichen Rechts eine Umfrage gestartet (österreichisch: „Rundfrage“), welches aus deren Sicht die gelungenste und welches die misslungene Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs sei (er wurde in jenem Jahr 100 Jahre alt). Der Rücklauf war beachtlich: 20 Kolleginnen und Kollegen nahmen teil.⁴ Davon beflogt, haben Jakab und Schmid sodann eine solche Rundfrage unter den deutschen Professorinnen und Professoren im Jahr 2021 wiederholt – in diesem Jahr wurde das Bundesverfassungsgericht 70 Jahre alt. Auch hier war das Echo groß: Mit einem Beitrag geantwortet haben 54 Kolleginnen und Kollegen.⁵

Als gelungenste Entscheidung hat sich dabei die Lüth-Entscheidung⁶ herausgestellt (viermal genannt). Den Platz der misslungensten Entscheidung teilen sich, jeweils viermal genannt, das Homosexuellen-Urteil⁷ und das Urteil zum PSPP-Programm der Europäischen Zentralbank (EZB)⁸. Meine Favoriten waren: Der Nassauskiesungsbeschluss⁹ (gelungen) und die Entscheidung zur Vermögensteuer¹⁰ (misslungen).¹¹

2. ... eines ästhetischen Begriffs

- 5 Bemerkenswert ist nun, dass alle Teilnehmer an der Rundfrage mit dem Begriff des Gelingens offensichtlich etwas anfangen konnten – und dies, obwohl Jakab und Schmid bewusst darauf verzichtet hatten, insoweit eine Begriffsbestimmung vorzugeben.¹² Kurz und gut, es blieb jedem Kollegen selbst überlassen, was er unter „gelungen“ und „misslungen“ verstehen wollte – und doch wussten alle, worüber wir reden. Einen besseren Beweis dafür, dass es sich um einen Begriff der Ästhetik handelt – einen Begriff wie „schön“ – kann man sich nicht wünschen.

Anders gewendet: Was „gelungen“ bedeutet, kann man nicht abschließend wissen/sagen – *je ne sais quoi* (§ 31 Rn. 30) – und doch wissen alle, was gemeint ist.

4 ZÖR 2021 ([österreichische] Zeitschrift für Öffentliches Recht).

5 ZÖR 2022, S. 467–854.

6 BVerfG 7, 198 – Lüth (1958) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite).

7 BVerfGE 6, 389 - Homosexualität (1957).

8 BVerfGE 154, 17 – Europäische Zentralbank/PSPP (2019); PSPP bedeutet: Secondary Markets Public Sector Asset Purchase Programme.

9 BVerfGE 58, 300 – Nassauskiesung (1981).

10 BVerfGE 93, 121 – Vermögensteuer (1995).

11 Joachim Lege, Was wir schon immer über das Eigentum sagen wollten, in: ZÖR 2022, 661–669.

12 András Jakab, Rundfrage zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts, in: ZÖR 2022, 467–484 (467).

II. Die Große Vermittlerin: Vertretbarkeit

Nochmals anders gewendet: Offenbar eröffnet das Wort „gelingen“ oder – wie wir es hier als Begriff einführen wollen: das Wort „Gelungenheit“ – ein Sprachspiel¹³ mit gewissen Regeln, die uns freilich zum großen Teil unbewusst sind. Wir wollen im Folgenden nun versuchen, uns diese Regeln etwas bewusster zu machen, und dazu eine Reihe von Begriffen unterscheiden. Zentral wird dabei der jedem Juristen vertraute Begriff „Vertretbarkeit“ sein – auch er ist in der methodologischen Literatur sehr unterbelichtet.¹⁴

6

1. Entscheidung – Ergebnis – Begründung

Die ersten drei Begriffe beziehen sich rein deskriptiv und wertfrei auf das juristische Endprodukt: eine rechtliche *Entscheidung*. Diese Entscheidung ist, wie wir gesehen haben, eine Art Paradox (§ 30 Rn. 3–6): Sie möchte „richtig“ sein, weiß aber noch nicht, *was* richtig ist (sonst müsste man nicht entscheiden); erst wenn sie gefallen ist, kann man es wissen – nach welchen Kriterien auch immer, meist nach mehreren (z.B. „politisch klug, rechtlich in einer Grauzone“).

7

Genau besehen sollte man nun freilich im Recht nicht die Entscheidung als Ganzes mit den Attributen „richtig“ oder „falsch“ versehen, sondern nur ihr *Ergebnis* (das Resultat der Schlussfolgerung). Es ist „richtig“, den A wegen Totschlags zu bestrafen (und nicht wegen Mordes¹⁵). Und es gilt dann *im Recht* (in anderen SINNZUSAMMENHÄNGEN¹⁶ mag anderes gelten): Es gibt nur *eine* rechtlich richtige Antwort, denn es kann nur *eine* Partei Recht haben.

Demgegenüber gibt es bei der *Begründung* dieses Ergebnisses nicht diese streng binäre Unterscheidung rechtmäßig/rechtswidrig, vielmehr kann man hier von einem graduell-analogen besser/schlechter sprechen. Begründungen sind *mehr oder weniger „gut“*, *mehr oder weniger „schlecht“* – gemessen an den juristischen „Kunstregeln“ (zu ihnen weiter unten § 34 II–V).

8

Statt „binär“ könnte man auch „digital“ sagen.

13 Für die Nicht-Philosophen: Der Begriff „Sprachspiel“ stammt aus der Spätphilosophie Wittgensteins (*Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen [englisch 1953, deutsch/englisch 1958], in: Werkausgabe Band 1, Frankfurt a.M. 1984, Nr. 7). Wir haben daraus bereits die „Familienähnlichkeiten“ fruchtbar gemacht (§ 15a Rn. 52–54).

14 *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 16 III, behandelt unter dem Stichwort „Vertretbare Entscheidungen“ letztlich die Problematik unbestimmter Rechtsbegriffe mit oder ohne Beurteilungsspielraum (in diesem Buch § 15a Rn. 69–75; auch er identifiziert sie als Kompetenzproblem (Kompetenz im Sinn von Zuständigkeit). *Hans-Joachim Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1. Aufl., Freiburg i.Br. 2018, S. 79, erwähnt die Grenze „zwischen methodisch noch vertretbarem und nicht mehr vertretbarem Handeln“ nur kurz im Zusammenhang mit „Richtertypen“.

15 Das Verhältnis des Mordes zum Totschlag ist eine klassische dogmatische Streitfrage (eigenständiger Tatbestand oder Qualifikationstatbestand?). Auf sie wird hier *nicht* angespielt.

16 Zum Begriff § 5 II Rn. 40–59.

2. richtig/falsch – vertretbar/nicht vertretbar

- 9 Wir sehen also: Bei der Beurteilung rechtlicher Entscheidungen (als Ganzem) gibt es einen Spielraum – und es gibt ihn nicht. Der Widerspruch löst sich auf, wenn man zu den Unterscheidungen „richtig/falsch“ (Ergebnis) und „besser/schlechter“ (Begründung) eine dritte Kategorie hinzufügt,¹⁷ die beide gewissermaßen verbindet oder überwölbt: die Unterscheidung „vertretbar/nicht-vertretbar“ – wobei „vertretbar“ in einem ersten Zugriff ganz schlicht alles ist, was man als Jurist guten Gewissens *vertreten* kann, sei es als Ergebnis oder als Begründung. Allerdings stellt sich dann das Verhältnis der beiden Unterscheidungen „richtig/falsch“ und „vertretbar/nicht-vertretbar“ aus der Sicht des **Rechts** und aus Sicht der **Jurisprudenz** (also der Rechtswissenschaft, wie man sie verstehen sollte¹⁸) unterschiedlich dar:

a) Die Perspektive des Rechts: „vertretbar“ = eigentlich falsch, aber noch ...

- 10 Vom **Recht** her gesehen (man denke sich einen Richter) gibt es im Hinblick auf das **Ergebnis** (die Rechtsfolge) nur eine einzige richtige Lösung (*right answer*)¹⁹ – alles andere ist **falsch**, **aber** unter Umständen, d.h. mit hinreichend guter Begründung, **vertretbar**.

Auf der anderen Seite ist alles, was in der Begründung methodisch **nicht mehr vertretbar** ist (also juristisch falsch), auch im Ergebnis **rechtlich falsch**.

Das prominenteste Beispiel – die Entscheidung des BVerfG zu PSPP-Programm der EZB²⁰ – haben wir schon erwähnt (§ 18 Rn. 36–37).

b) Die Perspektive der Jurisprudenz: „vertretbar“ = alles richtig, solange noch ...

- 11 Von der **Jurisprudenz** her (man denke sich einen Prüfer im Staatsexamen) kann es *mehr* als ein einziges „richtiges“ **Ergebnis** geben, nämlich so viele, wie sich adäquat begründen lassen: Das Ergebnis ist dann **richtig**, wenn und weil (noch) **vertretbar** begründet. Es steht allerdings in Konkurrenz mit anderen, ebenfalls „richtigen-weil-vertretbaren“ Begründungen und deren Ergebnissen.

Ganz in diesem Sinn hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass in einer juristischen Prüfung eine vertretbare Antwort nicht als falsch bewertet werden darf.²¹

Und man kann als Prüfer unter eine Klausur oder als Rezensent zu einer gerichtlichen Entscheidung schreiben, sie sei „nur im Ergebnis richtig“. Oder: Ein bestimmt-

17 Vielleicht kann man auch sagen: Es wird die Unterscheidung „besser/schlechter“ auf die schärfere Unterscheidung „vertretbar/nicht-vertretbar“ zugespitzt.

18 Gemeint: Es ist keineswegs so, dass im Recht die „Wissenschaft“ von der „Praxis“ zu trennen ist und es folglich wahre „Wissenschaft“ nur an den Universitäten gäbe. Auch die rechtlichen Berufe außerhalb des Elfenbeinturms arbeiten wissenschaftlich, und Jura-Professoren freuen sich immer sehr, wenn ihre Ideen dort aufgegriffen werden. Sarkastisch Gunther Teubner, Recht als autopoeitisches System, Frankfurt a.M. 1989, S. 53: „Das BGH-Zitat – der große Triumph des deutschen Rechtsprofessors – (...).“

19 Es kann, wie gesagt, nur einer Recht haben. – Zu Ronald Dworkins *right answer thesis* § 5 II Rn. 72.

20 BVerfGE 154, 17 (96) – PSPP-Programm der EZB (2020).

21 BVerfGE 84, 34 – Juristische Staatsprüfung (1981).

tes Ergebnis (gleich ob richtig oder falsch) sei „mit dieser Begründung nicht vertretbar“.

Kurz und gut (und hoffentlich nicht allzu missverständlich formuliert): Was rechtlich falsch ist²², kann juristisch richtig sein, weil (noch) vertretbar; und was rechtlich richtig ist, kann juristisch falsch sein, weil („so“) nicht vertretbar.

Ganz praktisch zeigen sich diese Unterscheidungen übrigens in zwei Vorschriften für die Revisionsinstanz (hier als Beispiel: Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht):

§ 561 ZPO [Zivilprozessordnung] Ergibt die *Begründung* des Berufungsurteils zwar eine Rechtsverletzung [= sie ist nicht vertretbar], stellt die *Entscheidung* selbst aber aus anderen Gründen sich als richtig dar [= im Ergebnis], so ist die Revision zurückzuweisen.

§ 144 Abs. 4 VwGO [Verwaltungsgerichtsordnung] Ergeben die *Entscheidungsgründe* zwar eine Verletzung des bestehenden Rechts [= sie sind nicht vertretbar], stellt sich die *Entscheidung* selbst aber aus anderen Gründen als richtig dar [= im Ergebnis], so ist die Revision zurückzuweisen.

Denn „Rechtsverletzung“ wird wie folgt definiert:

§ 546 ZPO Das Recht ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig [weil nicht-mehr-vertretbar begründet, J.L.] angewendet worden ist.

3. Die Janusköpfigkeit (das Doppelgesicht) der Vertretbarkeit

Gerade durch diese Fähigkeit der „Vertretbarkeit“, wie der römische Gott Janus²³ gleichsam in beide Richtungen zu schauen, wird nun deutlich: Vertretbarkeit ist die Kategorie, die eine **Begründung** in ein **Ergebnis** umwandeln kann – und auch umgekehrt (§ 29). Diese Umwandlung oder auch Übersetzung kann **mehr oder weniger** gut „**gelingen**“ – je nachdem, welche Meinung (Theorie, Begründung) und welches Ergebnis (Rechtsfolge und Realfolge, § 26) man „**vertrefft**“. Wir werden uns daher mit der Frage, was Gelungenheit „ist“ – was also ihr Mehr oder Weniger ausmacht – noch näher beschäftigen. Zuvor wollen wir die begrifflichen Zusammenhänge jedoch, gefolgt von einem Caveat²⁴ (Vorbehalt), noch einmal zusammenfassen:

Die Entscheidung aus Sicht des Rechts:

Begründung		
Ergebnis	Vertretbar	nicht-vertretbar
richtig	gelungen	misslungen
falsch	vertretbar	gelungen
	nicht-vertretbar	./.
		2 x misslungen

22 Genauer: Was man für rechtlich falsch hält.

23 Er hat anstelle eines Hinterkopfes ein zweites Gesicht. Als Gott des Ausgangs und Eingangs – wenn man so will: des Übergangs – hat er dem Januar den Namen gegeben.

24 Latein: „Man möge sich in Acht nehmen“, kurz: „Vorsicht!“. Bekannt ist die Warnung *cave canem* – Warnung vor dem Hund.

12

13

14

§ 33 Juristische Ästhetik I: Vertretbarkeit und Gelungenheit

Lehrsatz 1: Was rechtlich falsch ist, kann (noch) vertretbar sein; und was im Ergebnis richtig ist, kann dennoch „so nicht-vertretbar“ begründet sein (vgl. §§ 561 ZPO, 144 Abs. 4 VwGO).

Lehrsatz 2: Ein Ergebnis, für das es keine vertretbare Begründung gibt, ist „nicht-vertretbar falsch“.

15 Die Entscheidung aus Sicht der **Jurisprudenz**:

		Begründung	
Ergebnis		vertretbar	nicht-vertretbar
richtig	vertretbar	gelungen	misslungen
	nicht-vertretbar	./.	misslungen
falsch		./.	2 x misslungen

Lehrsatz 3: Alle vertretbaren Ergebnisse, aber auch nur die, sind „juristisch richtig“.

Lehrsatz 4: Ein juristisch richtiges Ergebnis (= es ließe sich vertretbar begründen) kann dennoch „mit dieser Begründung nicht vertretbar“ sein.²⁵

Lehrsatz 5: Was sich überhaupt nicht vertretbar begründen lässt, ist auch juristisch immer falsch.

* * *

- 16 Nun das Caveat (der Vorbehalt): Die beiden Schemata sind nicht mehr als ein Versuch,²⁶ um klar²⁷ zu machen, worüber wir reden, wenn wir von einem rechtlichen oder juristischen „Gelingen“ sprechen. Sie sind nicht mehr als Annäherungen an die beiden Begriffe „Vertretbarkeit“ und „Gelungenheit“, sie umschreiben ihren Gebrauch in der Sprache.²⁸ Nichtsdestoweniger bleibt, eben weil es Begriffe der Ästhetik sind, ein gewisses *je ne sais quoi*.

Ich würde es daher nicht rügen, wenn jemand auch die Entscheidung als Ganze als „vertretbar“ oder „nicht vertretbar“ bezeichnet – das wäre ein Streit um Worte. Ich würde allerdings nachfragen, in welcher Hinsicht „nicht vertretbar“: Ergebnis oder Begründung oder beides? Das Gleiche gilt für die „Richtigkeit“²⁹.

4. Vertretbarkeit: eine Definition

- 17 Dennoch dürfen wir die Frage, was Vertretbarkeit „ist“, nicht völlig unbeantwortet lassen. Immerhin handelt es sich um eine Kategorie, die in juristischen Diskursen allgegenwärtig ist. Zudem ist die Antwort leicht (aber tief):

Vertretbar ist das, was sich mit der juristischen Methode **ohne Scham** begründen lässt. (Natürlich funktioniert diese Definition nur bei den guten Ironikern und Pathetikern, siehe § 30 II; die schlechten haben keine Scham.)

²⁵ Anders gewendet: Mit einer nicht-vertretbaren Begründung ist auch ein juristisch richtiges (weil vertretbares) Ergebnis nicht vertretbar.

²⁶ Ein erster Anlauf: *Lege* (Fn. 2), S. 587 f.

²⁷ Zur Klarheit als dem Potential von Begriffen siehe § 5 I.

²⁸ Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen (Fn. 13), Nr. 43: „Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache.“

²⁹ Gibt es nur die eine (rechtlich, als regulative Idee)? Oder mehrere (juristisch)? Oder gar keine (wenn man beides verwechselt)?

Dass mit der Scham etwas Subjektives³⁰ in die Vertretbarkeit hineinkommt, darf, weil es um ästhetische Kategorien geht,³¹ nicht überraschen. (Die gängigen Methodenlehren würden dies Subjektive wohl als „Wertung“ bezeichnen.)

Und um es klar zu sagen: Viele deutsche Juristen und Rechtswissenschaftler haben zur Zeit des Nationalsozialismus ganz bewusst und gewollt jede methodische Scham hinter sich gelassen.³²

Zur Klarstellung sei im Übrigen wiederholt, dass die Einteilung in gute und schlechte Ironiker und Pathetiker nicht identitätspolitisch gemeint ist, sondern im Sinn einer Gaußschen Normalverteilung (§ 30 Rn. 27), auch in uns selbst.³³

Wie weit dieses Feld der juristischen Methode ist (und folglich die Grenzen der Scham³⁴), haben wir im Dritten Teil zur Genüge gesehen. Wir haben das Feld aber auch abgesteckt: Die Methode hat Grenzen, und was sich außerhalb dieser Methode befindet – außerhalb ihrer Logik, Logik und Logik – ist eben nicht mehr juristisch. Diesem Befund können wir nun im Hinblick auf die Frage rechtlicher Richtigkeit – das ist ja das Thema dieses Vierten Teils – hinzufügen:

18

Die Kategorie „Vertretbarkeit“ ermöglicht im Diskurs um rechtliche Richtigkeit argumentative **Diversität**,³⁵ und sie steckt zugleich den **äußersten Rahmen** ab (den Rahmen dessen, was als rechtliches Argument akzeptabel ist).

5. Gelungenheit und Misserfolg

19

Eben deshalb reicht sie allein aber auch nicht aus. Vielmehr bedarf es einer weiteren und – im wahrsten Sinn des Wortes – entscheidenden Kategorie: ich nenne sie die juristische Gelungenheit (und bin mir der Sperrigkeit des Wortes bewusst).

Diese Gelungenheit bezieht sich auf die rechtliche **Entscheidung** als ein Ganzes, das heißt, auf die **Einheit von Ergebnis und Begründung**. Eine Entscheidung ist demgemäß **gelungen**, wenn ihr Ergebnis nicht nur – nach Ansicht dessen, der sie beurteilt – „rechtlich richtig“ ist, sondern auch zumindest „vertretbar“ begründet. Sie ist aber auch dann noch **gelungen**, wenn sie nach Ansicht dessen, der sie beurteilt, zwar „rechtlich

30 Aber nicht Nur-Subjektives! Ich denke an das sogenannte „Fremdschämen“: Man schämt sich für den, der sich eigentlich schämen sollte. Eine Unterform bezeichnet offenbar das Jugendwort des Jahres 2021 *cringe*: Es bezeichnet ein Verhalten älterer Menschen, für das diese sich schämen sollten.

31 Siehe § 31 Rn. 72–75.

32 So in der Sache auch Strauch, Methodenlehre (Fn. 3), S. 677: „Juristen wie C. Schmitt, K. Larenz, E. Forsthoff und Th. Maunz war der damit verbundene Bruch mit dem zuvor geltenden Rechts- und Methodenbegriff nicht nur bewusst; er war auch gewollt.“

33 Dass in unserer Seele verschiedene Teile oder Kräfte wirken, darunter als Krönung die Gerechtigkeit (!), die, reichlich ästhetisch, unter den anderen Kräften *Harmonie* herstellt – das ist eine alte Erkenntnis, siehe etwa *Platon*, Politeia, Buch IV 11 bis 19; dazu *Joachim Lege*, „Politeia“, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 85–96.

34 Weiter oben haben wir gesagt: des guten Gewissens (Rn. 9).

35 Interessant die Beobachtung von Michael Grünberger/Anna Katharina Mangold/Nora Markard/Mehrdad Payandeh/Emanuel Vahid Towfigh, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Baden-Baden 2021: Die deutsche Juristenschaft sei ganz besonders homogen: männlich, weiß, nicht offen politisch, stark notenorientiert etc. Das ist sicher richtig. Es ändert aber nichts daran, dass ihre *Methode*, eben weil sie auch andere Ansichten als juristisch richtig *gelten* lässt, offen für Diversität statt für Totalitarismus ist.

falsch“ ist, aber dennoch „vertretbar“ begründet (siehe nochmals die beiden Graphiken unter 3).

Demgegenüber ist eine Entscheidung **misslungen**, wenn nach Ansicht dessen, der sie beurteilt, nur ihr Ergebnis „rechtlich richtig“ ist, nicht aber die Begründung „vertretbar“. Und sie ist gleichsam doppelt **misslungen**, wenn das Ergebnis – nach Ansicht dessen, der sie beurteilt – nicht nur „rechtlich falsch“ ist, sondern auch „nicht-vertretbar“ begründet.

III. Gelungenheit und die „bessere Entscheidung“

- 20 Die Kategorie „Gelungenheit“ vereint in sich somit das Beste aus „Richtigkeit“ und „Vertretbarkeit“: Sie bezeichnet ein endgültiges Urteil (*causa finita*³⁶ – so wie „Richtigkeit“), lässt aber auch Raum für Mehr oder Weniger, Besser oder Schlechter (so wie „Vertretbarkeit“). Dies unterstreicht ihren Charakter als ästhetische Kategorie: Auch ein Kunstwerk ist weder „richtig“ (im herkömmlichen Sinn von beweisbar richtig) noch „vertretbar“ – es ist gelungen oder misslungen. Und dies mehr oder weniger als andere Kunstwerke.

1. Der Wettbewerb (contest) zweier Artefakte (Syllogismen, VJS)

- 21 Der Vergleich mit dem Kunstwerk führt in einem nächsten Schritt unmittelbar dorthin, wo es pragmatisch um das Recht geht: um die Entscheidung zwischen zwei – aber auch nur zwei! – Falllösungen. Diese Falllösungen werden nämlich gestützt auf zwei logische Konstruktionen, die eine Art von Kunstwerk sind: ein *Artefakt*, wörtlich: etwas, das mit Hilfe von Kunst (*ars*, Ablativ *arte*) hergestellt wurde (*facere* = machen, herstellen; daher auch der Fakt). Diese beiden Artefakte treten nun wie in einem *beauty contest* vor einer Jury gegeneinander an³⁷ – es wird also spannend.

Kommen wir zur Illustration noch einmal auf den Fall zurück, mit dem wir unseren Gang durch die NJML begonnen hatten (§ 3), den Gashahn-Fall:

In den frühen 1950er Jahren veruntreute der städtische Vollzugsbeamte A etwa 400 DM, das war damals viel Geld. Als er deshalb entlassen werden sollte, versuchte er, nicht nur sich selbst zu töten, sondern auch seine Frau F und seine Tochter T, und zwar gerade, weil er sie sehr liebte: Er wollte ihnen Entehrung und Not ersparen. Also öffnete A den Gashahn, als F und T schliefen. A wurde gerettet, F und T erstickten.³⁸

36 Anspielung auf den Satz *Roma locuta causa finita* – Rom hat gesprochen, die Sache ist beendet. Er bezieht sich auf die Letzentscheidungskompetenz des Papstes in der katholischen Kirche.

37 Ausführliche Gegenüberstellung zweier Gutachten zu der Rechtsfrage, ob man an einem Pferd (gutgläubig) Eigentum „durch Verarbeitung“ erwirbt (§ 950 BGB), wenn man es für die Hohe Schule des Dressurreitens ausgebildet hat: Wolfgang Gast, Juristische Rhetorik. Auslegung, Begründung, Subsumtion, 2. Aufl., Heidelberg 1992, Rn. 157–159 (am Ende heißt es jeweils ausdrücklich, die Subsumtion müsse „schließlich gelingen“ bzw. „misslingen“). In der 5. Aufl., Heidelberg 2015, Rn. 683–686, fehlt diese Formulierung; bemerkenswert stattdessen: Gast orientiert sich wie von Schlieffen (§ 32 Fn. 22) an der Trias von Logos, Pathos und (am wenigsten) Ethos. – Mehr zu § 950 BGB siehe § 19 Rn. 46 und 54.

38 BGHSt (GS) 9, 385 – Gashahn-Fall (1956) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen [Großer Senat] Band, Seite).

III. Gelungenheit und die „bessere Entscheidung“

In diesem Fall gab es, wie wir im Einzelnen näher erläutert hatten, am Ende zwei Artefakte, die sich gegenseitig ausschlossen: 22

Syllogismus 1:

Mord ist Tötung mittels Heimtücke,
A hat die F und die T heimtückisch getötet,
also ist A wegen Mordes zu bestrafen.

Syllogismus 2:

Mord ist Tötung mittels Heimtücke,
A hat *nicht* heimtückisch gehandelt,
also ist A *nicht* wegen Mordes (sondern nur wegen Totschlags) zu bestrafen.

Welches dieser beiden Artefakte ist nun das gelungenere?

2. Der Zusammenklang von Ergebnis und Begründung („Wertung“)

Nun, das hängt offensichtlich von der Begründung ab, genauer: vom Zusammenklang der Begründung **und** des Ergebnisses (Rechtsfolge und Realfolgen, § 26). Insofern lassen sich die beiden Syllogismen beispielsweise wie folgt zu Vollständigen Juristischen Syllogismen (VJS, § 8) ergänzen – und ich will die emotionale Tönung, die dabei auch eine Rolle spielt (§ 24 Rn. 22, 23) ganz bewusst nicht verschweigen. Was **klingt** demnach, als Ganzes, gelungener:

Vollständiger Juristischer Syllogismus (VJS) 1?

Mord ist Tötung mittels Heimtücke.

Heimtücke ist DAS AUSNUTZEN VON ARG- UND WEHRLOSIGKEIT.

A hat die F und die T heimtückisch getötet –

– *sie schliefen doch!*

Also ist A wegen Mordes zu bestrafen – UND ZWAR ZU „LEBENSLÄNGLICH“.

– *Liebe hin, Liebe her!*

Vollständiger Juristischer Syllogismus (VJS) 2?

Mord ist Tötung mittels Heimtücke.

Heimtücke ist • DAS AUSNUTZEN VON ARG- UND WEHRLOSIGKEIT

• IN FEINDLICHER WILLENSRICHTUNG

A hat nicht heimtückisch gehandelt –

– *er liebte sie doch!*

Also ist A nur wegen Totschlags zu bestrafen – DAHER NICHT „LEBENSLÄNGLICH“.

– *er ist doch schon gestraft genug!*

Nochmals: Was ist gelungener? Eine intuitiv-ausweichende Antwort scheint auf der Hand zu liegen: Das ist letztlich eine Frage der „Wertung“. Aber was ist mit dieser Antwort gewonnen? Nichts.

23

24

Etwas besser ist es schon, wenn man sagt (so der Larenz-Schüler Detlev Leenen³⁹): „Stimmen“ müssen sowohl die *Wertung* als auch die *Konstruktion*. Das liegt nicht weit entfernt vom „Zusammenklang von Ergebnis und Begründung“.

3. Angemessenheit nach angemessenen Kriterien

- 25 Weiter führt eine zweite Definition oder besser Umschreibung des Begriffs „Gelungenheit“ mit der Formel: Angemessenheit nach angemessenen Kriterien (§ 31 Rn. 100–101). Sie bezieht sich darauf, dass in einem Vollständigen juristischen Syllogismus (VJS, § 8), wie wir vielfach gezeigt haben, die „Regel“, der „Fall“ und das „Ergebnis“ aufeinander bezogen sind.

In den Terminen der herrschenden Methodenlehren: Aufeinander bezogen sind die „Auslegung/Interpretation/Rechtsfortbildung“ (Gewinnung der Regel), die „Subsumtion“ (Aufbereitung und Zuordnung des Falls) und die „Rechtsfolge“ (Bejahung oder Verneinung des Ergebnisses).

Kurz: Alles, was wir im Dritten Teil dieser NJML behandelt haben.

- 26 Dann liegt auf der Hand: Im Rahmen der **Gelungenheit** betrifft die Frage nach den „angemessenen **Kriterien**“ die Gewinnung der *Regel* – sei es, dass man die Regel ohne weiteres akzeptieren kann, sei es, dass man sie in Frage stellt, sei es, dass man sie neu erfindet.

Dies ist dann immer der Punkt, wo Dogmatik spannend wird.

- 27 Die Frage nach der „Angemessenheit **gemäß** diesen Kriterien“ stellt sich sodann in zweierlei Hinsicht: erstens im Hinblick auf das Verhältnis von Regel und Fall („Subsumtion“), zweitens im Hinblick auf das Verhältnis von Regel und Rechtsfolge.

Am Beispiel der Sitzblockaden (§ 8): Was sträubt sich mehr – das Sprachgefühl, wenn ich „Gewalt“ für den angemessenen (!) Begriff halten soll, um gemäß der Regel des § 240 StGB eine gewaltlose Aktion zu bestrafen? Oder mein Gerechtigkeits- und Rechtsgefühl, wenn ich diese Aktion im Ergebnis straflos lassen soll, nur weil der Alltagsbegriff⁴⁰ „Gewalt“ mit dem Rechtsbegriff „Gewalt“ nicht völlig übereinstimmt?

4. Expressivität: Der emotionale Gesamteindruck

- 28 Es dürfte aufgefallen sein: Wir haben soeben ganz nebenbei zwei emotionale Begriffe einfließen lassen: das Sprachgefühl, das sich sträuben kann, desgleichen das – bewusst so unscharf bezeichnete – Gerechtigkeits- und Rechtsgefühl. Sind wir damit nun plötzlich im Bereich des „Irrationalen“ gelandet?

Oder, *even worse*, im Bereich einer höheren „Werterkenntnis“?

39 In einem Wortbeitrag auf dem Ersten Bielefelder Kolloquium zur Methodenlehre. Das Kolloquium ist dokumentiert in dem Band Susanne Hähnchen (Hrsg.), Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk, Tübingen 2019.

40 Zu Alltagssprache, Rechtssprache und sonstigen Fachsprachen § 24 Rn. 16–23. Allerdings wird der Begriff Gewalt in manchen SINNZUSAMMENHÄNGEN auch in einem weiten Sinn verstanden, etwa in der Wendung „strukturelle Gewalt“

III. Gelungenheit und die „bessere Entscheidung“

Nein, wir sind immer noch im Bereich der Ästhetik – und zudem im Bereich der Logik, genauer: an der Grenze zur Logik. Denn wir erinnern uns: „Wertungen“ sind zwar etwas Emotionales. Sie sind dann aber auch, in normativen Aussagen, die ersten Prädikate: „Das ist ein dicker Hund!“⁴¹ Diese ersten Prädikate sickern nun, zunächst unbewusst, in den Prozess des bewussten Schlussfolgerns ein (§ 5 Rn. 31–39) – via Abduktion, Induktion und Deduktion (§ 6). In diesem Prozess des Schlussfolgerns werden sie mehr oder weniger bewusst aufeinander abgestimmt (dass dies Mühe macht, werden wir in §§ 35–36 genauer sehen) – so lange, bis uns eine der vielen möglichen Schlussfolgerungen – in unserem Fall: einer der vielen Vollständigen Juristischen Syllogismen (VJS) – so sehr überzeugt hat, dass kein *reasonable doubt* übrig bleibt. (Dass man sich rein theoretisch⁴² immer noch irren kann, müssen wir im wahrsten Sinn des Wortes ausblenden.) Wie aber gelingt dies?

Wir haben vorhin im Rahmen der Ästhetik (§ 31 Rn. 98–99) als dritten Aspekt der Gelungenheit herausgestellt, was **ästhetische Güte** ist – oder sagen wir besser: ästhetische Qualität (Qualität im Sinn von „Art und Maß“⁴³: *ob* etwas Kunst ist und *wie gut oder schlecht* es als Kunst ist): **Expressivität**. Es ist der *Ausdruck*, den wir einem Kunstwerk oder einer Landschaft oder auch einem Gedankengang („wirr“, „geordnet“, „überzeugend“) zuschreiben.

29

Der ästhetische Witz besteht dann freilich darin, dass es diesen „Ausdruck“ objektiv in der Außenwelt gar nicht gibt. Er ist eigentlich nur der Spiegel dessen, was das Objekt als *Eindruck (Impression)* bei uns hervorruft: etwa Abscheu, Schaudern und Empörung⁴⁴; oder interesseloses Wohlgefallen (§ 31 Rn. 35). Aber ohne jenes Objekt gäbe es diesen subjektiven Eindruck nicht, so dass es wohl am Objekt liegen muss, dass es auf uns Eindruck macht – eben durch seine Expressivität. Dieser Mensch dort „ist“ einfach schön (oder hässlich).

30

Dass die Ästhetik geradezu das Management von Reflexionsbegriffen (innen/außen, Subjekt/Objekt, Form/Inhalt) beschreibt und bewertet (§ 31 Rn. 67–69), sei kurz in Erinnerung gerufen.

Für die Beurteilung der beiden juristischen Artefakte, die bei jeder Falllösung miteinander im Wettbewerb stehen, bedeutet dies nun: Entscheidend – im wahrsten Sinn des Wortes „entscheidend“ – ist letztlich der **Gesamt-Eindruck**, den beide in unserer abschließenden Wahrnehmung (*aisthēsis*) des Ganzen hinterlassen. Dass wir dabei aus unserer Haut nicht herauskommen (§ 24a Rn. 51–52) und letztlich selbst, als Jurist oder

31

41 Zur Dicker-Hund-Theorie schon § 15a Rn. 72, § 18 Rn. 34–38.

42 Zum sogenannten Beweismaß § 24a Rn. 40–42.

43 „Art und Maß“ sind übrigens zentrale Kategorien im Bauplanungsrecht. Für den unbeplanten Innenbereich von Ortschaften lautet § 34 BauGB (Baugesetzbuch): „Innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile ist ein Vorhaben zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt.“ – Zum Gebot der Rücksichtnahme § 17 Rn. 16 ff. (33–36).

44 Joachim Lege, Abscheu, Schaudern und Empörung. Die emotionale Seite von Recht und Sittlichkeit bei Kant, in: Jahrbuch für Recht und Ethik (JRE) 15 (2006) S. 447–478. Oder man denke schlicht an die Sinnes-Eindrücke, denen wir mit dem Prädikat „ist rot“ Ausdruck verleihen.

§ 33 Juristische Ästhetik I: Vertretbarkeit und Gelungenheit

Juristin in Person, Stellung beziehen müssen,⁴⁵ macht die Sache nicht leichter. Aber mehr an letztem Halt haben wir einfach nicht: „Hier stehe ich, ich kann nicht anders.“⁴⁶

Im Übrigen gilt, wie schon erwähnt: Je interessanter der Fall (oder auch die dogmatische Theoriefrage), desto gleichwertiger die möglichen Lösungen.

5. Die Orientierung am Präjudiz („Schimmel“) und die Wirkung als Präjudiz („alt und neu“)

- 32 Wir stehen aber auch „immer schon“ in bestimmten Kontexten – genauer: in SINNZUSAMMENHÄNGEN (§ 5 Rn. 40–59), und zwar in den allermeisten Situationen des realen Lebens in mehreren. Soziologisch würde man dies wohl als mehrere „Rollen“ bezeichnen, die man spielt⁴⁷ (dass dies eine Theatermetapher ist, dürfte kein Zufall sein). Und in all diesen Rollen gibt es eine Geschichte – mit Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft.

Für die Jurisprudenz dürfte nun auf der Hand liegen, wie sehr die Orientierung im SINNZUSAMMENHANG „Recht“ für diejenigen, die ihn professionell mitgestalten, letztlich nur ästhetisch gelingen kann: Wie in der Kunst (§ 31 Rn. 97) orientieren wir uns am Vorbild, am Muster, am Standard, am Präjudiz – nicht zuletzt der Gleichheitssatz verpflichtet uns dazu. Es gibt daher, streng genommen, keine „Rechtsanwendung“, keine Anwendung einer technischen Vorgabe, die sich, wie bei einer Waschmaschine, nicht ändern lässt. Vielmehr ist jede „Anwendung“ von Regeln der Kunst und Regeln des Rechts zugleich *Gestaltung* dieser Regeln⁴⁸ – sei es ihre Bestätigung, ihre Änderung oder ihre erstmalige Kreation.

- 33 Von Ronald Dworkin stammt die Metapher der *chain novel*: Das Recht ist ein Roman, der von vielen aufeinanderfolgenden Autoren geschrieben wird.⁴⁹ Jeder kann sich nicht über die Vorgeschichte hinwegsetzen, jeder hat im Auge, wie es nach ihm weitergehen sollte.

In ähnlicher Weise kann man mit Jan Schapp die Gesetzesauslegung als Fortschreibung einer „Fallreihe“ begreifen.⁵⁰ Mehr noch: Schon die erstmalige Gesetzgebung ist nicht mehr als die vorausschauende Regelung einer Fallreihe.

Und noch ein Blick in den Maschinenraum des Rechts: In Gerichten und Behörden hat man jedenfalls in früheren Zeiten besonders gelungene eigene Entscheidungen

45 Alexander Hollerbach, Reflexionen über Gerechtigkeit, in: Norbert Brieskorn/Johannes Müller (Hrsg.), Gerechtigkeit und soziale Ordnung. Für Walter Kerber, Freiburg i.Br. etc. 1996, S. 42–55; wieder abgedruckt in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 63–76 (66, Hervorhebung J.L.): „Damit wird Gerechtigkeit als eine Aufgabe qualifiziert, als normative Anforderung an menschliches Erkennen und Handeln. Sie kommt nicht automatisch zustande, sondern es bedarf immerzu des engagierten Einsatzes. (...) Es wird also nicht nur an unseren ‚guten Willen‘, die ‚gute Meinung‘ und Gesinnung appelliert, sondern praktische Verwirklichung gefordert, für die man einstehen muss.“

46 Zu diesem Luther-Zitat bereits § 5 II Rn. 39.

47 Bei Manfred Rehbinder, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014, einer der zentralen Begriffe.

48 Ein zentrales Anliegen schon bei Lege, Pragmatismus (Fn. 2), Kapitel 10 (es ist das letzte): Juristische Erkenntnis als *Gestaltung*.

49 Ronald Dworkin, Law's Empire, London 1986, S. 228 ff.

50 Jan Schapp, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1983, S. 9–11 und durchgehend.

III. Gelungenheit und die „bessere Entscheidung“

als „Schimmel“ gesammelt (von lateinisch *simile* = ähnlich), um sich in künftigen Entscheidungen an ihnen zu orientieren: aus Gründen der Gerechtigkeit und der Arbeitersparnis.

Vielleicht ist dies überhaupt ein wichtiger Aspekt: Gerechtigkeit spart Arbeit.

Der Blick auf die „Schimmel“ macht zugleich deutlich, dass jede rechtliche Entscheidung auch in die Zukunft weist, ästhetisch formuliert: Sie ist selbst ein Zeichen, das mehr oder weniger Expressivität hat und mehr oder weniger gelungen ist. (Sie zeigt natürlich auch auf denjenigen, der sie verfasst hat!⁵¹⁾

34

Vor diesem Hintergrund sollte man vielleicht überlegen, ob „die Gesellschaft“ von ihrem Rechtssystem wirklich die billig produzierte Massenware geliefert bekommen sollte, die sie gegenwärtig konsumiert; oder doch besser aufwendige Maßarbeit. Es könnte durchaus sein, dass methodisch saubere Maßarbeit letztlich ökonomischer ist: Sie führt zu weniger Missverständnissen und Konflikten und „hält länger“.

Man denke auch an Luhmann: Zeit lässt sich sparen durch Beschleunigung der *Prozesse* oder durch Verbesserung der *Strukturen*.⁵²

Ein Paradebeispiel für rechtliche Wegwerfware (und geradezu eine Realssatire) war das sogenannte „Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz“. Es sollte dazu dienen, den Rechtsschutz gegen Planungsentscheidungen im Bereich der Infrastruktur (Eisenbahn, Wasserstraßen) zu verkürzen – indem die (Letzt-) Entscheidung nicht mehr von der eigentlich zuständigen Verwaltungsbehörde getroffen wurde, sondern vom Gesetzgeber⁵³ (gegen Gesetze gibt es keinen „fachgerichtlichen“ Rechtsschutz, es bleibt nur das Bundesverfassungsgericht). Nicht zuletzt wegen rechtsstaatlicher Bedenken „aus Europa“ wurde das Gesetz mittlerweile still und leise aufgehoben.⁵⁴

Wie auch immer: Das ästhetische Problem „alt oder neu – was ist richtig?“ (§ 31 Rn. 76–79) war und ist „immer schon“ vielleicht das Hauptproblem der Jurisprudenz.

35

6. Stimmigkeit: Dogmatik und die sonstigen Bereiche der Wirklichkeit

Wie wir gesehen haben, ist Ästhetik also auch im Bereich der Jurisprudenz ein Management von Reflexionsbegriffen (Polaritäten): konservativ und innovativ, subjektiv und

36

51 Eben deshalb verstecken sich Juristen gern hinter einem unpersönlichen Stil.

52 Niklas Luhmann, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 388 f.

53 Gesetz zur Vorbereitung der Schaffung von Baurecht durch Maßnahmengesetz im Verkehrsbereich – Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz (MgvG) – vom 22. März 2020 (Bundesgesetzblatt I S. 640–643); in Kraft getreten übrigens am 1. April. Dazu auch Joachim Lege, Das Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz. Epitaph auf eine Realssatire, in: Juristenzeitung (JZ) 2025, S. 149–150.

54 Aufgehoben durch Artikel 13 (1) des Gesetzes zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes vom 22.12.2023 (Bundesgesetzblatt I Nr. 409 S. 37). – Größte Satire: Als ein Projekt von gesamtdeutscher Großbedeutung kam im Vermittlungsausschuss zu den bereits vorhandenen 12 Projekten als Nr. 6a ein dreizehntes hinzu: der „Ausbau der Eisenbahnstrecke von Niebüll über Klanxbüll nach Westerland“. Zweck: Erhaltung der „nationale[n] Urlaubsdestination“ Sylt (Bundestag, Drucksache 19/16907 vom 29.01.2020, S. 23).

objektiv, (syllogistische) Form und (semantischer) Inhalt der zusammengelesenen⁵⁵ Begriffe und Aussagen. Insofern können wir nun hinzufügen: Die Entscheidungen, die wir als Juristen zu treffen haben, vermitteln zwischen einer Innenwelt des Rechts, die man Dogmatik nennt, und den verschiedensten „Bereichen“ der Außenwelt mit ihren jeweiligen SINNZUSAMMENHÄNGEN (§ 5 Rn. 40–59). Diese vielen „Wirklichkeiten“⁵⁶ stimmgemäß miteinander zu verbinden, ist die wohl größte uns zugemutete „Kunst“.

Es liegt mir sehr daran, dass man dem „Recht“ nicht „die Wirklichkeit“ entgegensetzen sollte – so wie man es mir einmal für einen Aufsatz vorgegeben hatte⁵⁷. In Wahrheit ist das Recht selbst eine (Habermas sagt: Lebens-) Wirklichkeit oder, wenn man so will, einer von vielen Bereichen „der“ Wirklichkeit.

- 37 Und das Dilemma für Juristen besteht häufig in der Frage: In *welcher* Wirklichkeit kann und soll die Entscheidung welche praktischen Konsequenzen haben? Es wäre naiv zu glauben, das Recht wäre „unpolitisch“, „ökonomisch irrelevant“ oder „gesellschaftspolitisch neutral“ (man denke nur an die Rechtsprechung des BVerfG zur Gleichstellung nicht-heterosexueller Lebensformen). Nichtsdestoweniger sollten Juristen beim Versuch, „da draußen“ etwas zu verändern, eher Zurückhaltung bewahren – weil sie sich nur in ihrer Welt „wirklich“ auskennen (und auch nur für sie ein Mandat haben!). Die NJML empfiehlt daher: Wenn wir in *unserem* Bereich methodisch korrekt immer wieder neu eine stimmige Dogmatik entwickeln – was sehr aufwendig sein kann (siehe etwa §§ 17–20) –, dann haben wir unseren Teil im Wesentlichen getan.

Dass man uns dies immer schwerer macht, vor allem durch eine viel zu häufige Änderung von Gesetzen – darauf wird noch einmal zurückzukommen sein. Aber auch wir selbst sollten weniger pfuschen.

- 38 Und natürlich muss auch das, was die Entscheidung „da draußen“ bewirkt, sei es im konkreten Fall und als Präjudiz, noch einigermaßen „stimmen“.

7. Die Entscheidungssituation als Reduktion von Komplexität

- 39 Abschließend soll betont werden: Die Zuflucht zur Ästhetik als letztem Halt der Jurisprudenz und zur juristischen Gelungenheit als dessen letztem Kriterium ist – gerade wenn man sie von außen betrachtet – weniger „emotional“ oder gar „irrational“, als es auf den ersten Blick scheint. Dies liegt daran, dass in einem Recht, das diesen Namen verdient, ein Streit gleichsam auf den Punkt gebracht wird – und man eben deshalb vieles ausblendet, was „nicht zur Sache gehört“. Luhmann würde dies nennen: Reduktion von Komplexität.

Genauer zum sogenannten *framing* von Entscheidungen unter § 35 Rn. 49.

- 40 Anders gewendet: Es geht im Recht immer – nur noch – um *eine* konkrete Handlungsalternative. Es geht *nur* darum, ob jemand einen Kaufpreis bezahlen muss *oder nicht*, ob er eine Baugenehmigung oder Aufenthaltserlaubnis bekommt *oder nicht*, ob er zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird *oder nicht* – und insofern dann *entscheidend*: nach welcher **sachlich** zu begründenden *Regel*. Es geht nicht darum, ob die

55 Griechisch *syllégein* = zusammenlesen (von *syn* und *légein*).

56 Wie gesagt: *Eigentlich* gibt es nur eine einzige.

57 Joachim Lege, Das Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit. Einige Fußnoten zu Konrad Hesse, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2007, S. 1053–1064.

Beteiligten gute Menschen sind, oder sagen wir es weniger polemisch: Es geht nicht um den *ganzem* Menschen – und genau das ist sehr human.

Der Nationalsozialismus mit seinem „Täterstrafrecht“ (statt Tatstrafrecht) hat es denn auch anders gesehen.⁵⁸

Dass dennoch jede Menge Emotionen und „Wertungen“ im Spiel sind, weiß jeder, der selbst einmal einen Prozess geführt hat. Und jeder Richter weiß, dass in den interessanten Fällen die Emotionen *beider* Seiten nachvollziehbar sind. Natürlich bleibt es stets ein Problem, in welche der beiden Seiten sich der Richter besser einfühlen kann – man denke nochmals an den Türkennord einerseits, die Tötung des Familientyrannen andererseits (§ 27 II). Eben deshalb aber darf beim Richter nicht „Emotion pur“ herrschen.⁵⁹ Entscheidend muss vielmehr das letztlich ästhetische Urteil sein: Die Entscheidungsalternative A ist vom Gesamt-Eindruck her **gelungener** als die Alternative B.

41

IV. Resümee: Vier Kernaussagen

Versuchen wir einmal – Stichwort Reduktion von Komplexität –, die vorangegangenen Überlegungen in vier Kernaussagen zusammenzufassen! Ich schlage vor:

42

- (1) Bei einer rechtlichen Entscheidung – wie bei jeder überlegten **Entscheidung** – kommen zwei Seiten zusammen (Janus!): das Ergebnis und die Begründung der Entscheidung. Das ist einigermaßen trivial.
- (2) Weniger trivial ist: Bei der Begründung gibt es ein „besser und schlechter“, beim Ergebnis gibt es nur ein „richtig oder falsch“. Mit anderen Worten: Die **Kriterien** der Begründung bilden eine analoge Skala, das Kriterium des Ergebnisses ist ein digitales „ja oder nein“.
- (3) Im Recht und in der Rechtswissenschaft ist es die Kategorie der **Vertretbarkeit**, die zwischen Begründung und Ergebnis, zwischen analogen und digitalen Kriterien vermittelt. Sie lässt die bessere Begründung in das richtige Ergebnis umschlagen.
- (4) Allerdings ist dies keine Einbahnstraße. Manchmal muss man auch vom Ergebnis her eine auf den ersten Blick bessere Begründung als die nur zweitbeste erkennen. Letztlich ist daher der Zusammenhang von Ergebnis und Begründung das, was die **Gelungenheit** – oder Misserfolg – einer rechtlichen Entscheidung ausmacht.

⁵⁸ Siehe jüngst Uwe Murmann, Strafrecht im Nationalsozialismus, in: Juristische Schulung (JuS) 2024, 97 (100, 110).

⁵⁹ Für die Nachwelt: „Emotion pur“ ist etwas, das in der Gesellschaft zur Zeit sehr geschätzt wird – und es ist vor allem eine Kategorie der Unterhaltungsindustrie (den Sport eingeschlossen).

§ 34 Juristische Ästhetik II: Kriterien juristischer Gelungenheit

- 1 Wenn wir uns darüber einig sind, dass „Gelungenheit“ letztlich ein ästhetischer Begriff ist, das heißt: dass er definitionsgemäß nicht definiert werden kann (*je ne sais quoi*, § 31 Rn. 30)¹ – zumal zur Ästhetik auch Regelverstöße gehören – ...

An dieser Stelle will ich dann doch eine der sechs Lebensmaximen von Arnold Schwarzenegger zitieren, es ist die zweite: *Break some rules (but not the law)*.²

... wenn wir uns darüber einig sind, können wir nun darangehen, uns die **Kriterien** ästhetischer Urteile – an deren Ende das Prädikat „gelungen“ oder „misslungen“ stehen soll – bewusst zu machen. Dass es dabei keine einzige wahre Methode gibt, keine *certa methodus* („methodus“ ist Femininum), sondern mehrere Wege der Annäherung,³ liegt ebenfalls an der Ästhetik.

- 2 Im Folgenden wollen wir – auch dies ist „echt ästhetisch“ (§ 31 Rn. 73) – gleichsam eine Innen- und eine Außenbetrachtung der Gelungenheit vornehmen. In einem ersten Schritt geht es um Checklisten, die das fertige Produkt – in diesem Fall: gerichtliche Entscheidungen – wie in einem *contest* gleichsam „von außen“ bewerten (I). In einem zweiten Schritt sollen dann eher von innen, also für den Produktionsprozess, die „Regeln der Kunst“ skizziert werden, die zu mehr oder weniger Gelungenheit führen (II-V).

Dass diese Regeln manchmal um der Gelungenheit willen gebrochen werden müssen, ist – siehe Schwarzenegger – nicht ausgeschlossen.

1 Deshalb kann man den Wert „Schönheit“ nicht statistisch messen.

2 Gesehen im Jahr 2019 im Arnold-Schwarzenegger-Museum in Thal bei Graz.

3 Sehr bedenkenswert *Anusheh Rafi*, Kriterien für ein gutes Urteil, Berlin 2004, der neun Kriterien nennt, an denen sich die Entscheidung (um die man nicht herumkommt) orientieren kann (S. 79–148). Es sind dies die Bindung an den Wortlaut, an Folgeerwägungen, an Dogmatik (was immer das sein mag), an gesellschaftliche Moralvorstellungen (in aller Regel gerade nicht), an Zeit (lange Verfahren machen Niederlagen erträglicher), an die Erzählungen der Parteien (vgl. unten Rn. 64), an die gesellschaftliche Praxis, an Logik (Widerspruchsfreiheit), an Verständlichkeit. Und ein eigenes Kriterium ist sympathischerweise *nicht* (S. 147 f.): die Verfassung (zu deren Überanstrengung siehe § 14 Rn. 65, § 15a Rn. 84, § 23 Rn. 8).

Und natürlich *Uwe Kischel*, Die Begründung, Tübingen 2003, 8. Kapitel: Begründungsklarheit, Begründungswahrheit, Begründungsrechtzeitigkeit, Begründungsvollständigkeit. Bei der Begründungswahrheit kommt es übrigens – sehr ästhetisch gedacht (§ 31 Rn. 48 f.) – zuvörderst auf die Begründungsauthentizität an: Es muss klar sein, dass die Begründung des autoritativen Textes „tatsächlich vom Entscheidungsträger ausgeht“ (S. 359). Und dieser sollte sie hernach, um dies hinzuzufügen, nicht ein weiteres Mal – unauthentisch – „für die Praxis“ kommentieren (siehe § 14 Rn. 79, § 24b Rn. 12, § 28 Fn. 18).

I. Gelungenheit: Checklisten

Was die „Checklisten“ zur Beurteilung rechtlicher und juristischer Gelungenheit angeht, so kann man sich an den schon erwähnten Pionierarbeiten der österreichischen Kollegen orientieren (§ 33 Rn. 4). 3

Auf die Vorteile von Checklisten werden wir in § 35 Rn. 64 zurückkommen.

1. Checkliste 1: Der österreichische Verfassungsgerichtshof

Eine erste Liste war auf die Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs (VerfGH) gemünzt, und sie ist zum Beispiel von Christoph Bezemek in seinem Beitrag minutiös abgearbeitet worden.⁴ Die Kriterien betrafen: 4

- die Entscheidung selbst:
- richtig/falsch
- schön/hässlich
- klug/unklug [*was immer damit gemeint sein mag*]
- zukunftsgerecht/rückwärtsgewandt
- methodisch korrekt/fragwürdig
- ihre Implikationen:
- Ergebnis (gesellschafts-)politisch relevant/irrelevant
- Judikaturlinie begründet/nuanciert/über den Haufen geworfen
- ihre Funktionsgerechtigkeit, nämlich:
- ob und wie der VerfGH seine Aufgaben wahrnimmt

Natürlich gab es dann eine ganze Fülle von Kombinationsmöglichkeiten, die man tabellarisch auflisten könnte. Man könnte zudem etwa festlegen, dass für jedes Kriterium Punkte von Minus zwei bis Plus zwei zu vergeben sind, und das Ganze am Ende zusammenzählen. Soweit ich sehe, ist derart konsequent niemand gewesen (zumal nur nach der *einen* gelungensten und misslungensten Entscheidung gefragt war).

2. Checkliste 2: Das deutsche Bundesverfassungsgericht

Was das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) angeht, so hat András Jakab aus den Rückmeldungen der deutschen Kolleginnen und Kollegen sozusagen induktiv die maßgeblichen Kriterien herauspräpariert⁵ (in Klammern die Zahl der Nennungen ab sieben). Es sind dies: 5

- a) „Handwerkliche“ Kriterien
 - die Qualität der Begründung, die juristische Qualität
 - die methodische Korrektheit bzw. methodische Mängel (16)

⁴ Christoph Bezemek, Zu ebener Erde und erster Stock, in: ZÖR ([österreichische] Zeitschrift für Öffentliches Recht) 2021, 11–15. Die Rundfrage, zu deren Beantwortung András Jakab und Sebastian Schmid alle Habilitierten im Bereich des öffentlichen Rechts eingeladen hatten, lautete: „Welche halten Sie für die gelungenste und welche für die misslungene Entscheidung des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs seit 1920?“

⁵ András Jakab, Rundfrage zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts, in: ZÖR 2022, 467–484 (472–474).

§ 34 Juristische Ästhetik II: Kriterien juristischer Gelungenheit

- die (nicht) überzeugende Dogmatik bzw. die (fehlende) dogmatische Überzeugungskraft (II)
 - Sein-Sollen-Fehlschluss innerhalb des Urteils
 - Widersprüchlichkeiten in der Begründung, inkohärente Ausführung
 - der klare Aufbau, schwache oder starke Begründungsstruktur (7)
 - hervorragende thematische Aufarbeitung, das theoretisches Niveau
 - formelle Merkmale, etwa die Kürze der Entscheidung oder die sprachliche Qualität
 - Klarheit/Unklarheit bzw. die (Nicht-)Nachvollziehbarkeit
 - Die Begründung hält sich an den Verfassungstext bzw. die Begründung widerspricht bestimmten Aspekten des Grundgesetzes
- b) Kontextbezogene Kriterien
- der institutionelle Kontext bzw. die Rollenauffassung des BVerfG
 - Es agiert innovativ (10) und nimmt seine Funktion bei der Rechtsfortbildung/Verfassungsentwicklung wahr (13).
 - Es tariert das Verhältnis zu den Fachgerichten und zum Gesetzgeber aus.
 - Das Gericht zeigt staatsmännische Weitsicht, die Entscheidung zeichnet sich durch ihren Sinn für die politische Realität aus.
 - Das Gericht überschreitet seine Kompetenz bzw. schränkt seine eigene Kompetenz ein (9)
 - der normative Kontext, insb. das Verhältnis zu moralischen Prinzipien, allgemeinen Verfassungsprinzipien bzw. Völkerrecht/Europarecht
 - Eine Entscheidung ist aus rechtsstaatlicher Sicht problematisch; Rechtssicherheit wird hergestellt bzw. nicht hergestellt; Rechtsschutz wird garantiert (gestärkt) bzw. nicht garantiert (geschwächt); kein effektiver Schutz von Minderheiten.
 - Eine Entscheidung steht (nicht) in der Freiheitstradition des modernen Verfassungsstaates, sie legt den Grund für ein Menschenbild bzw. bricht mit diesem.
 - Eine Entscheidung entspricht (bzw. entspricht nicht) dem demokratischen Grundsatzprinzip.
 - Es verhilft dem Völkerrecht zu einem Bedeutungszuwachs, es tariert das Verhältnis zum Völkerrecht/Europarecht (BVerfG/EGMR/EuGH) aus.
- c) Wirkungsbezogene Kriterien
- Juristische Wirkung
 - Eine Entscheidung wird häufig zitiert.
 - Eine jahrzehntelange Rechtsprechungslinie wird begründet; eine Entscheidung stellt das Abgehen von einer Rechtsprechung dar.
 - Die Entscheidung ist trotz ihres Alters aktuell.
 - Die Entscheidung wirkt dauerhaft und umfassend auf die Rechtsetzung und auf die Rechtsanwendung.
 - Politische bzw. gesellschaftliche Wirkung
 - Die Entscheidung bewirkt die Schwächung bzw. Stärkung der Demokratie
 - Die Entscheidung hat eine negative Signalwirkung bzw. ist Anstoß für eine negative gesellschaftliche Entwicklung.
- d) Kombinationskriterien (Zusammenspiel von verschiedenen Kriterien):
- Sowohl die politischen und gesellschaftlichen Konsequenzen/Implikationen
 - als auch die juristische Argumentation werden positiv/negativ bewertet (21).

3. Folgerung: method first – und Zuständigkeit

- 6 Ich denke, es liegt auf der Hand: Die Gelungenheit oder Misserfolg einer Entscheidung wird zum ganz überwiegenden Teil danach beurteilt, ob sie **methodisch** in Ordnung ist – anders gewendet: ob sie „handwerklich gut gemacht“ ist (Handwerk im

Sinn von *téchne*, § 1 Rn. 4 und 33, § 2 Rn. 20, 36 und Fn. 84: Rhetorik als *téchne*). Und ein offenes Bekenntnis zu einer Formel wie: „gelungen, weil politisch richtig, obwohl rechtlich und juristisch falsch“⁶ hat es jedenfalls nicht gegeben.

Das ist ein schönes Ergebnis, nicht zuletzt angesichts der Warnung der Veranstalter, eine derart offene Rundfrage werde nicht nur über die beurteilten Objekte, also die Entscheidungen von VerfGH und BVerfG, Aufschluss geben, sondern auch über die urteilenden Subjekte.⁷ (Zu „Subjekt/Objekt“ in ästhetischer Sicht siehe § 31 Rn. 72–75).

Mit dieser Forderung nach methodischer Korrektheit hängt das zweite Hauptkriterium der Gelungenheit letztlich zusammen: die Frage danach, ob sich eine rechtliche Entscheidung im Rahmen ihrer Zuständigkeit (**Kompetenz**) hält oder diese überschreitet. Diese Frage stellt sich beim Bundesverfassungsgericht sicherlich besonders deutlich. Im Grunde ist es aber die methodische Folgerung einer jeden Bindung an das Recht (Art. 20 Abs. 2, Art. 97 Abs. 1 GG), mehr noch: einer jeden „Gewaltenteilung“. Mein Enkel wird von seinen ehrgeizigen Eltern überfordert – darf ich mich einmischen?

7

Natürlich ist die enge Verbindung von Methode und Kompetenz (= rechtliches Entscheiden-Dürfen) eine verbreitete Erkenntnis.⁸ Weniger bekannt dürfte sein, dass ausgerechnet Platon, dem so oft vorgeworfen wird, ein Vordenker des Totalitarismus zu sein – dass also ausgerechnet Platon geradezu die **Gerechtigkeit** (!) definiert als: Einhaltung der Kompetenzordnung! Originaltext: *tá hautou prättein kai mē polypragmonein* – „das Seine tun und sich nicht in vieles einmischen.“⁹

4. Exkurs: Das anthropologische Kreuz der Entscheidung

Ein Schema ganz eigener Art zur Beurteilung von Entscheidungen hat vor einigen Jahren Winfried Brugger (1950–2010) vorgelegt¹⁰ – er nennt es das „anthropologische“¹¹ Kreuz der Entscheidung. Dieses Kreuz ist allerdings bei genauer Betrachtung ein Koordinatensystem: mit einer **Zeitachse** von der Vergangenheit zur Zukunft und einer,

8

6 So in der Sache der damaligen Vizepräsident Wolfgang Zeidler in seinem Sondervotum zu BVerfGE 62, 1 (67) (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band, Seite [Fundstelle]): „Aus den vom Bundeskanzler und den Parteien bekundeten [ergänze: rechtlichen] Argumenten durfte mithin eine Auflösung des Bundestages nicht erfolgen. Dem Bundespräsidenten standen als Grundlage seiner Entscheidung jedoch noch weitere und andersartige [nämlich politische] Gründe zur Seite (...).“

7 Jakab, Rundfrage, in: ZÖR 2022, 467–484 (468).

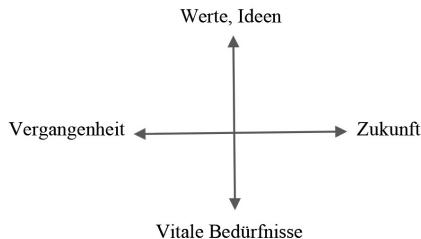
8 Für zu weitgehend halte ich aber die gelegentlich vertretene These, alle Methodenfragen seien Verfassungsfragen. Das leistet einer Überfrachtung des Verfassungsrechts weiteren Vorschub.

9 Platon, Politeia, Buch IV Kapitel 10, 433a (die letzte Angabe nennt die Seitenzahl und Randziffer der sogenannten Stephanus-Ausgabe von Platons Werken; nach ihr wird weltweit zitiert). Deutung aus auch juristischer und staatsphilosophischer Sicht: Joachim Lege, „Politeia“. Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 82.

10 Winfried Brugger, Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht, Baden-Baden 2005. Das Werk ist in mehrere Sprachen übersetzt worden. Rezension: Joachim Lege, in: Juristenzeitung (JZ) 2006, 142.

11 Griechisch *ánthrōpos* = der Mensch, übrigens auch als Bezeichnung der Spezies. Ein Mann ist daher *hó ánthrōpos*, eine Frau ist, mit weiblichem Artikel, *hē ánthrōpos*.

wenn man so will, **Sach-Achse** vom „Niedrigen“ zum „Höheren“. Anders gewendet: Eine jede Entscheidung bewegt sich in einem Kreuz von vier¹² Dimensionen:



Dies leuchtet, wie mir scheint, unmittelbar ein.

- 9 Der Nutzen dieses „Kreuzes“ ist zunächst einmal deskriptiv: Mit seiner Hilfe hat Brugger (und haben auch andere im Anschluss an ihn¹³) eine ganze Fülle von Themen und Sachbereichen analysiert und geordnet, etwa Politikverständnisse oder auch die Schulen „der“ Juristischen Methodenlehre¹⁴ (die NJML dürfte ihren Schwerpunkt auf der Sachachse haben, und dass sie bis zur antiken Gerichtsrhetorik zurückgeht, sollte ihre Tauglichkeit für die Zukunft nicht beeinträchtigen).
- 10 Was den normativen Ertrag des Koordinatensystems angeht – also die Tauglichkeit für die Frage nach der Gelungenheit einer Entscheidung –, so ergibt sich nach Brugger in einem ersten Schritt: Eine Entscheidung ist nur dann „richtig“ (rational, vernünftig), wenn sie alle vier Dimensionen bedenkt und würdigt. Sie ist „falsch“ (irrational, ideologisch), wenn eine der Dimensionen alle anderen dominiert oder wenn eine von ihnen völlig vernachlässigt wird. Allerdings lässt sich die sozusagen „richtigste“ oder beste Entscheidung aus den vier Dimensionen nicht deduzieren, auch nicht aus ihrem Zusammenspiel. Es ist daher kein Wunder, dass Brugger am Ende bei so etwas wie Ästhetik landet: Erzeugen die vier Dimensionen „Harmonie“ oder doch eher „Spannungen“?¹⁵

Nebenbei: Im sogenannten Bauplanungsrecht spricht man seit jeher von „städtebaulichen“ oder „bodenrechtlichen **Spannungen**“, wenn in einem bestimmten Gebiet – genauer: im unbeplanten Innenbereich des § 34 BauGB – Grundstücke derart genutzt werden, dass die Nutzungen sich „nach Art oder Maß“ gegenseitig beeinträchtigen.¹⁶ Beispiele für „Art“: Wohnnutzung versus Tennisplatz, Gewerbebetrieb versus

12 Luhmann unterscheidet übrigens bei allen Kommunikationen *drei* „Dimensionen“: zeitlich, sachlich, sozial.

13 Siehe *Hans Joas/Matthias Jung* (Hrsg.), Über das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht, Baden-Baden 2008; mein Beitrag darin: Eigentumsschutz im Kreuz der Entscheidung. Hilft Anthropologie einer komplizierten Dogmatik?, S. 167–187.

14 Brugger (Fn. 10), S. 130–140.

15 Mit unterschiedlichem Akzent z.B. Brugger (Fn. 10), S. 19 Fn. 33, S. 29, 40 f., 161 f.

16 Knapp dazu (mit weiteren Nachweisen) Joachim Lege, *Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht*, in: Claus Dieter Classen/Jörn Lüdemann (Hrsg.), Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern, 4. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 97. – Ausführlicher beispielsweise Wilhem Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, *Baugesetzbuch*, Werkstand: 147. Ergänzungslieferung August 2022, § 34

II. Die Regeln der Kunst: Ein neuer Kanon (eine neue Heuristik)

Gebetshaus; Beispiel für „Maß“: die Höhe und Masse eines Gebäudes („erdrückende Wirkung“¹⁷).

Insgesamt ist Bruggers Lehre zur Beurteilung von rechtlichen oder auch politischen Entscheidungen jedenfalls eine gute „Heuristik“ (= Findetechnik, dazu später mehr in § 35 Rn. 21–32): Sie nötigt immer wieder dazu, den Rahmen und die Kontexte, in denen die zu treffende Entscheidung steht, zu hinterfragen und ggf. zu erweitern. So praktikabel wie „Checklisten“ ist sie freilich nicht.

11

II. Die Regeln der Kunst: Ein neuer Kanon (eine neue Heuristik)

Aber auch die unter I genannten Checklisten dürften nicht besonders praktikabel sein. Wir wollen daher im Folgenden ein stärker geordnetes Programm vorlegen, das sich – mit ein wenig Verschämtheit, aber dann doch – an der „Stilfibel“ von Ludwig Reiners (1896–1957) orientiert.¹⁸

12

Ein wenig verschämt, denn: Erstens setzt Reiners‘ Buch, für Akademiker vielleicht genierlich,¹⁹ äußerst *basic* an – etwa mit der Erläuterung des richtigen Gebrauchs von „als“ und „wie“ bei der ersten Steigerungsform („größer“, „besser“) –, bevor es in die höheren Sphären geht, etwa an die Kritik des Kanzlei- und Klemmstils (ein höchst aktuelles und höchst abschreckendes Beispiel dazu unten V 2 c). Zudem gibt es Passagen in der Machart „Der Schüler fragt – Der Lehrer fragt“, die heute antiquiert wirken.

Zweitens: Vor einigen Jahren hat man gegen Reiners – von Hause übrigens Jurist – den Vorwurf des Plagiats erhoben: Er habe den Vorläufer der „Stilfibel“, nämlich seine „Deutsche Stilkunst“ (1943), weitgehend übernommen aus dem gleichnamigen Buch²⁰ (1911, 31. Aufl. 1931) des Philologen und Schriftstellers Eduard Engel (1851–1938), der als Jude von den Nationalsozialisten verfolgt worden war. Vielleicht gereicht es trotzdem oder gerade deshalb der „Stilfibel“ (1951, letzte Auflage 2015²¹) zur Ehre, eben dieses Werk²² zum Ahnen zu haben.²³

Rn. 30–32, auch Rn. 88d; hübsches Beispiel immer noch: Puma-Käfig im Wohngebiet, gemäß BVerwG (Bundesverwaltungsgericht), in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1984, 64: unzulässig.

17 Speziell dazu Willy Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz – BeckOK BauGB [Beck-Online-Kommentar zum Baugesetzbuch], 60. Edition, Stand: 01.10.2023, § 34 Rn. 43.4. – Auch im Fachplanungsrecht kann der Gesichtspunkt eine Rolle spielen, so vor kurzen BVerwGE 173, 132 – Höchstspannungsfreileitungsmast (2021) (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band 173, Seite 132).

18 So erstmals schon: Joachim Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 594–605.

19 Früher hätte man vielleicht lateinisch formuliert: *horribile dictū* – schrecklich zu sagen (Supinum 2).

20 Eduard Engel, Deutsche Stilkunst. Nach der 31. Aufl. 1931 mit einem Vorwort bereichert von Stefan Stirnemann, Berlin 2016.

21 Ludwig Reiners, Stilfibel, ungekürzte Ausgabe 2007, 5. Aufl., München 2015.

22 Digitalisat: <https://archive.org/details/DeutscheStilkunst/page/n553/mode/2up?view=theater>. Es handelt sich um die 30. Aufl. 1922.

23 Insbesondere die im Folgenden vorgeschlagene Untergliederung in „Verbote – Gebote – Empfehlungen“ findet sich bei Engel noch nicht.

Ila. Regeln I: Verbote

- 13 In der Jurisprudenz gibt es, wie in jeder Kunst und jedem Handwerk (im Sinn von *téchne*), gewisse Verbote. In einem Konzert der „klassischen Musik“ darf man keine *blue notes* spielen (es sei denn, es ist so komponiert, etwa von Gershwin), in einem Jazzclub wäre ein typischer Schlager-Rhythmus fehl am Platz (es sei denn als ironisches Zitat). Vielleicht sollte man die Dinge sogar noch elementarer formulieren: Es gibt schlüssig und einfach „technische“ Fehler, etwa wenn man sich verspielt oder verzählt. Solche elementaren technischen Fehler wären in der Jurisprudenz etwa: Übersehen oder gar Missachtung eines einschlägigen Gesetzes (oder sonstigen autoritativen Textes²⁴), ein klares Fehlzitat (das sich dann immer weiter verbreitet) und so weiter.
- 14 Möglicherweise kommt dies häufiger vor, als wir denken. Erst kürzlich ist im Strafrecht ein Fehlzitat aufgedeckt worden, das offenbar länger als ein Jahrhundert in allen Kommentaren und Lehrbüchern fortgeschleppt wurde: Eine Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) liege erst dann vor, wenn das Einsperren die „Dauer eines Vaterunser“ überschreite.²⁵ In Wahrheit hatte das Reichsgericht vor 140 Jahren das genaue Gegenteil gesagt: Es komme ebensowenig an auf die Dauer des Eingesperrtseins – in diesem Fall „nur etwa ein Vaterunser“ lang“ – wie darauf, ob der Eingesperrte sich der Freiheitsberaubung bewusst geworden ist.²⁶

1. Verstöße gegen die Regeln der Logik (einschließlich Begriffsbildung)

- 15 Grundlegend für die Jurisprudenz ist zuallererst das Verbot, gegen die Regeln der Logik zu verstößen. Ein solcher Verstoß gegen die „Denkgesetze“ gilt sogar als Revisionsgrund, das heißt als ein *Rechtsfehler*, gegen den die höchste Instanz – das Revisionsgericht – angerufen werden kann. Wir haben dies bereits ganz zu Anfang dieser NJML erwähnt (§ 4 Rn. 6).
- Zudem haben wir im Zweiten Teil erklärt, dass Logik nicht eigentlich die Lehre von der Folgerichtigkeit des Denkens ist, sondern von der Folgerichtigkeit des Handelns (§ 4 Rn. 8–9).
- 16 Erstaunlicherweise gibt es allerdings in der Rechtsprechung kaum Beispiele für solche Verstöße, desgleichen in der juristischen Methodenliteratur. Dies könnte daran liegen, dass auch für Juristen gilt, was Schopenhauer sagt: „Der gesunde Mensch ist gar nicht in Gefahr, falsch zu schließen; aber gar sehr, falsch zu urteilen (...).“²⁷ Es könnte ferner daran liegen, dass die *Form* des zentralen Justizsyllogismus – also Modus Barbara oder Modus ponens – die wohl einfachste aller Schlussformen ist (und sich deshalb auch als Form der „Rechtsanwendung“ durchgesetzt hat!). Es könnte aber auch daran liegen, dass man häufig nicht genau genug hinschaut, wenn es um die Zurichtung der Prämissen geht (die sozusagen materiale Seite der *working logic*): Zur Logik gehören auch die Lehre von den Begriffen und von den Aussagen („Urteilen“), und wenn man hier Fehler macht, wirkt sich dies „natürlich“ auf die Schlussfolgerung aus.

24 Zum Begriff § 14 II.

25 Edward Schramm, Oh my god!, in: JZ 2022, 614 f.

26 RGSt 7, 259 (260) – Zugenagelte Stalltür (1882) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Band, Seite [Fundstelle]).

27 Zitiert nach Elmar Bund, Juristische Logik und Argumentation, Freiburg 1983, S. 60.

a) Zirkelschluss und petitio principii

Das schönste Beispiel für einen Zirkelschluss stammt nach wie vor aus dem Bauordnungsrecht.²⁸ Der Fall ist sehr einfach: A stellt auf seinem unbebauten Grundstück einen **Wohnwagen** auf und nutzt ihn als Hauptwohnung. Darf er das? Die Antwort könnte sich aus der Landesbauordnung ergeben (trotz der Bezeichnung „Ordnung“ handelt es sich bei ihr um ein formelles Gesetz) – aber gilt dieses Gesetz auch für Wohnwagen? Insofern heißt es in der Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern zunächst:

§ 1 Abs. 1 LBauO M-V Dieses Gesetz gilt für bauliche Anlagen und Bauprodukte.

Nächste Frage also: Ist ein Wohnwagen eine bauliche Anlage? Dagegen spricht auf den ersten Blick, dass A ihn jederzeit wieder wegfahren könnte. Allerdings hilft insoweit der folgende Auszug aus § 2 LBauO:

§ 2 Abs. 1 LBauO M-V Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene (...) Anlagen; eine Verbindung mit dem Boden besteht auch dann, wenn die Anlage durch eigene Schwere auf dem Boden ruht (...) oder wenn die Anlage nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, überwiegend ortsfest benutzt zu werden.

Bingo! Beide Definitionen zum Tatbestandsmerkmal „Verbindung mit dem Erdboden“ treffen auf den Wohnwagen zu. Allerdings fehlt noch ein weiteres Tatbestandmerkmal, nämlich (kursiv hervorgehoben):

§ 2 Abs. 1 LBauO M-V Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, *aus Bauprodukten hergestellte* (...) Anlagen (...).

Was aber ist ein Bauprodukt? Nun, wir haben es schon einmal erwähnt (Hervorhebung J.L.)

§ 2 Abs. 10 LBauO M-V Bauprodukte sind

1. Produkte, Baustoffe, Bauteile und Anlagen (...), die hergestellt werden, um dauerhaft in bauliche Anlagen eingebaut zu werden,
2. (...)

17

18

²⁸ Wir haben das Beispiel in § 15a Rn. 18 schon erwähnt. – Bauordnungsrecht ist das Recht der Gefahrenabwehr, bezogen auf bauliche Anlagen (Standfestigkeit, Feuerschutz, Anforderungen an Wohnungen etc.).

- 19 Kurz: Bauliche Anlagen werden aus Bauprodukten hergestellt, Bauprodukte sind dadurch definiert, dass sie in bauliche Anlagen eingebaut werden – das ist ein klassischer Zirkel (§ 15a Rn. 18). Zum Zirkelschluss wird er im konkreten Fall wie folgt:

Regel ./ Bauliche Anlagen sind aus **Bauprodukten** hergestellte Anlagen.

Approbation: Bauprodukte sind Produkte, die in bauliche Anlagen eingebaut zu werden bestimmt sind.

Fall ./ **Wohnwagen** sind aus Bauprodukten hergestellt.

Approbation: Sie bestehen aus Produkten, die in Wohnwagen eingebaut werden.

Resultat ./ **Also** sind Wohnwagen bauliche Anlagen.

Quod erat demonstrandum (was zu beweisen war).

- 20 Dass dies nicht „stimmt“, liegt auf der Hand, aber warum? Es wird das, was erst zu beweisen wäre (Resultat), schon als Begründung (*principium*, wörtlich: Ursprung, Grundlage) vorausgesetzt (lateinisch *petere*, wörtlich: bitten, beanspruchen). Daher nennt man einen derartigen Fehlschluss auch eine *petitio principii* – und das „Also“ im Resultat ist eigentlich ein „Denn“.

- 21 Es zeigt sich denn auch, dass man mit dem Zirkel das genaue Gegenteil beweisen könnte:

Regel ./ Bauliche Anlagen sind aus **Bauprodukten** hergestellte Anlagen.

Approbation: Bauprodukte sind Produkte, die in bauliche Anlagen eingebaut zu werden bestimmt sind.

Fall ./ **Wohnwagen** sind *nicht* aus Bauprodukten hergestellt.

Approbation: Sie bestehen (nur) aus Produkten, die in Wohnwagen eingebaut werden.

Resultat ./ **Denn** Wohnwagen sind *keine* baulichen Anlagen.

* * *

- 22 Klassisches Beispiel für eine *petitio principii* ist der Amtseid des Bundespräsidenten, wenn es um die Frage geht, ob er sich weigern darf, ein aus seiner Sicht verfassungswidriges Gesetz auszufertigen („Prüfungsrecht des Bundespräsidenten“).²⁹ Man hat versucht, dies mit seinem Amtseid zu begründen:

Art. 56 GG Ich schwöre, daß ich meine Kraft dem Wohle des deutschen Volkes widmen, seinen Nutzen mehrern, Schaden von ihm wenden, *das Grundgesetz* und die Gesetze des Bundes *wahren* und verteidigen, meine Pflichten gewissenhaft erfüllen und Gerechtigkeit gegen jedermann üben werde. (...).

Ob sich aus dem Grundgesetz ein solches Prüfungsrecht ergibt, ist aber gerade erst die Frage.³⁰

29 Dazu nur etwa *Christoph Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 38. Aufl., Heidelberg 2022, Rn. 809–813 (809 f.).

30 Ähnlich *Olaf Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., München 2020, § 7 Rn. 79.

b) Widersprüchliche Aussagen (*ex contradictione quodlibet*)

Ebenso, wie sich aus einem Zirkel Beliebiges ergibt, ergibt sich auch aus widersprüchlichen Aussagen Beliebiges. Auf Latein: *ex contradictione quodlibet*. Widersprüche in rechtlichen Begründungen – oder in der rechtlichen Dogmatik – sind daher für die Funktion des Rechts, normative Erwartungssicherheit zu produzieren, kontraproduktiv. Anders gewendet: Sie sind ein Einfallstor für Willkür und Ungerechtigkeit.

23

Aus diesem Grund sind offene Widersprüche zumindest in veröffentlichten juristischen Texten selten. Ein schönes Beispiel findet sich aber in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Begriff der Enteignung (dazu schon § 15a Rn. 34–35, 43). Üblicherweise heißt es insoweit zum Beispiel:

24

„Die Enteignung setzt den Entzug konkreter Rechtspositionen voraus, aber nicht jeder Entzug ist eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG. Diese ist beschränkt auf solche Fälle, in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll (...).“³¹

Allerdings gibt es auch eine Entscheidung, in deren Begründung man das genaue Gegenteil findet:

„Das Vorliegen einer Enteignung hängt ... nicht davon ab, dass es sich um einen Güterbeschaffungsvorgang handelt. Ihr entscheidendes Merkmal ist der Entzug des Eigentums und der dadurch bewirkte Rechts- und Vermögensverlust, nicht aber die Übertragung des entzogenen Objekts.“³²

Kurz und gut: Die Enteignung *ist* ein sogenannter Güterbeschaffungsvorgang, und sie ist *es nicht*. Diesen Widerspruch hat das Bundesverfassungsgericht bis heute nicht ausgeräumt.

25

Ohnehin sind die Fälle, in denen das BVerfG von einer alten Rechtsprechung *ausdrücklich* abweicht, sehr selten. Ein Beispiel findet sich in dem – wie ich es nenne – Verwaltungsverfassungsrecht, also in den Vorschriften des Grundgesetzes zur Abgrenzung der Exekutivkompetenzen von Bund und Ländern (Art. 84 ff. GG). Der Leitsatz der Entscheidung lautet:

„Allgemeine Verwaltungsvorschriften für den Vollzug der Bundesgesetze durch die Länder im Auftrage des Bundes können gemäß Art. 85 Abs. 2 Satz 1 GG ausschließlich von der Bundesregierung als Kollegium mit Zustimmung des Bundesrates erlassen werden (Abweichung von BVerfGE 26, 338 [339]).“³³

Und nicht, wie es vorher üblich war, auch von einem einzelnen Minister.

31 BVerfGE 104, 1 (10) – Baulandumlegung (2001).

32 BVerfGE 83, 201 (211) – Bergrechtliches Vorkaufsrecht (1991).

33 BVerfGE 100, 249 – Allgemeine Verwaltungsvorschriften (1999). Allgemeine Verwaltungsvorschriften sind Regelungen, die die Behörden (hier die Behörden der Länder) nur innerdienstlich binden. Sie haben also keine sogenannte Außenwirkung gegenüber den Rechtsunterworfenen, genauer: keine *unmittelbare Außenwirkung*. Eine Außenwirkung kann aber über den Gleichheitssatz entstehen: Wenn die Behörde auf Grund der Verwaltungsvorschrift gehalten ist, unter bestimmten Voraussetzungen eine Genehmigung zu erteilen, dann kann sie dies nicht nach Belieben im Fall A tun und es im Fall B unterlassen.

c) Doppeldeutigkeit: ein Wort, zwei Begriffe (Äquivokation, Quaternio terminorum)

- 26 Ein in den juristischen Methodenlehren gelegentlich erwähnter logischer Fehler ist ein Schlussfolgern, bei dem einer der drei Begriffe, die einander im Syllogismus zugeordnet werden, doppeldeutig ist. Man nennt dies eine *Äquivokation* (wörtlich: Gleich-lautendheit), und den Fehler in der Schlussfolgerung, der darauf beruht, bezeichnet man als *Quaternio terminorum*, wörtlich: Vierfachheit (statt Dreifachheit) der Begriffe.

Erstaunlicherweise finden sich sodann in den Methodenlehren meist keine real-juristischen Beispiele für diesen Fehler, vielmehr gibt es Schulbeispiele wie dieses etwas antiquierte:

Alle Füchse stehlen Hühner.

Adenauer [der ehemalige Bundeskanzler] ist ein Fuchs.

Also stiehlt Adenauer Hühner.³⁴

Oder: Die doppeldeutige Formel „entgangener Gewinn“ kann zum einen – juristisch terminologisch – einen nicht realisierten Vermögenszuwachs i.S.d. § 252 BGB meinen („Gewinn/Verlust“); zum anderen – alltagssprachlich – den verpassten Hauptgewinn bezeichnen (etwa nach Entwendung des Loses).³⁵ Dabei gibt es durchaus auch Beispiele aus dem realen Rechtsleben:

aa) Enteignung und „Enteignung“

- 27 Ein erstes Beispiel ist die Doppeldeutigkeit des Begriffs „Enteignung“. Enteignung bezeichnet zum einen – im engen und eigentlichen Sinn – eine zwangsweise „Güterbeschaffung“, das heißt die Übertragung eines Gutes auf einen anderen, damit dieser es anstelle des bisherigen Eigentümers nutzen kann. Beispiel: Enteignung von Grundstücken für eine Autobahn oder den Braunkohleabbau. In einem weiten Sinn kann man als „Enteignung“ aber auch jede Maßnahme bezeichnen, die den Eigentümer „schwer und unerträglich“ trifft oder ihm, nach anderer Theorie, ein „Sonderopfer“ abverlangt – die Schweizer nennen dies, im Gegensatz zur ersten, eine „materielle Enteignung“.³⁶ Beispiel: Der Eigentümer eines Denkmals darf es wegen des Denkmalschutzes nicht abreißen,³⁷ der Eigentümer eines Grundstücks darf wegen des Grundwasserschutzes die Kiesgewinnung nicht fortsetzen.³⁸

Wir haben diese Äquivokation (Doppeldeutigkeit) schon mehrfach erwähnt, deshalb hier nur kurz: Die Zivilgerichte hatten sie sich zunutze gemacht – und tun dies in einigen Bereichen bis heute³⁹ –, um Eigentümern auch dann Entschädigungen

³⁴ Nach *Bund, Juristische Logik* (Fn. 27), S. 61 (Erläuterung J.L.). „Fuchs“ im Untersatz also in der Bedeutung: „listig“. In dieser Bedeutung taucht der Fuchs, nebenbei gesagt, auch bei Machiavelli auf: Der Fürst müsse etwas vom Löwen und vom Fuchs haben: vom Löwen, um die Hunde nicht zu fürchten, und vom Fuchs, um die Fallen zu erkennen (*Niccolò Machiavelli, Il Principe* (1532), dt. Der Fürst, italienisch/deutsch, Stuttgart 1986, Kapitel XVIII).

³⁵ Franz Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 380.

³⁶ Joachim Lege, Enteignung und „Enteignung“, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, 864–872.

³⁷ BVerfGE 100, 226 – Denkmalvilla (1999).

³⁸ BVerfGE 58, 300 – Nassauskiesung (1981).

³⁹ Stichwort: qualifiziertes Unterlassen, dazu schon § 20 Rn. 18.

zuzusprechen, wenn es dafür keine gesetzliche Grundlage gibt – wie das Bundesverfassungsgericht sie verlangt. Rund um diese praktische Frage hat sich dann eine lange Geschichte von juristischen Theorien, von absichtlichen und unabsichtlichen Missverständnissen, von vielschichtiger Dogmatik abgespielt – eine Geschichte, die man geradezu als Paradigmenstreit bezeichnen kann. Wir haben sie an anderer Stelle skizziert (§ 20 I) und wollen hier nur festhalten: Im Kern ging es *methodologisch* um die Doppeldeutigkeit (Äquivokation) des Begriffs „Enteignung“, *sachlich* um die Definitionsmacht (also Kompetenz!) von BGH oder BVerfG.

bb) Erinnerung und „Erinnerung“ oder: Notare sind auch nur Menschen – zugleich ein Exempel doppelter Misslungenheit –

Ein wenig bekanntes Beispiel für eine geradezu dreiste Begriffsstrategie mit Hilfe der Äquivokation ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) aus den 1970er Jahren. Sie ist zugleich ein gutes Beispiel für gleich doppelte Misslungenheit.⁴⁰

28

Das Thema liegt etwas abseits vom juristischen Kernstoff, denn es handelt sich um die Haftung eines Notars, wenn er eine Sache verschlampt hat – in diesem Fall: Er sollte ein lebenslanges Wohnrecht und eine Unterhaltsrente des X im Grundbuch absichern.⁴¹ Insofern lautet die Kernvorschrift der **Bundesnotarordnung** (entscheidend sind die Sätze 1 und 3)

§ 19 Abs. 1 Amtspflichtverletzung Verletzt der Notar vorsätzlich oder fahrlässig die ihm andern gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er diesen den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Notar nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Verletzten nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermögen; (...). Im übrigen sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Schadensersatzpflicht im Fall einer von einem Beamten begangenen Amtspflichtverletzung entsprechend anwendbar. (...).

Satz 1 besagt also: Schadensersatz, Satz 3: Verweis auf § 839 BGB (Haftung bei Amtspflichtverletzung). Dort ist für unseren Fall allein der Absatz 3 von Bedeutung (Hervorhebung J.L.):

29

§ 839 Abs. 3 BGB Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines **Rechtsmittels** abzuwenden.

Was ist ein **Rechtsmittel**? Insofern hatte der BGH bereits früher entschieden, dass man den Begriff weit auslegen müsse.

30

Zum Hintergrund: „Rechtsmittel“ im engen Sinn sind nur Rechtsschutzgesuche, die sich gegen Entscheidungen eines Gerichts an ein höheres Gericht wenden, konkret also: die Rechtsmittel Berufung, Revision und Beschwerde. Sie sind ein Unterfall des Begriffs „Rechtsbehelf“, der auch andere Rechtsschutzgesuche gegen behördliche oder gerichtliche Maßnahmen umfasst. Dabei unterscheidet man wiederum förmli-

40 Das Beispiel verdanke ich Maximilian Herberger/Dieter Simon, Wissenschaftstheorie für Juristen, Frankfurt a.M., S. 275–277.

41 Mit anderen Worten: Der Erwerber des Grundstücks sollte sich sachenrechtlich („dinglich“) verpflichten, den X für dessen restliches Leben unentgeltlich auf dem Grundstück wohnen zu lassen und ihm obendrein eine Rente zu zahlen. Möglich ist dies durch Eintragung einer entsprechenden Reallast, die für dieses Grundstück bestellt wird (§ 1105 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch). Die Eintragung muss ein Notar beantragen.

che und nicht-förmliche Rechtsbehelfe. Die bekanntesten förmlichen Rechtsbehelfe sind der Widerspruch gegen Verwaltungsakte bei der Behörde selbst (§§ 68, 69 Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO) und die Erinnerung (!) gegen Maßnahmen des Rechtpflegers (§ 11 Abs. 2 Rechtpflegergesetz – RPflG). Nicht-förmliche Rechtsbehelfe sind: Gegenvorstellung, Aufsichtsbeschwerde, Dienstaufsichtsbeschwerde.

- 31 Zunächst knüpfte der BGH korrekt an die Rechtsprechung des Reichsgerichts an. Dieses hatte im Rahmen des § 839 BGB, also im Rahmen der gewöhnlichen Amtshaftung (nicht: Notarhaftung), entschieden, dass unter „Rechtsmittel“ im Sinn des § 839 Abs. 3 BGB auch sonstige „Rechtsbehelfe“ zu zählen seien, etwa eine Dienstaufsichtsbeschwerde oder die Erinnerung (an den Rechtpfleger⁴²) beim Grundbuchamt.⁴³

Der BGH bestätigte dies sodann im Jahr 1958 in einem „Notarfall“, allerdings wieder nur bezogen auf Rechtsbehelfe gegen das *Grundbuchamt* – welche die Geschädigte übrigens *nicht* schulhaft unterlassen hatte.⁴⁴ In einem weiteren Notarfall von 1960 hieß es zudem durchaus reserviert gegenüber einer Haftungsfreistellung des Notars: Erstens dürfe es ihm nicht zugute kommen, wenn der oder die Geschädigte einen Rechtsbehelf gegen das *Grundbuchamt* unterlässt. Und als „Rechtsmittel“ gegen den *Notar*, das unterlassen werden könne – „Rechtsmittel“ in Anführungszeichen! – kämen „höchstens [!] Gegenvorstellungen oder eine Dienstaufsichtsbeschwerde des Geschädigten“ gegenüber dem Notar in Betracht.⁴⁵

- 32 Über dieses „höchstens“ und über ein weiteres entscheidendes Wort setzte sich der BGH dann im Jahr 1974 mit Hilfe der angekündigten Äquivokation souverän hinweg. Zunächst griff er die bisherige Definition des Begriffs „Rechtsmittel“ durchaus zutreffend auf (Hervorhebung J.L.):

„Rechtsmittel“ ... [sind] alle Rechtsbehelfe, die sich gegen die schädigende Amtshandlung oder Unterlassung richten, und die *nach gesetzlicher Ordnung* ihre Beseitigung oder Berichtigung ermöglichen. Dazu gehören insbesondere auch Gegenvorstellungen, Erinnerungen, Beschwerden und Dienstaufsichtsbeschwerden (so ständige Rechtsprechung des RG ... und des BGH, vgl.⁴⁶ ...).⁴⁷

- 33 Und dann kommt die entscheidende Wende: Unter „Erinnerung“ versteht der BGH plötzlich und zuerst ganz subkutan nicht mehr den *Rechtsbegriff* Erinnerung, sondern den *Alltagsbegriff*. Der Geschädigte hätte den Notar doch formlos daran erinnern können, dass er zu Gunsten des Geschädigten „eine lebenslängliche Unterhaltsrente von monatlich 600 DM ... und ein lebenslängliches Wohnrecht“ auf dem Grundstück dessen Sohnes „grundbuchlich absichern sollte“. Das habe der Geschädigte unterlassen, und zwar fahrlässig, denn (Hervorhebung J.L.):

42 Leider fehlt dieser Zusatz in den Reichsgerichtsentscheidungen, es ist aber offensichtlich, dass nur diese *gesetzlich* vorgesehene Erinnerung gemeint war.

43 RGZ 138, 114 (II6) – gelöschte Hypothek (1932) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band, Seite [Fundstelle]).

44 BGHZ 28, 104 (106 f.) – brieflose Grundschrift (1958) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen).

45 BGH NJW 1960, 1718 (1719).

46 Bei einem Zitat, das mit „vgl.“ (= vergleiche) eingeleitet wird, ist meist Misstrauen geboten.

47 BGH NJW 1974, 639 (640); Formulierung nach RGZ 138, 114 (II6) (Fn. 43); in BGHZ 28, 104 (106) (Fn. 44) fehlt allerdings schon die Wendung „nach gesetzlicher Ordnung“.

„Es kann ... von ihm verlangt werden, sich bei dem Notar nach einiger Zeit zu erkundigen, ob die Eintragung erfolgt ist und ihn gegebenenfalls an die Erledigung *zu erinnern*, ihn unter Umständen sogar dazu aufzufordern.“⁴⁸

Allerdings steht eine solche „Erinnerung oder gar „Aufforderung“ nirgends in einem Gesetz – wie es die vorhin genannte Definition des „Rechtsmittels“ verlangt. Anders gewendet: Der BGH lässt das Definitionsmerkmal „nach gesetzlicher Ordnung“ stillschweigend unter den Tisch fallen. Und setzt am Ende seiner notarfreundlichen Haltung noch die Krone auf (Anmerkungen J.L.):

„Es ist keineswegs unsozial [??], wenn die Personen, die einen notariellen Vertrag geschlossen haben, gehalten sind, ihr bestes zu tun, um einen Schaden abzuwenden, der durch ein normales menschliches [!] Versagen eines Notars entstehen kann.“⁴⁹

Im vorliegenden Fall bestand dieser Schaden darin: Der Sohn des Geschädigten, dem er das Grundstück übertragen hatte, war in Konkurs gefallen. Das Grundstück fiel in die Konkursmasse, und der Erwerber verlangt nun vom Geschädigten eine Miete. Ob der Geschädigte und sein Sohn sich diese Miete noch leisten könnten⁵⁰ (wurden sie vielleicht gar zum „Sozialfall“?) – darüber schweigt das Urteil.

34

* * *

Es bietet sich an, diesen Fall einmal in unser Vertretbarkeits- und **Gelungenheits-Schema** einzuordnen (§ 33 Rn. 13–19). Man wird dann sagen können: Es handelt sich um eine grob fehlerhafte, geradezu vorsätzlich fehlerhafte **Begründung**: Dem juristischen Terminus technicus „Erinnerung“ wird eine alltagssprachliche Bedeutung untergeschoben (Äquivokation), sodann wurden die praktischen Folgen des Rechtsbegriffs auf den Alltagsbegriff – zu dessen Nachteil – übertragen. Das ist ein Verstoß gegen seriöse Logik⁵¹ (*Quaternio terminorum*) und daher so **nicht vertretbar**.

35

Daraus folgt gemäß demselben Schema: Auch das **Ergebnis** der Entscheidung ist falsch – es sei denn, es lässt sich dafür eine bessere und vertretbare Begründung finden. Etwa mit dem Argument: Diese weitere Ausdehnung des schon weit verstandenen Begriffs „Rechtsmittel“ sei interessengerecht.

An diesem Punkt kommt das **Ergebnis** der Argumentation **nochmals** ins Spiel. Das Ergebnis – die Rechtsfolge – lautet nämlich: Der Geschädigte geht völlig leer aus, denn die Haftung des Notars entfällt komplett (§ 839 Abs 3 BGB: „Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, ...“). Anders gewendet: Das „**normale menschliche Versagen**“ des *Geschädigten* – in diesem Fall: allenfalls „normale“ Fahrlässigkeit⁵² – gereicht ihm voll zum Nachteil, während das „normale menschliche Versagen“ des *Notars* auf milde Nachsicht trifft. Das kann schon deshalb nicht richtig sein, weil der Notar ein Amtsträger ist, der

36

48 BGH NJW 1974, 639 (640).

49 BGH NJW 1974, 639 (640).

50 Dagegen spricht, dass auch die OHG (Offene Handelsgesellschaft), die der Geschädigte betrieben und der das Grundstück zuvor gehört hatte, in Konkurs gefallen war.

51 Schematisch (*Herberger/Simon, Wissenschaftstheorie* [Fn. 40], S. 277):

M₁	a	P
<u>S</u>	a	M₂
S	a	P

52 Wenn nicht gar leichte oder gar keine Fahrlässigkeit. Auf einen Notar muss man sich verlassen dürfen.

sich mit diesen Geschäften besser auskennen sollte und sich zudem gegen ihre Risiken absichern kann; Auch jeder Anwalt braucht eine Berufshaftpflichtversicherung.

- 37 Daraus folgt in unserem Gelungenheits-Schema (§ 33 Rn. 14–15): Das **Ergebnis** – die Rechtsfolge – lässt sich auch mit einer anderen Begründung nicht halten. Es ist rechtlich und juristisch eindeutig **falsch**. Und *even worse*: Ganz naheliegend **richtig wäre** eine andere Rechtsfolge. Sie steht sogar im Gesetz, und sie lautet:

§ 254 Abs. 1 BGB Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

Anders gewendet: Wenn zwei Seiten schlampert agiert haben, müssen sie sich den Schaden teilen. Und da könnte man in unserem Fall dem Geschädigten in der Tat den Vorwurf machen, dass er sich nicht rechtzeitig um die Sache gekümmert hatte: Er hatte durchaus Erfahrung im Geschäftsleben und im Grundbuchverkehr.

Wie groß die Anteile am Verschulden sind, ist weitgehend Tatfrage⁵³ – wir kommen gleich noch einmal darauf zurück. „Tatfrage“, das heißt: eine Frage der Würdigung der konkreten Personen und Situationen („Tatsachen“); „weitgehend“, das heißt: Es bleibt eine *Rechtsfrage*, ob diese Würdigung „auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht und ob wesentliche Tatsachen unberücksichtigt geblieben sind“⁵⁴.

- 38 Wie auch immer, das Gesamtergebnis zur **Gelungenheit** lautet: Die **Begründung** der Entscheidung des BGH ist *nicht vertretbar*, schon deshalb ist die Entscheidung misslungen. Zudem gibt es keine Begründung, die besser wäre als das Gegenmodell, demgemäß die Parteien den Schaden gemäß § 254 Abs. 1 BGB anteilig zu tragen haben. Daher ist das **Ergebnis** der Entscheidung sowohl rechtlich als auch juristisch *falsch*. Was schließlich den Zusammenhang des Ganzen angeht, hebt sich Minus mal Minus nicht auf, sondern verstärkt sich. Die **Entscheidung** ist geradezu **doppelt misslungener**.⁵⁵

Und ohne großen Aufwand *gelungen* wäre die Lösung über § 254 Abs. 1 BGB.

* * *

53 BGH NJW 1974, 639 (640).

54 BGH NJW 1974, 639 (640).

55 Es ist daher durchaus blamabel, dass sie schon bald darauf als Präjudiz akzeptiert wurde – siehe OLG (Oberlandesgericht) Düsseldorf, in: Monatsschrift des deutschen Rechts (MDR) 1977, 588 f. – und im Grundsatz bis heute in ständiger Rechtsprechung („st. Rspr.“) fortgeführt wird – siehe z.B. BGH, in: Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 2004, 362 (363). Auch in der Literatur entspricht sie nahezu unbestritten der herrschenden Meinung („h.M.“). Kritisch geäußert hat sich nur der Richter am BGH Hans Gerhard Ganter, Zweifelsfragen im Notarhaftungsrecht, in: DNotZ 1998, 851 (864 f.): „Weshalb hier ein aus leichter Fahrlässigkeit unterbliebener mündlicher Vorhalt oder eine unterlassene telefonische Erinnerung [seitens des Geschädigten] die Haftung des Notars, mag dessen Verschulden noch so schwerwiegend sein, gänzlich ausschließen soll, ist mit dem Gerechtigkeitsgefühl nur schwer zu vereinbaren“. Dies wurde von der Chef-Justitiarin der Allianz-Versicherung mit dem bemerkenswerten Argument gekontert, § 254 BGB sei zwar flexibler, in der Praxis würde sich aber trotzdem nichts ändern: *Antje Jungk*, Bedarf der Begriff des Rechtsmittels in § 839 Abs. 3 BGB im Notarhaftungsrecht einer restriktiveren Auslegung?, in: DNotZ 2001, 99. Die Notarin *Sabine Schramm*, in: Eschwey, BeckOK

Wir wollen, in gewisser Weise auch zum Vergnügen, den **Zusammenklang des Ganzen**, genauer: den jeweiligen Zusammenklang der beiden konkurrierenden Syllogismen („Artefakte“⁵⁶) abschließend als Vollständige Juristische Syllogismen (**VJS**, siehe § 8) explizit darstellen, eingeleitet wieder durch die Frage:

Welcher Syllogismus ist gelungener?

Vollständiger Juristischer Syllogismus (VJS) Nr. 1

Regel./. Wer ein Rechtsmittel unterlässt, verliert den Schadensersatzanspruch gegen den Notar.

„Rechtsmittel“ ist • JEDER GESETZLICH (!) VORGESEHENE RECHTSBEHELF,
ALSO AUCH DIE ERINNERUNG AN DEN RECHTSPFLEGER

Fall ./ . Der Geschädigte hat eine „Erinnerung“ unterlassen.

*Er hat den Notar nicht daran „erinnert“ (im Alltagssinn), eine Pflicht zu erfüllen
(von deren grob fahrlässiger Verletzung er, freilich aufgrund eigener Fahrlässigkeit, nicht wusste)*

Resultat ./ . Also verliert der Geschädigte den Anspruch auf Schadensersatz.

... und zwar vollständig.

„Lebensweltlich“ muss X bzw. sein Sohn also Miete zahlen statt unentgeltlich zu wohnen, und auch die Unterhaltsrente ist futsch.

Vollständiger Juristischer Syllogismus (VJS) Nr. 2

Regel ./ . Wenn der Schaden durch beiderseitige Fahrlässigkeit entstanden ist, vermindert sich der Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger entsprechend dem Mitverschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des Geschädigten.

„Fahrlässigkeit“ ist • DAS AUSSERACHTLASSEN DER IM VERKEHR
ERFORDERLICHEN SORGFALT.

Fall ./ . Sowohl der Notar N (Schädiger) als auch der Geschädigte G haben fahrlässig gehandelt.

N hat den erforderlichen Antrag nicht gestellt (= grob fahrlässig), G hat dies nicht überprüft und daher auch nicht gerügt (= normal fahrlässig).

Resultat ./ . G erhält von N Schadensersatz, gemindert um den eigenen Anteil an der Entstehung des Schadens.

*Die Aufteilung ist „weitgehend Tatfrage“ sagen wir:
N = grob fahrlässig, G = normal fahrlässig; kurz und gut: 2 zu 1.*

„Lebensweltlich“ schuldet der Notar dem Geschädigten demnach eine Unterhaltsrente von 400 DM (zwei Drittel von 600) und 2/3 der Miete, die dieser an den Erwerber des Grundstücks zu zahlen hat.

(beck-online-Kommentar) BNotO, 9. Edition, Stand 01.02.2024, § 19 Rn. 148, erwähnt Ganter's Meinung gar nicht erst.

56 Artefakt: etwas, das durch Kunst oder Handwerk (*ars*) hergestellt wurde (*factum*).

- 40 Ich muss gestehen, dass mir dieser zweite Syllogismus erheblich schöner erscheint – zumal der Notar sein Risiko auf eine Versicherung abwälzen kann.

d) Weitere logische Fehler

- 41 Die Liste von Verstößen gegen die Logik lässt sich ohne Mühe verlängern – einige von ihnen dürften zudem aus dem einen oder anderen juristischen „Theorienstreit“ bekannt sein (auch wenn sie dort nicht so benannt werden). Im Folgenden ohne Anspruch auf Vollständigkeit:

- **Kategorienfehler**

Um einen Kategorienfehler handelt es sich etwa bei dem Streit, ob ein nichtiges Rechtsgeschäft obendrein auch noch angefochten werden kann.⁵⁷ Wenn man hier argumentiert:

- (1) Nur was existiert, kann vernichtet werden.
- (2) Die Anfechtung vernichtet das Rechtsgeschäft.
- (3) Ein nichtiges Rechtsgeschäft existiert nicht.
- (4) Also kann ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht angefochten werden.

... dann bezieht sich Prämisse (1) auf eine andere Kategorie, nämlich körperliche Gegenstände, als die drei restlichen Aussagen, die im SINNZUSAMMENHANG des Rechts stehen. Also kann man aus ihr nichts rechtlich Belastbares folgern.⁵⁸

- **Onto-logische Unmöglichkeit**

- 42 Einen zweiten Fehler könnte man geradezu als *onto-logische Unmöglichkeit* bezeichnen. Gemeint ist, dass ein konkreter Fall nicht unter zwei Begriffe fallen kann, die sich gegenseitig ausschließen, anders gewendet: Er kann nicht zugleich A und Nicht-A *sein* (Ontologie ist die Lehre vom Sein).⁵⁹ Als Beispiel sei nochmals die überholte Lehre genannt, gemäß der eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums im Einzelfall in einer Enteignung „umschlagen“ konnte, wenn sie den Eigentümer übermäßig belaste te (so die von mir so bezeichneten „Schwellentheorien“ des Bundesgerichtshofs [Sonderopfertheorie] und des Bundesverwaltungsgerichts [„Schwertheorie“]). Das führte zu den allergrößten Unstimmigkeiten (§ 20 Rn. 5–7).

Dass nicht nur Logik, sondern auch *Onto-logik* im Spiel ist, haben wir schon an anderer Stelle erwähnt. Letztlich geht es um den (nicht nur mittelalterlichen) Universalienstreit: Sind Begriffe im Allgemeinen ebenso real wie im konkreten Fall („Realismus“)?⁶⁰ Oder kann ich mich, wenn ich nur will, nicht nur als Frau *bezeichnen*, sondern damit dann auch eine Frau *sein* (Nominalismus)?

57 Die ganz herrschende Meinung (h.M.) bejaht es, aber es ist ein berühmter Streit mit einem klassischen Aufsatz (*Theodor Kipp*, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, in: Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 24. Juli 1911, Berlin 1911, S. 211–233); knapp dazu heute *Jan Busche* in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2021, § 142 Rn. 12.

58 Beispiel bei *Bund*, Juristische Logik (Fn. 27), S. 61.

59 Zu „A ist A und nicht Non-A“ als logischen Grundgesetzen § 5 III Rn. 89.

60 Dazu schon § 4 I.

Weitere logische Fehler und Fehlschlüsse werden in der juristischen Methodenliteratur eher am Rande erwähnt. Genannt werden etwa

- der **instrumentalistische Fehlschluss** (Schluss vom Zweck auf das Mittel);

Im Polizei- und Ordnungsrecht lernt man daher die Formel: „kein Schluss von der Aufgabe (hier: Gefahrenabwehr als Zweck) auf die Befugnis (also die Zulässigkeit eines zu diesem Zweck von der Behörde einzusetzenden Mittels)“. Die Zulässigkeit des Mittels muss sich vielmehr gesondert aus einem Gesetz ergeben. Wenn das Gesetz dann allerdings lautet (Ergänzungen J.L.):

„Die Ordnungsbehörden und die Polizei haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen [= Mittel anzuwenden], um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird [= Zweck].“⁶¹

... dann schreit dies geradezu nach einem juristischen Zwinkersmiley ... – Nein, im Ernst: Die Generalklausel ist kein Freibrief für alles, insbesondere wird sie überall dort verdrängt, wo es Spezialbefugnisse für die Polizei gibt, etwa zur Durchsuchung von Personen oder zur Sicherstellung von Sachen. Dann müssen auch die Spezialvoraussetzungen der Spezialbefugnis erfüllt sein (z.B. eine gesteigerte Gefahr).

- der **Sein-Sollen-Fehlschluss** (auch naturalistischer Fehlschluss)

Einfach gesagt: Man darf nicht aus einer „Tatsache“ folgern, dass sie rechtens ist, nicht also aus der natürlichen Bestimmung des weiblichen Geschlechts, dass Ehefrauen nur mit Einverständnis des Ehemanns einen Arbeitsvertrag abschließen dürfen.⁶² Oder aus der Widernatürlichkeit der männlichen Homosexualität, dass sie strafbar sein sollte.⁶³ Allerdings geraten alle Methodenlehren hier zwangsläufig ins Schlingern: Irgendwie ist das Recht dann doch kein „reines Sollen“,⁶⁴ sondern es muss am Ende *sach-gerecht* sein (Pädosexualität muss ganz einfach strafbar sein). Kurz: Man muss sich auch vor einem anti-naturalistischen Fehlschluss hüten.⁶⁵

61 So § 13 SOG M-V (Sicherheits- und Ordnungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern); auch in allen anderen Ländern findet sich diese „Generalklausel“.

62 Siehe § 1358 Abs. 1 BGB in seiner ursprünglichen Fassung von 1900: „Hat sich die Frau einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet, so kann der Mann das Rechtsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er auf seinen Antrag von dem Vormundschaftsgerichte dazu ermächtigt worden ist. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu ertheilen, wenn sich ergiebt, daß die Thätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt.“

63 So noch BVerfGE 6, 389 – Homosexualität (1957).

64 ... womit nichts gegen die Reine Rechtslehre mit ihrer Ideologiekritik gesagt sein soll.

65 Alexander Hollerbach, Reflexionen über Gerechtigkeit, in: Norbert Brieskorn/Johannes Müller (Hrsg.), Gerechtigkeit und soziale Ordnung. Für Walter Kerber, Freiburg i. Br. 1996, S. 42–55 (48); wiederabgedruckt in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 63–76 (68); zustimmend F. Reimer, Methodenlehre (Fn. 35), Rn. 380. – Klassiker zur „naturalistic fallacy“: George Edward Moore, Principia Ethica, Cambridge 1903, reprint 1922, Chapter I B 10 und dann durchgehend.

Aktuell etwa: Darf oder gar muss das Recht biologische Unterschiede von Männern und Frauen *vollständig ignorieren*?⁶⁶

- 45 Vielleicht muss man daher anerkennen, dass es ebensowenig wie „reine Normen“ so etwas wie „reine Tatsachen“ gibt. Anders gewendet: Auch deskriptive Aussagen („Beobachtungen“) enthalten auch immer eine Spur Normativität (nämlich Logik; auch Naturgesetze sind Gesetze!). Methodisch **eigentlich** zu vermeiden ist daher (Begriff und Terminus stammen nicht von mir)⁶⁷:

46 • der **Sollen-Sollen-Fehlschluss**

Das heißt zum einen: Bestimmte gesellschaftliche „Werte“, die gerade en vogue sind, müssen nicht sofort und erst recht nicht vorauselend rechtlich „umgesetzt“ werden – die Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus bleibt insofern das schrecklichste Beispiel. Es bedeutete zum anderen: Die herrschende Meinung (h.M.)⁶⁸ als solche ist noch kein Argument. Allerdings muss man, wenn man gegen sie antritt, mehr Aufwand betreiben, als wenn man ihr folgt (s.u. 3 a).⁶⁹

Oder in einem Satz: Der Sollen-Sollen-Schluss ersetzt Fakten durch Ideologie.⁷⁰

2. Das Verbot des Überflüssigen (*ratio decidendi versus obiter dictum*)

- 47 Kommen wir nun zu einem weiteren, sehr ernsten Verbot: dem Verbot des Überflüssigen. Es ist zwar insofern weniger ernst, als bloße Redundanzen aus Zeitnot entstehen können (man hat keine Zeit mehr zum Kürzen). Bedenklich wird es, wenn ein Präjudiz mit dem, was in ihm überflüssig ist, auch noch die Grenzen seiner Kompetenz (Zuständigkeit) überschreitet – und wenn dies dann erhebliche praktische Konsequenzen hat.

Rein rhetorisch hat das Verbot des Überflüssigen übrigens den ganz praktischen Grund: Mit allem, was über das hinausgeht, was man braucht, um jemanden zu überzeugen, lenkt man ihn vom Wesentlichen ab – und schwächt dadurch das Argument.⁷¹

- 48 Das wohl deutlichste Beispiel für jene Kompetenzüberschreitung wurde schon erwähnt (§ 11 Rn. 17): die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vermögensteuer.⁷² In diesem Verfahren war streitentscheidend lediglich die Frage, ob die Bemessungsgrundlagen für die Erhebung der Steuern gerecht waren, genauer: ob sie gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstießen. Dies war auch schnell zu beantworten:

66 Die ersten Entwürfe zum sogenannten Selbstbestimmungsgesetz – Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG) – gingen stark in diese Richtung. Mittlerweile wurde dies weitgehend zurückgenommen, siehe vor allem § 6 Abs. 4 des Regierungsentwurfs vom 01.11.2023: „Auf den aktuellen Geschlechtseintrag kommt es bei allen gesundheitsbezogenen Maßnahmen oder Leistungen nicht an, sofern diese im Zusammenhang mit körperlichen, insbesondere organischen Gegebenheiten stehen“ (Bundestags-Drucksache 20/9049). – Zum SBGG auch unten § 38 Rn. 19.

67 Sondern von *Max Ole Schuckart*, Methodenlehre in Diktaturen, Seminararbeit im Wintersemester 2021/2022, S. 11, 27. In einem Satz: Der Sollen-Sollen-Schluss ersetzt Fakten durch Ideologie.

68 BVerfGE 93, 121 – Vermögensteuer (1995).

69 *Muthorst*, Grundlagen (Fn. 30), § 7 Rn. 75.

70 Auch so lässt sich *Max Ole Schuckart* (Fn. 67) zusammenfassen.

71 *Wolfgang Gast*, Juristische Rhetorik, 5. Aufl., Heidelberg 2015 (ich zitiere aus dem Gedächtnis).

72 BVerfGE 93, 121 – Vermögensteuer I (1995).

Kapitalvermögen wurde zum aktuellen Marktwert versteuert, Grundvermögen zu dem weit geringeren Wert, den es 20 oder gar 30 Jahre zuvor gehabt hatte. Für diese Bevorzugung des Grundvermögens gab es keinerlei sachlichen Grund. Das BVerfG hätte daher den Gesetzgeber insoweit zum Nachbessern auffordern müssen.

Stattdessen hat es dem Gesetzgeber weit ausholend eine Steilvorlage geliefert, um die Vermögensteuer völlig abzuschaffen. Die Besteuerung des Vermögens als solchen sei ungerecht, weil der Erwerb des Vermögens doch schon einmal versteuert worden war (mit Lohn- und Einkommensteuer, Gewerbesteuer, Kapitalertragssteuer, Schenkungssteuer, Erbschaftssteuer etc.). Daher dürfe vom Erworbenen (Art. 14 GG: Eigentum) allenfalls das versteuert werden, was man mit ihm, etwa auf dem Kapitalmarkt, als zusätzlichen Gewinn erzielt. Oder genauer: erzielen kann („Sollertrag“; wer sein Geld nicht arbeiten lässt, ist selber schuld). Und noch genauer: Dieser Sollertrag dürfe nur zu höchstens 50 Prozent versteuert werden („Halbteilungsgrundsatz“⁷³). In dieser Weise müsse der Gesetzgeber die Vermögensteuer neu regeln. Und weil der Gesetzgeber dazu nicht in der Lage war (wie soll man auch seriös⁷⁴ einen Sollertrag ermitteln?), entfiel die Vermögensteuer zum Stichtag 31. Dezember 1996.

Die Entscheidung des BVerfG stammte vom 22. September 1995 – dem Gesetzgeber blieb also nur wenig mehr als ein Jahr für eine nicht nur Korrektur, sondern Revolution der Vermögensteuer. Bedenkt man, dass die Gesetzgebung nach dem Beitritt der DDR-Länder zum Bundesgebiet auch sonst einiges zu tun hatte, war das eine schon fast obszön knappe Frist.⁷⁵

Wie auch immer: Was das Gericht zur Vermögensteuer „im Allgemeinen und überhaupt“ ausgeführt hat, war für den konkreten Fall überflüssig und in seiner Konsequenz politisch übergriffig.⁷⁶

49

IIb. Regeln II: Gebote

Gebote sind nur auf den ersten Blick nichts anderes als die Kehrseite von Verboten.

50

Dass es sich bei den meisten der sogenannten „Zehn Gebote“ des Judentums und Christentums um Verbote handelt, ändert daran nichts. (Echte Gebote sind nur das dritte und das vierte: Du sollst den Feiertag heiligen, und du sollst Vater und Mutter ehren.)

⁷³ Dessen Herleitung war besonders kühn. Art. 14 Abs 2 GG lautet: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“ Aus dieser Wendung wurde gefolgert: Der Sollertrag darf höchstens zu gleichen Teilen besteuert werden. Also „zugleich“ = zu gleichen Teilen!

⁷⁴ ... und ohne ein Bürokratiemonster.

⁷⁵ Dass dem Gesetzgeber nach dem geforderten ersten Aufschlag bis 31. Dezember 1996 eine Übergangsfrist von fünf Jahren eingeräumt wurde (Ziffer 2 Satz 2 der Urteilsformel), dürfte die Schwierigkeit jenes ersten Aufschlags nicht vermindert haben.

⁷⁶ Zu weiterer Kritik am Beschluss siehe schon das Sondervotum des Richters *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, BVerfGE 93, 121 (82 ff.); ferner *Joachim Lege*, Was wir schon immer über das Eigentum sagen wollten – Nassauskiesung und Vermögensteuer, in: ZÖR 2022, 661 (666–669)]. – Vielleicht ganz kurz: Große Vermögen vermitteln große Macht, und nicht alle großen Vermögen wurden redlich erworben.

Für unsere Zwecke möchte ich den Unterschied pragmatisch grob wie folgt bestimmen: Der Verstoß gegen ein *Verbot* macht die darauf ruhende Begründung „nicht-mehr-ver-tretbar“ und damit *falsch*. Der Verstoß gegen ein *Gebot* – zum Beispiel gegen das Gebot der Vollständigkeit (Rn. 65–75) – macht die Begründung mangelhaft und *schwach*. Dennoch kann die Begründung insgesamt noch vertretbar sein.⁷⁷

1. Das Gebot der Sachnähe

- 51 Das wichtigste Gebot ist das Gebot der Sachnähe. Es geht im Recht immer und ganz konkret darum, einer „Sache“ gerecht zu werden (dass der Begriff „Sache“ vom althochdeutschen *sah-ha* stammt und dies eigentlich Rechtsstreit bedeutet, habe ich schon erwähnt). Wie dies gelingt, ist im Grunde das Hauptthema der juristischen Methodenlehre.

Es ist daher ein wenig amüsant, dass der berühmte Verfassungsrechtler und Bundesverfassungsrichter Konrad Hesse (1919–2005) auf der noch berühmteren „Staatsrechtslehrertagung“⁷⁸ zur Methode des Gerichts einmal geäußert hat (Hervor-hebung J.L.):

„(...) wir können nicht — es ist schon gesagt worden — abstrakte Methodendiskussionen führen. (...) Als wesentlich wird es bei uns vielmehr angesehen, und das scheint mir richtig, daß man *baldmöglichst zur Sache kommt*. Wird diese Sache dann in ihrer Eigengesetzlichkeit, mit ihren Problemen, von guten Juristen juristisch gut behandelt, dann können diese Juristen durchaus verschiedene Methoden haben. Es kommen dabei, wie ich meine, tragbare Entscheidungen heraus.“⁷⁹

Amüsant ist es deshalb, weil Hesse in seinen „Grundzügen des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“ einer der Pioniere von abstrakten Methodendis-kussionen im Verfassungsrecht war.⁸⁰

a) Fallnähe und Textnähe

- 52 Wie auch immer: Genau besehen hat das „zur Sache kommen“ zwei Seiten: Fallnähe und Textnähe. Mit **Fallnähe** ist nicht nur der konkrete Einzelfall gemeint, gemeint ist vielmehr das Geflecht der vielen mehr oder weniger ähnlichen Fälle, in das sich dieser neue Fall mehr oder weniger einfügen muss (oder sagen wir es aktivisch: in das wir diesen Fall möglichst harmonisch einfügen müssen). In dieser Disziplin ist die deutsche Rechtswissenschaft nicht besonders gut geschult.⁸¹

Wir fabrizieren, wie mehrfach gesagt, viel zu häufig schlechtes Fallrecht (§ 15a Rn. 44–46: Bundesverfassungsgericht; § 28 Rn. 9–16: Abwägungsfehlerlehre, § 17 Rn. 16–39: Gebot der Rücksichtnahme – Schweinemäster).

77 Wenn man will, mag man hier eine Parallele zu Robert Alexys Unterscheidung von Regeln (ja oder nein) und Prinzipien (mehr oder weniger) ziehen.

78 Das ist, grob gesagt, der jährliche Kongress der Professoren und Habilitierten des Öffentlichen Rechts im deutschen Sprachraum.

79 Konrad Hesse, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 39 (1980), S. 207 f. Thema der Diskussion war: Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen.

80 Siehe schon § 15c Rn. 11–16.

81 Nebenbei: Disziplin kommt wirklich von lateinisch *discipulus* = der Schüler.

Das Gleiche gilt für das Gebot der **Textnähe**, denn damit ist gemeint: Nähe zu den **autoritativen** Texten, zu der – wenn man so will – Primärliteratur des Rechts statt zu den Metatexten, die daran anschließen. In der deutschen Jurisprudenz besteht demgegenüber oft die Neigung – und dies besonders im Verfassungsrecht – die juristische Sekundär- oder gar Tertiärliteratur für den maßgeblichen Text zu halten – und sich an ihm dann mühsam abzuarbeiten.

Beispiel 1. Der autoritative Text des § 1 Abs. 7 BauGB lautet: „Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen.“ Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu – ohne dass der konkrete Fall dies erforderte – eine komplizierte „Planungsfehlerlehre“ entworfen (= Sekundärliteratur), die sodann von der Rechtslehre aufgegriffen wurde (= Tertiärliteratur) und seither so „durchgeprüft“ wird, als sei sie das Gesetz. Dass es dabei immer wieder knirscht, ist kein Wunder. Würde man beim Gesetzestext bleiben, würde sich im Lauf der Zeit eine Kasuistik der „dicken Hunde“ ergeben, in denen dieses Abwägungsgebot eindeutig verletzt wurde (Korruption,⁸² Schweinemästerei neben Wohnbebauung⁸³ etc.) – und es sollten, wegen der Planungshoheit der Gemeinde, auch nur solche Fälle gerichtlich gerügt werden.

Ich nenne dies die „Dicker-Hund-Theorie“⁸⁴ Die Engländer sagen: *We will cross that bridge when we come to it.*

Beispiel 2. Im Hinblick auf die rechtliche Zulässigkeit behördlicher Warnungen vor gefährlichen Produkten (Weine, Sekte) und gefährlichen Religionen („Jugendsektten“) gab es eine jahrelange, höchst diffizile Diskussion um den richtigen Begriff vom „Eingriff“ – gemeint: Eingriff in Grundrechte.⁸⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Streit mit Recht beiseite gewischt: Der Begriff „Eingriff“ ist im Grundgesetz, als dem Primärtext, keineswegs zentral. Das Gesetz spricht nur ein einziges Mal davon, dass in ein Grundrecht „eingegriffen“ werden darf, nämlich in Art. 2 Abs. 2 GG (Leben, körperliche Unversehrtheit, Fortbewegungsfreiheit), im Übrigen ist von „einschränken“ die Rede. Deshalb im Ergebnis richtig, wenngleich im Ton etwas rüde:

„Das Grundgesetz hat den Schutz vor Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht an den Begriff des Eingriffs gebunden oder diesen inhaltlich vorgegeben. Die genannten Äußerungen [d.h. Warnungen] hatten in Bezug auf die Beschwerdeführer eine mittelbar faktische Wirkung. Als Beeinträchtigungen des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sind aber auch sie von Verfassung wegen nur dann nicht zu beanstanden, wenn sie sich verfassungsrechtlich hinreichend rechtfertigen lassen.“⁸⁶

⁸² Dies war offenbar der Hintergrund der berühmten Entscheidung BVerwGE 45, 309 (320) – Flachglas (1974); dazu schon § 28 Rn. 11.

⁸³ BVerwGE 52, 122 – Schweinemäster (1977); dazu schon § 17 Rn. 16–39 (17).

⁸⁴ Siehe § 15a Rn. 72, § 18 Rn. 34–38; speziell für das Bauplanungsrecht: Joachim Lege, Abkehr von der „sog. Abwägungsfehlerlehre“? in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2015, S. 361–374 (365, 373f.).

⁸⁵ Mein Beitrag dazu: Joachim Lege, Nochmals: Staatliche Warnungen, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVB) 1999, S. 569–578.

⁸⁶ BVerfGE 105, 279 (300 f.) – Osho (2002). Die Osho-Sekte des Inders Rajneesh Chandra Mohan (auch „Bhagwan“) hatte in den 1970er und 1980er Jahren den größten Zulauf, die Mitglieder waren an ihrer roten Kleidung und einer hölzernen Halskette („Mala“) zu erkennen.

b) Insbesondere: Die sogenannten „Obersätze“ der obersten Gerichte

- 56 Besonders wichtig hervorzuheben ist: Auch die sogenannten „Obersätze“ der höchsten und höchsten Gerichte (Oberlandesgerichte, Oberverwaltungsgerichte, Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht etc.) sind gerade **nicht der Text, um den es wirklich geht** – und gehen sollte. Wirklich rechtlich bindend ist allein der Text des jeweiligen Gesetzes, er allein ist der *autoritative* Text, an den das Gericht und alle Rechtsunterworfenen gebunden sind (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG). Die sogenannten „Obersätze“ der Gerichte sind nichts anderes als Interpretationen dieses Textes, wenn man so will: Sekundärliteratur. Oder methodologisch korrekt: Die sogenannten „Obersätze“ der Gerichte sind **dogmatische Sätze**, sie enthalten die Dogmen (= Rechtsmeinungen) der Gerichte.⁸⁷ Sie sind also nicht selbst schon „Rechtssätze“⁸⁸ oder gar „Rechtsquellen“, kurz: nicht schon selbst das geltende Recht.⁸⁹

- 57 Ein Beispiel, es geht um die Abgrenzung von (Mit-)Täterschaft und bloßer Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) im Strafrecht (Hervorhebung J.L.):

„Im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB gemeinschaftlich handelt, wer einen eigenen Tatbeitrag leistet und diesen so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Mittäterschaft erfordert dabei nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen selbst, ebenso wenig eine Anwesenheit am Tatort; ausreichen kann vielmehr ein die Tatbestandsverwirklichung fördender Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungsaktion beschränkt. Stets muss sich die objektiv aus einem wesentlichen Tatbeitrag bestehende Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligenden als Teil der Tätigkeit aller darstellen. Ob danach fremde Tatbeiträge gemäß § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen sind, ist aufgrund einer **wertenden Gesamtbetrachtung** aller festgestellten Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Dabei sind die maßgeblichen Kriterien der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betreffenden abhängen.“⁹⁰

An diesen „Obersätzen“ ist zweierlei gefährlich:

aa) Obersätze und „Obersätze“

- 58 Erstens: dass man sie „Obersätze“ nennt. Im Sinn der Logik ist der *Obersatz* die allgemeine Prämissen („Alle Menschen sind sterblich“), die besondere Prämissen („Sokrates ist ein Mensch“) demgemäß der *Untersatz*. Das, was „Menschen“ als solche kennzeich-

⁸⁷ Zustimmend die Vorsitzende Richterin am BGH Gabriele Cirener auf der Tagung der IVR (Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) in Bayreuth am 26.09.2024. Ihr Vortrag mit dem Titel „Methoden des BGH in Strafsachen“ ist mittlerweile erschienen im Tagungsband: Carsten Bäcker (Hrsg.), Methoden des Rechts, Stuttgart 2025, S. 155-160.

⁸⁸ Nach dem ganz herrschenden Sprachgebrauch sind dies Sätze, die von der hierzu befugten rechsetzenden Instanz erlassen werden und unmittelbar aussagen, was als Recht gilt, zum Beispiel in § 211 StGB: „Wer einen anderen Menschen heimtückisch tötet, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.“ Grob gesagt: Rechtssätze enthalten unmittelbar das geltende Recht. (Erwähnenswert aber: Bei Hans Kelsen ist der Sprachgebrauch ein anderer.)

⁸⁹ Zumindest missverständlich daher Jörg Eisele, Anmerkung zu BGH NStZ-RR 2023, 169 – Postjacke – (Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport), in: JuS 2023, 793 (794) (Juristische Schullung): „Sodann ist – und dies gilt gerade auch für Prüfungsarbeiten – der Sachverhalt präzise unter die Kriterien der Rechtsprechung zu subsumieren.“

⁹⁰ BGH NStZ-RR 2023, 169 – Postjacke; zum Sachverhalt siehe Fn. 104.

net, so dass man Sokrates darunter subsumieren kann („haben zwei Beine und können sprechen“), ist also nicht der Obersatz, sondern nur die Definition eines seiner Merkmale. Demgemäß lautet denn auch das Grobschema, das man den Studenten zum Gutachtenstil einbläut, zumeist:

Obersatz – Definition – Subsumtion – Ergebnis.⁹¹

In *diesem* Schema sind die „Obersätze der Gerichte“ also gerade nicht der Obersatz, sondern *Definitionen* von Bestandteilen des Obersatzes⁹². Warum muss man die Studenten, mehr noch: die juristische Sprache derart verwirren?

Dass Äquivokationen leicht missbraucht werden können, haben wir gezeigt (Rn. 26–38). Und es gibt in der akademischen Rechtswissenschaft wirklich Kollegen, die die Obersätze der Gerichte für Rechtssätze halten!

bb) Intensionale Überdetermination („wir texten uns zu“)

Gefährlich ist zweitens: Die „Obersätze“ sind viel zu lang – wohl weil das Obergericht mit ihnen alle denkbaren Fälle erfassen will. Eben deshalb werden die „Obersätze“ dann auch von den Anwälten und den Studenten⁹³ gern in ganzer Breite per *copy and paste* in die Klausur oder in den Schriftsatz hineinkopiert – in durchaus berechtigter Furcht, sonst etwas Entscheidendes zu übersehen. Paradoixerweise führt dieses Sich-auspowern bei der abstrakten Bestimmung des Begriffs (Fachausdruck: Begriffsinhalt oder Intension⁹⁴) dann aber dazu, dass Student oder Anwalt bei der Würdigung des konkreten Falls – auf die es doch ankommt – nur noch formel- und bruchstückhaft „abliefer^t“.⁹⁵

59

Also etwa (erfundenes Beispiel): „A hat den B zum Tatort gefahren. Darin liegt ein/kein eigener Tatbeitrag, der sich so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung des B und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des Tatanteils des A erscheint.“

Man findet hier also das, was wir auch schon im Baurecht bei der Abwägungsfehlerlehre beobachtet haben (§ 15a Rn. 61): eine „intensionale Überdetermination“, die genau das verhindert, was sie vermutlich erreichen will: dem konkreten Fall gerecht zu werden.

91 Es ist sogar noch schlimmer: In diesem Kontext wird als „Obersatz“ generell der Einleitungssatz des Gutachtens bezeichnet – und dann wird insoweit durchaus Unterschiedliches vorgeschlagen. Zum Beispiel <https://jurcase.com/der-juristische-gutachtenstil/>: „A könnte einen Anspruch auf Zahlung von 3000 € gegen B aus dem Kaufvertrag über den PKW gemäß § 433 Abs. 2 BGB haben.“

92 Anders <https://www.juracademy.de/recht-praktisch/article/obersatz-strafrechtsklausur>: „A könnte sich gem. § 242 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Uhr des B in seine Hosentasche steckte“ – wo zugleich dezidiert als falsch gebrandmarkt wird: „A könnte sich gem. § 242 StGB strafbar gemacht haben, indem er eine fremde bewegliche Sache wegnahm.“

93 Ganz sparsam hingegen der Obersatz bei <https://www.juraindividuell.de/blog/gutachtenstil-in-kl-usr-und-hausarbeit/>: „A könnte sich der Sachbeschädigung gemäß § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.“ – Alle Aufrufe zuletzt am 25.3.2025.

94 Im Vollständigen Juristischen Syllogismus – VJS, dazu § 8 – ist es der zweite der fünf Sätze.

95 ... und den Staatsanwälten und den unteren Instanzen ...

96 Dazu § 9 Rn. 22–24, § 15a Rn. 5 und 49 f.; zum Gebot intensionaler Zurückhaltung im Rahmen einer Ethik der Interpretation autoritativer Texte: § 15c Rn. 82.

97 Dies jedenfalls der Eindruck vieler Praktiker.

Anders gewendet: Wir texten uns mit Meta-Texten zu.⁹⁶ Dadurch geraten sowohl der autoritative Text („das Gesetz“⁹⁷) als auch der Fall aus dem Blick.⁹⁸

cc) „Wertende Gesamtbetrachtung“ (um vor lauter Bäumen den Wald zu erkennen)?

- 60 Hinzu kommt: Der lange, detaillierte Meta-Text kann dazu führen, dass man das Ganze gerade nicht mehr erfasst – man sieht den Wald vor lauter Bäumen nicht. Aus diesem Grund soll es dann etwa, um beim Beispiel von Täterschaft und Teilnahme zu bleiben, am Ende auf eine „wertende Gesamtbetrachtung“⁹⁹ ankommen. Führt man sich nun vor Augen, wie (1) *zahlreich* die im oben zitierten „Obersatz“ aufgeführten Aspekte sind und (2) wie *unscharf* manche Formulierung ...

„nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen“, „ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag“, „Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens [?] der Wille dazu [??]“

... so wird man schon dies nicht gerade für ein Muster an Rechtssicherheit halten können. Wie sollen dann aber diese vielen Vagheiten durch eine „wertende Gesamtbetrachtung“ zu einem „bestimmteren“ Begriff werden? Es ist sehr zu bezweifeln, dass eine solche „Methode“ dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt. (Er hat, dies für die Nicht-Juristen, als Teil des Rechtsstaatsprinzips Verfassungsrang.)

dd) Ein Plädoyer für schöne Untersätze

- 61 Methodisch sauber wäre daher, wie folgt zu verfahren¹⁰⁰: Man nehme als Einstieg den autoritativen Text des Gesetzes und seine – kurze! – dogmatische Erläuterung. Also etwa:

„Mittäter ist, wer die Tat gemeinschaftlich mit einem anderen begeht (§ 25 Abs. 2 StGB). Dies setzt einen gemeinsamen Tatplan und eine gemeinsame Tatausführung voraus.“

96 Siehe auch schon § 15a Rn. 47.

97 Ich gebe allerdings zu, dass das Gesetz auf den ersten Blick nicht viel hergibt. § 25 Abs. 2 StGB lautet: „Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).“ Im Kontrast dazu § 27 Abs. 1: „Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.“ Aber mir fällt jetzt auf: Ich würde mich zur Abgrenzung auf den Begriff „Hilfe leisten“ stürzen – und frage mich, warum der BGH dies so wenig tut. Das verengt den Blick, meist wohl zu Lasten des Angeklagten. – Zu den *biases* der Wahrnehmung s. § 35 III-V.

98 Kritisch – und deutsch-französisch rechtsvergleichend – zur Obersatz-Technik und zu den immer längeren Entscheidungen auch *Claud Dieter Classen*, Der Richter zwischen Dialog und Entscheidung, in: JZ 2015, 581-588 (585).

99 Beliebt aber auch im Verfassungsrecht, aktuell: BVerfG, Urteil vom 15.07.2025 – 2 BvR 508/21 – US-Drohneneinsätze im Jemen von Ramstein aus: viel Obersatz, viel *obiter dictum* (Rn. 47-49, auch schon § 11 Rn. 16, § 14 Rn. 57 f.) – und am Ende die „wertende Gesamtbetrachtung“ in acht von 161 Absätzen (Rn. 152-159) mit dem Ergebnis: All dies liegt in diesem Fall jedenfalls nicht vor.

100 Das Ganze erinnert wohl nicht zufällig auch an das Epicheirema (vollständiger rhetorischer Syllogismus) die antiken Gerichtsreden, s.o. § 2 Rn. 21-22.

Darauf folgt die Würdigung des Sachverhalts im Hinblick auf diesen Obersatz (und dessen Erläuterung) mit „Untersätzen“¹⁰¹, die sich *wirklich konkret*¹⁰² auf die Extension (den Umfang) des Begriffs beziehen. Also etwa:

„Wenn nur einer der beiden Beteiligten davon ausgeht, der andere werde ihm bei drohender Festnahme durch die Polizei mit der Waffe ‚Schützenhilfe‘ leisten, fehlt es an einem *gemeinsamen* Tatplan.“¹⁰³

„Wer bei Planung und Durchführung der Tat von Anfang bis Ende dabei ist und nicht unwesentliche Beiträge liefert (z.B. Chauffeurdienst und Zurverfügungstellung einer Postuniform), ist Teil einer *gemeinsamen* Tatausführung.“¹⁰⁴

Da käme im Lauf der Zeit doch eine schöne Kasuistik heraus (vgl. § 15a Rn. 65–67)!

Und man sollte wohl auch die Fähigkeit der unteren Instanzen und überhaupt der Menschen zur Analogiebildung¹⁰⁵ im Bereich des Begriffsumfangs (Extension) nicht unterschätzen. Wenn es in der Bibel heißt:

„Du sollst dem Ochsen, der da drischt, nicht das Maul verbinden“¹⁰⁶ (damit er kein Getreidekorn für sich selbst abzweigt), ...

... dann kann jeder daraus leicht den „Obersatz“ bilden: Wer die Arbeit tut, wer brav seinen Dienst verrichtet, dem gegenüber soll man man nicht kleinlich sein. Wenn also ein Polizeibeamter sein Dienstfahrzeug aus Versehen mit Super statt Diesel betankt (was den Motor stark schädigt), dann sollte sein Dienstherr – z.B. das Land Mecklenburg-Vorpommern – ihn nur dann auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, wenn der Polizist äußerst nachlässig gehandelt hat.¹⁰⁷

62

101 Es wären natürlich keine echten Untersätze im Sinn der Logik, sondern Erläuterungen des entscheidenden Untersatzes im Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS), der z.B. lauten könnte: „A hat die Tat *nicht* gemeinschaftlich mit dem B begangen.“

102 Gemeint ist also nicht der Schwurbelbegriff „Konkretisierung“ (§ 15c Rn. 4–28), sondern das, was im konkreten Fall „zusammenwächst“: der SINNZUSAMMENHANG des Rechts mit den sonstigen SINNZUSAMMENHÄNGEN des Sachverhalts (vgl. § 24).

103 Vgl. den Fall BGHSt 37, 289 – Hafturlauber/Heckenfall (1991) (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen Band, Seite). Konkret hatte sich der Angeklagte bei der drohenden Verhaftung nicht an den Schüssen auf die Polizisten beteiligt, sondern sich mit erhobenen Händen rücklings in die Hecke fallen lassen. Der BGH hat ihn in seiner „wertenden Betrachtung“ dennoch als Mittäter, nicht nur als Gehilfen angesehen.

104 BGH NSIZ-RR 2023, 169 – Postjacke; es ist der Fall, aus dem unser Obersatz-Beispiel stammt (s.o. bei Fußn. 90). Hier hatte der Angeklagte seinem Mittäter den Tipp zur Tat gegeben, einige Gehilfen vermittelte, ein Auto gemietet, die Bande zum Tatort gefahren, dem Täter seine Postjacke geliehen, damit das Opfer ihn in die Wohnung lässt (eine Frau, die ausgeraubt werden sollte), und die Bande auch wieder fortchauffiert.

105 Zu deren logischer Struktur § 16 Rn. 33–35, Prüfschema Rn. 37–40.

106 5. Buch Mose (Deuteronomion) Kapitel 25, Vers 4. „Dreschen“ bedeutet: die Getreidekörner aus den Ähren herausquetschen, hier: indem der Ochse drauftritt.

107 Bedenklich daher BVerwG, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsbericht (NVwZ-RR) 2017, 546: Erst wird gesagt, der Polizist hafte nur dann, wenn sein Fehlverhalten „schlechthin unentschuldbar“ war, sodann, er habe „Verhaltenspflichten missachtet, die jedem Kraftfahrzeugführer beim Betreten eines Kraftfahrzeugs ohne Weiteres einleuchten. Umstände, die Anlass geben könnten, im konkreten Fall den Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht ausnahmsweise anders zu bewerten, hat das VG nicht festgestellt“ (Rn. 14, 16). Das scheint mir zu verkennen, dass man für ein „unentschuldbares“ Fehlverhalten ein bisschen mehr wissen müsste. – Noch krasser OVG (Oberverwaltungsgericht) Koblenz, in: NVwZ-RR 2004, 366 (367). Der Polizist hatte vorgebracht, der hochwertige Mercedes habe sich „weder im Fahrverhalten noch von den Fahrgeräuschen her von einem benzinbetriebenen Wagen

* * *

In diesem Sinn weiter mit dem ersten Gebot juristischer Gelungenheit: dem Gebot der Sachnähe!

c) „Kontextualisierung“ und Narrativität

- 63 Die beiden Gebote der Fallnähe und der Textnähe kommen gewissermaßen unter neuer Betonung zusammen in der Forderung nach „mehr Kontextualisierung“, so wie sie vor allem von Oliver Lepsius in den Diskurs eingeführt wurde.¹⁰⁸ Zu ihr haben wir im Kontext der Verfassungsinterpretation schon Stellung bezogen und insbesondere ihrer Kritik an der „Maßstab-Methode“ des Bundesverfassungsgerichts¹⁰⁹ uneingeschränkt zugestimmt.
- Wir haben diese Methode darüberhinaus als Patchwork-Dogmatik charakterisiert (§ 15a Rn. 42).
- 64 Deshalb soll hier lediglich der zusätzliche Aspekt betont werden, den das Stichwort „Kontextualisierung“ dem Gebot der Sachnähe hinzufügt: Es ist die doppelte **Geschichtlichkeit** des Falls (in seinen „Fallreihen“¹¹⁰) und des Textes (in seinen zeitgebundenen Interpretationen). Deshalb sollten wir diese Geschichten vielleicht im wahrsten Sinn des Wortes *besser erzählen* – ich selbst habe mich immer darum bemüht¹¹¹ (siehe auch oben die *story* zur Notarhaftung¹¹² und sogleich die *story* zu den Windkraft-GmbHs¹¹³). Kurz: Der Jurisprudenz würde etwas mehr **Narrativität** (Erzählkunst) gut tun – an Stelle der beliebten Zitat-Kombinatorik (Patchwork-Dogmatik¹¹⁴).

Bereits erwähnt habe ich (§ 30 Rn. 1) den Spielberg-Film „Amistad“. Darin geht es um die Herausgabe eines spanischen Schiffs samt seiner Ladung, bestehend aus afrikanischen Sklaven, an die spanische Krone. Die Sklaven – mit dem Schiff in die USA gelangt – wehren sich dagegen vor Gericht, und ihr Anwalt sagt: „Vor Gericht gewinnt immer derjenige, der die bessere Geschichte erzählt“.¹¹⁵

[unterschieden]“. Das Gericht hat dies als erschwerend gewertet! – In Erinnerung ist mir des Weiteren ein Fall, in dem der Polizist sich an der Tanke von einem Bürger in ein Gespräch verwickeln ließ und deshalb abgelenkt war. Auch ihn ließ das Gericht für den Schaden haften.

108 Oliver Lepsius, *Kontextualisierung als Aufgabe* der Rechtswissenschaft, in: JZ 2019, 793–802.

109 Oliver Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger: *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, S. 159–281.

110 Der Begriff stammt von Jan Schapp, *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*, Tübingen 1983, S. 9–11 et passim (Latein für: und durchgehend).

111 Vom Titel her vielleicht am deutlichsten: Joachim Lege, 30 Jahre Nassauskiesung. Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat, in: JZ 2011, S. 1084–1091.

112 Rn. 28–40; kleine Fortsetzung sogleich Rn. 66.

113 Rn. 67–75.

114 Besonders ausgeprägt beim BVerfG, siehe § 15a Rn. 31–36, 42.

115 Und das sind die Sklaven mit ihrer ganzen Geschichte: Wie sie in Afrika gewaltsam erbeutet, wie sie per Schiff über den Atlantik transportiert, wie sie auf Kuba verkauft werden; wie sie sich dann auf dem Schiff, das sie weitertransportieren soll, befreien können und Kurs auf die USA nahmen. – Der Film beruht auf den realen Amistad-Prozessen des Jahres 1839. – „Afrikanische Sklaven“ ist ungenau: Die Afrikaner waren in Afrika „erbeutet“ worden und sollten in die Sklaverei verkauft werden – rechtlich war dies, jedenfalls nach Ansicht des Supreme Court (40 U.S. 518 [593]), noch nicht wirksam geschehen: „If then, these negroes are not slaves, but are kidnapped Africans, who, by the laws of Spain itself, are

2. Das Gebot der Vollständigkeit

Ein weiteres Gebot der Gelungenheit ist das Gebot der Vollständigkeit: Nur die relevanten Gesichtspunkte, aber auch *alle* relevanten Gesichtspunkte müssen in der Entscheidung beachtet und genannt werden, vor allem auch die Gegengründe: *audiatur et alters pars*.¹¹⁶ Und natürlich muss, wenn zitiert wird, auch vollständig zitiert werden.

65

a) Sünde Nr. 1: Unvollständige Zitate – Notare sind auch nur Menschen (Reprise)

Verstöße gegen dieses einfach-handwerkliche Gebot (Handwerk durchaus noch im Sinn von *banausía*, nicht schon von *téchne*) sind gar nicht so selten. Als besonders hübsches Beispiel können wir den Fall der Notarhaftung aufgreifen, den wir oben ausführlich analysiert hatten (§ 34 Rn. 28–40). Dort hatte der BGH ja zu Gunsten des Notars formuliert:

66

„Es ist keineswegs unsozial, wenn die Personen, die einen notariellen Vertrag geschlossen haben, gehalten sind, ihr bestes zu tun, um einen Schaden abzuwenden, der durch ein normales menschliches Versagen eines Notars entstehen kann [Hervorhebung J.L.]“¹¹⁷

Dieser Satz wird – wörtlich und zustimmend – auch heute noch im Beck-Online-Kommentar zur Bundesnotarordnung zitiert.¹¹⁸ Ausgelassen wird lediglich – ohne die Ausslassung kenntlich zu machen (!) – das Wort „menschliches“. Es wäre dann doch zu peinlich.

b) Sünde Nr. 2: Unvollständig abgearbeitete Gesetze – die Windkraft-GmbHs

Durchaus bedenklich ist es auch, wenn in einer Entscheidung die Gesetze unvollständig abgearbeitet werden – vor allem, wenn dies bewusst erfolgt. In diesem Verdacht steht eine neuere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG: die Entscheidung „Windkraft-GmbHs“. Gegenstand war ein irreführend so bezeichnetes „Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz“ des Landes Mecklenburg-Vorpommern (M-V).¹¹⁹ Es schrieb und schreibt vor, dass im Land M-V erstens Windkraftanlagen nur in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) betrieben werden dürfen. Zweitens müssen zwanzig Prozent der Gesellschafteranteile an die ortsansässige Bevölkerung und die betroffenen Gemeinden verkauft werden. Dadurch soll in der Bevölkerung die Akzeptanz der Windkraft gestärkt werden.¹²⁰

67

* * *

entitled to their freedom, and were kidnapped and illegally carried to Cuba, and illegally detained and restrained on board of the Amistad; there is no pretence to say, that they are pirates or robbers.“

¹¹⁶ Wörtlich: Auch die andere Partei muss gehört werden. – In gewisser Weise ist dieser Satz der allererste Grundsatz des Gebotes der Vollständigkeit.

¹¹⁷ BGH NJW 1974, 639 (640).

¹¹⁸ Sabine Schramm, in: Eschwey, BeckOK BNotO, 9. Edition, Stand 01.02.2024, § 19 Rn. 150.

¹¹⁹ Gesetz vom 27.5.2016, GVOBl. M-V 2016, 258 (Gesetz- und Verordnungsblatt Mecklenburg-Vorpommern). Amtliche Abkürzung des Gesetzes: BüGembeteilG M-V.

¹²⁰ Gesetzentwurf der Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern, Landtags-Drucksache 6/4568, S. 1, 2, 23 und öfter.

- 68 Das Ganze ist verfassungsrechtlich problematisch, wenn man das Windkraft-Gesetz an Art. 14 GG misst:

Es könnte sich nämlich um eine Enteignung handeln: Den Gründern der GmbH werden Gesellschafteranteile entzogen, und die Anteile werden auf andere Personen zu deren Nutzung¹²¹ übertragen. Eine Enteignung aber ist nur zulässig „zum Wohle der Allgemeinheit“ (Art. 14 Abs. 3 GG) – und ob die Schaffung politischer Akzeptanz ein hinreichend konkretes Gemeinwohlprojekt im Sinn dieser Vorschrift ist, das muss man sehr bezweifeln.¹²² Selbst wenn man nicht von einer Enteignung ausgeht, könnte das Gesetz eine Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums sein (Art. 14 Abs. 1 Satz 2) – weil, wie in einem wirklich berühmten Präjudiz, die Entstehung des GmbH-Eigentums von vornherein damit belastet ist, einen Teil des gerade erst entstandenen Eigentums auf andere zu übertragen.

Im Präjudiz ging es um die Pflichtexemplare von Druckwerken, die man als Verleger an die Landesbibliothek abzuführen hatte.¹²³

- 69 Auf beide Aspekte war das Gericht vor seiner Entscheidung rechtzeitig hingewiesen worden.¹²⁴ Deshalb muss man es schon als eine lückenhafte Argumentation bezeichnen, wenn es in dem nach langer Zeit¹²⁵ gefällten Urteil¹²⁶ lediglich heißt:

„[162] Die angegriffenen Regelungen greifen daneben nicht in Art. 14 Abs. 1 GG ein.

[163] Art. 12 Abs. 1 GG verdrängt als das sachnähtere Grundrecht Art. 14 Abs. 1 GG, wenn ein Akt der öffentlichen Gewalt eher in die Freiheit der individuellen Erwerbs- und Leistungsfähigkeit eingreift und weniger die Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter begrenzt (vgl. BVerfGE 84, 133 <157>; 85, 360 <383>).

[164] So liegt es hier. Die Beschwerdeführerin möchte in Mecklenburg-Vorpommern Windenergieanlagen errichten und betreiben, ohne hierfür eine Projektgesellschaft gründen und Anwohner sowie Standortgemeinden an derselben gesellschaftsrechtlich oder wirtschaftlich beteiligen zu müssen. Art. 14 GG ist dafür kein Prüfungsmaßstab. Das gilt insbesondere auch insoweit, als die Vorhabenträger den Standortgemeinden gegen ihren Willen [!] Anteile an der Projektgesellschaft veräußern [!] müssen,¹²⁷ wenn diese dem Alternativangebot zur Zahlung einer Abgabe ihre Zustimmung verweigern (§ 10 Abs. 7 Satz 2 BüGembeteilG). Darin liegt keine Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG, weil der Staat nicht gezielt auf Anteile einzelner Vorhabenträger an Projektgesellschaften zugreift, um mit diesen Anteilen bestimmte öffentliche Aufgaben

121 Ein wenig Rechtstechnik: „Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt“ (§ 100 BGB). „Früchte“ sind daher z.B. auch Zinsen (§ 101 Ziff. 2 BGB).

122 Joachim Lege, Enteignung zwecks Beschaffung politischer Akzeptanz? Zur erzwungenen „Bürgerbeteiligung“ an Windkraftanlagen, in: NWZ 2019, 1000–1005.

123 BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplar (1981).

124 Lege, Windkraftanlagen (Fn. 122).

125 Die Verfassungsbeschwerde wurde im Jahr 2017 erhoben, erst im Jahr 2022 wurde über sie entschieden. Erklärung: Das BVerfG hat zunächst mit voller Breitseite dem Klimaschutz auf Verfassungsebene eine Art höchste Priorität zugeschrieben – BVerfGE 157, 30 aus dem Jahr 2021 – und dann, sozusagen in dessen Windschatten, das „BüGembeteilG M–V“ als Nachhut durchgewinkt. Das soll so strategisch klingen, wie es klingt (altgriechisch *stratégia* ist die Heeresführungskunst).

126 BVerfGE 161, 63 – Windenergie-Beteiligungsgesellschaften (2022).

127 Also: ein klarer „Zwangskauf“ (= Enteignung).

erfüllen zu können (vgl. BVerfGE 101, 239 <259>; 104, 1 <10 f.>; zum eigentumsrechtlichen Schutz von Anteilseigentum BVerfGE 50, 290 <341 ff.>; 132, 99 <119 Rn. 52>).“

Kein Wort, wie man sieht, zur Inhalts- und Schrankenbestimmung.

* * *

Man kann sogar eine noch erheblich längere Liste der Unvollständigkeiten erstellen:

70

Erstens. Die Begründung, dass in diesem Fall das schwächere, weil leichter einschränkbare Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG „sachnäher“ ist als das Eigentum, ist reichlich dünn (auch in Absatz [43], wo der Schutzbereich des Art. 12 GG bejaht wird, findet sich nicht mehr an Substanz). Auch dass ein schwächeres Grundrecht ein stärkeres „verdrängt“, wenn dieses „weniger“ betroffen ist, schmeckt merkwürdig (und wird auch nur mit zwei „vgl.“-Nachweisen gestützt).

Nach einfacher und eingängiger Formel schützt Art. 12 GG den Erwerb, Art. 14 GG das Erworbene. In diesem Fall sind die Windkraft-GmbH-Anteile gerade schon mit Gründung der Gesellschaft „erworben“ – wie man mit ihnen auf welche Weise Geld „erwirbt“, folgt dem nach. Wie wäre es, wenn z.B. Banken von den Grundstücken, auf denen sie ihre Geschäfte betreiben, 20 Prozent als Miteigentumsanteile an die ortsansässige Bevölkerung und die Gemeinden verkaufen müssten, um diese „an der Konjunktur zu beteiligen“¹²⁸ und dadurch die Akzeptanz der Boden- und Finanzpolitik zu steigern?¹²⁹

Zweitens. Überhaupt nichts findet sich zur ebenfalls einschlägigen negativen Vereinigungsfreiheit („ich will keine Gesellschaft gründen müssen ...“) aus Art. 9 Abs. 1 GG.

71

c) Sünde Nr. 3: Selektive Auswertung des Sachverhalts

72

Drittens (das geht jetzt ins Detail und leitet über zur selektiven Auswertung des Sachverhalts): Was die Steigerung der Akzeptanz in der Bevölkerung angeht, so verweist das Gericht auf eine Umfrage, die ein Meinungsforschungsinstitut im Auftrag der Landesregierung M-V in M-V durchgeführt hatte, und auf eine bundesweite telefonische Umfrage. Zur ersten (übrigens ebenfalls telefonischen) Umfrage führt das Gericht aus:

„[113] So befürworteten bei einer im Auftrag der Landesregierung in Mecklenburg-Vorpommern im Jahr 2015 durch das Meinungsforschungsinstitut TNS Emnid durchgeführten Befragung (Repräsentative Bevölkerungsbefragung in Mecklenburg-Vorpommern zum Thema Windkraft, November 2015) rund drei Viertel der Befragten die Möglichkeit einer finanziellen Teilhabe von Anwohnern und Standortgemeinden an neuen Windparks als gute oder sogar sehr gute Maßnahme.“

128 Die Formulierung stammt aus einem ganz anderem Bereich, nämlich aus dem Besonderen Staatshaftungsrecht, siehe Joachim Lege, Baurecht auf Zeit und Planungsschadensrecht. Hat der Eigentümer Anspruch auf Teilhabe an der Konjunktur?, in: Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2007, S. 97–102.

129 Und wie wäre es, wenn Bundesverfassungsrichter Grundstücke nur noch mit einer Reallast zu Gunsten eines Klimaschutzfonds erwerben dürften – um die politische Akzeptanz ihrer Klimaschutz-Rechtsprechung zu erhöhen? Wäre auch dies nur eine Berufsausübungsregelung?

§ 34 Juristische Ästhetik II: Kriterien juristischer Gelungenheit

Schaut man sich das *framing* (dazu § 35 Rn. 49) der Umfrage genauer an, findet man in der Bevölkerung freilich weniger Enthusiasmus. So liest man in einer damaligen Zusammenfassung¹³⁰ als Einstellung zur Windenergie zunächst allgemein:

„Windenergieanlagen (WEA) an Land sollen nach Meinung von 41 % der Befragten im Rahmen der Energiewende bevorzugt ausgebaut werden. Im Vergleich zu den anderen abgefragten Energieformen, schneidet die Windenergie am schlechtesten ab.“

- 73 Die unmittelbar-erste Frage nach einer Akzeptanzsteigerung lautete sodann¹³¹ (Hervorhebungen J.L.):

„Wenn Sie vom Bau von Windkraftanlagen in Ihrer unmittelbaren Nachbarschaft **profitieren** würden, **z.B. durch** verbilligten Strom, durch direkte **Beteiligung** an der Anlage **oder** durch sonstige **finanzielle Vorteile**: Würden Sie solche Anlagen dann in Ihrer unmittelbaren Nachbarschaft **eher akzeptieren**?“

Diese Frage wurde von nur **51 Prozent** der Befragten bejaht („würde eher akzeptieren“).

Umso erstaunlicher auf den ersten Blick der Stimmungswandel zur nächsten Frage:

„Finden Sie es richtig, wenn Bürger und Gemeinden, die in der Nähe eines Windparks wohnen bzw. sind, ein Angebot für eine finanzielle Beteiligung an diesem Windpark bekommen?“

Dies fanden – nicht für sich persönlich, sondern ganz abstrakt – 74 Prozent „richtig“. Und bei der Anschlussfrage (mit ihr war „die Katze aus dem Sack“) hielten sogar 77 Prozent das geplante neue Gesetz für eine gute oder gar sehr gute Idee. Allerdings wird bei diesem *framing* die vom BVerfG zitierte Zustimmung von „rund drei Viertel der Befragten [zur] Möglichkeit einer finanziellen Teilhabe“ doch stark relativiert. Grob gesagt: Es sind dann nur 51 Prozent von jenen drei Vierteln, macht **38 Prozent**.

Der Rest wird sich gedacht haben: Na gut, vielleicht erhöht es die Akzeptanz wenn schon nicht bei mir, dann vielleicht bei anderen. Da will ich doch kein Spielverderber sein.

- 74 Viertens. Nein, es ist nicht nur gekränkte Eitelkeit: Aber wenn in der Rechtswissenschaft sehr rechtzeitig¹³² und sehr deutlich dafür plädiert wurde, Art. 14 GG als Prüfungsmaßstab heranzuziehen, dann darf man dies nicht einfach verschweigen.

Nein, wirklich nicht.¹³³

¹³⁰ <https://www.fachagentur-windenergie.de/themen/akzeptanz/umfragesynopsen/befragung-mecklenburg-vorpommern-2015/> <04.02.2022>.

¹³¹ https://www.regierung-mv.de/serviceassistant/_php/download.php?datei_id=1571711<07.09.2025>, auch zum Folgenden.

¹³² Ich hatte bei meinem Aufsatz (Fn. 122) die Worte des legendären Verfassungsrechtlers und Richters des Bundesverfassungsgerichts *Konrad Hesse* im Ohr, der mir einmal sagte: „Und hinterher wissen es dann wieder alle besser“. Und natürlich hatte ich den Aufsatz dem Berichterstatter geschickt (nein, es war nicht *Gabriele Britz*, auch wenn sie es war, die das Urteil gleich bei seinem Erscheinen vorsorglich verteidigt hat, der Titel des Aufsatzes lautete: Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2022, 825–834; eigentlich sehr seltsam – dieses Schreiben hoher Richter in eigener Sache).

¹³³ Gut, das Gericht muss nicht jede wissenschaftliche Meinung zitieren. Aber wenn es in der Sache zentral, einigermaßen vertretbar und zudem eine von wenigen Äußerungen ist ...

d) Widerlegung der Gegenargumente

Um die Sache am Ende ins Positive zu wenden: Wirklich gelungen ist eine Begründung erst dann, wenn sie nicht nur Argumente für die eigene Lösung bringt, sondern sich auch mit den Gegenargumenten überzeugend auseinandersetzt und sie im besten Fall nachvollziehbar widerlegt. Erst dann ist dem Gebot der Vollständigkeit Genüge getan.

75

Ohnehin ist es bei der Entscheidungsfindung ratsam, sich intensiv mit den Begründungen des Gegners auseinanderzusetzen. Oft gelangt man gerade dadurch – letztlich per Abduktion (§ 6 III) – zu einer neuen Idee.¹³⁴

3. Das Gebot der Geschlossenheit oder: Der Zauber syllogistischer Begründung

Wir haben uns mit dem Gebot der Vollständigkeit und gelegentlichen Verstößen dagegen recht ausführlich beschäftigt. Umso kürzer darf nun das Gebot der Geschlossenheit behandelt werden. Es besagt, dass nicht nur alles, was relevant ist – und nur was relevant ist –, in die Begründung einfließen muss. Vielmehr muss alles auch derart einander zugeordnet sein, dass der Gedankengang schlüssig und geschlossen erscheint – wir hatten weiter vorn gesagt, dass eben darin der Zauber der Logik liegt. Sie drückt aus – **expressiv!** (§ 33 Rn. 28–31; im Rahmen der allgemeinen Ästhetik: § 31 Rn. 98–99) – dass „drei Begriffe derart je zweimal genannt werden, dass der *Eindruck* entsteht, damit sei alles (Wesentliche) gesagt“¹³⁵.

76

Kurz und gut: Auch aus ästhetischer Sicht ist der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS) ein Gebot guten Handwerks. Beispiele haben wir genannt, so in diesem § 34 Rn. 39–40 (Stichwort Notarhaftung) und in § 33 Rn. 22–24 (Gashahn-Fall), in § 9 Rn. 18 (Sitzblockade) und § 29 Rn. 9–11 (Auslandseinsätze der Bundeswehr). Das muss nicht wiederholt werden.

IIc. Regeln III: Empfehlungen

Eine Stufe höher als Verbote und Gebote – wenn man so will: in der Oberstufe der Kunstregeln – kann man schließlich „Empfehlungen“ ansiedeln, die zu „mehr Gelungenheit“ führen (den Terminus „Ratschläge“, den Reiners verwendet, finde ich weniger schön). Diese Empfehlungen wirken, um einen Vergleich aus der Grundrechtsdogma-

77

¹³⁴ Wenn z.B. die Deutsche Fußball-Liga (DFL) als Veranstalterin der 1. und 2. Fußballbundesliga darauf pocht, ein wichtiges Interesse der *Öffentlichkeit* zu bedienen, weshalb sie die Polizeikosten für sog. Hochrisikospiele nicht tragen müsse – dann kann man auf die Idee kommen, dass sie für diese Kosten, wenn sie ihr denn auferlegt werden, nicht bei den betroffenen Heim-Vereinen Rückgriff nehmen darf: Dies wäre eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, und so viel *öffentliches Recht* (Art. 3 GG) muss die DFL gegen sich gelten lassen, siehe Joachim Lege, Hochrisikospiele und die Gleichheit vor dem Gebührenbescheid. Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 14.01.2025 – 1 BvR 548/22 –, in: Niedersächsische Verwaltungsblätter (NdsVBl.) 2025, 129-131; Joachim Lege, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Polizeikosten bei Fußball-Bundesligaspielen – One size fits all?, in: Juristenzeitung (JZ) 2025, 477-484.

Wie fruchtbar die Auseinandersetzung mit Gegenargumenten ist, zeigen die daran anschließende Erwiderung von Claus Dieter Classen (JZ 2025, 671-673) und mein Schlusswort dazu (JZ 2025, 673-674)..

¹³⁵ So auch schon Lege, Pragmatismus (Fn. 18), S. 384, 600.

tik zu bemühen, nicht in der Art und Weise von *Regeln*, sondern eher wie *Prinzipien* – nicht im Ja/Nein-Modus, sondern im Modus des Mehr oder weniger.

- 78 Nehmen wir etwa die Empfehlung, doppelte Verneinungen zu vermeiden: In der Jurisprudenz sind Wendungen wie „nicht unerheblich“ durchaus gängig und aussagekräftig, etwa um den Grad einer Verletzung oder eine Geruchsbelästigung zu charakterisieren (noch nicht schwer, aber auch nicht zu vernachlässigen). Oder die Empfehlung, im Aktiv statt im Passiv zu formulieren: In einem Urteil würde es merkwürdig wirken, wenn es *nicht* heißt „Der Kläger wurde am ... vom Hund des Beklagten in die Wade gebissen.“ Sonder: „Der Hund des Beklagten biss den Kläger am ... in die Wade.“ Eine Hauptrolle im Prozess spielt nun einmal der Kläger, nicht der Hund.

1. Angemessenheit des Begründungsaufwandes

- 79 In ähnlicher Weise auf Graduelles zielt die Empfehlung, den Begründungsaufwand angemessen zu gestalten: Was „angemessen“ ist, hängt sehr von den Umständen und den Empfängerhorizonten ab, und es ist auch eine Frage der jeweiligen Rechtskultur (in Frankreich sind die Gerichtsurteile erheblich kürzer).

a) Qualität und Quantität

- 80 Was die derzeitige Begründungskultur in Deutschland angeht, wird man sagen können: Die Begründungen sind meistens viel zu lang und kommen trotzdem – oder deshalb? – zu wenig auf den Punkt.

Die vorhin analysierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Windkraft-GmbHs zählt 169 Absätze (viele von ihnen muten an wie ein ins Schema der Verhältnismäßigkeitprüfung gepresster Besinnungsaufsatz zum Klimaschutz). Die Entscheidung zum Braunkohleabbau in Garzweiler¹³⁶ (nebenan liegt Lützerath¹³⁷) umfasst 333 Absätze,¹³⁸ der Beschluss zum Klimaschutz 269,¹³⁹ das Urteil zum NPD-Verbotsverfahren¹⁴⁰ gar 1009 Absätze. Wer soll das alles lesen? Und wieviel Widersprüchliches steht dann darin, wenn man es, wie allzu üblich, im nächsten Fall beim Zitieren aus dem Kontext reißt?

136 BVerfGE 134, 242 – Garzweiler (2013).

137 Der Ort hat im Jahr 2023 durch Proteste von Klima-Aktivisten eine gewisse Bekanntheit erlangt, bevor er dann dem Braunkohlen Tagebau „Garzweiler“ weichen musste.

138 Dazu *Foroud Shirvani*, Eigentumsschutz und Energiepolitik. Die Garzweiler- Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ) 2015, 3–8; etwas abgelegen *Joachim Lege*, Das Garzweiler-Urteil des Bundesverfassungsgerichts – und seine Konsequenzen für den Rechtsschutz in mehrstufigen Verwaltungsverfahren, in: Wertermittlungsforum (WF) 2014, S. 105–111.

139 BVerfGE 157, 30 – Klimaschutz (2021).

140 BVerfGE 144, 20 – NPD-Verbotsverfahren (2017). Der Fairness halber: Auch der alten Entscheidung zum Verbot der Kommunistischen Partei Deutschlands mangelte es nicht an Länge, sie umfasste 309 Seiten: BVerfGE 5, 85 – KPD-Verbot (1956). Allerdings ging es darin mehr um die Auseinandersetzung mit dem Marxismus-Leninismus und dem darauf beruhenden Programm, um Wirken und „Stil“ (!) der KPD, weniger um Vorfälle in Bargischow, Schneeberg und Jamel.

Kurz und gut: Natürlich kann man nicht alles in aller Kürze abhandeln, und manches braucht seine Zeit und seinen Aufwand (zum Beispiel eine Neue Juristische Methodenlehre). Aber oft ist, wie man so sagt, weniger mehr. Anders gewendet: Quantität schlägt nicht immer in Qualität um, eher im Gegenteil.

Im Übrigen ist die Frage, was „Qualität“ – im Sinn von guter und schlechter Qualität – eigentlich *ist*, eine Frage von höchster Schwierigkeit.¹⁴¹ Eben eine Frage der Ästhetik.

b) Je-desto-Formeln

Man wird vielleicht sagen können, dass es zwischen dem Gebot der Vollständigkeit (so eben Rn. 65 ff.) und der Empfehlung, angemessen zu begründen, fließende Übergänge gibt. Dennoch kann man als eher Angemessenheitsempfehlungen einige „Je-desto-Formeln“ festhalten:

- Je umstrittener eine Rechtsfrage ist, auf die es bei der Entscheidung ankommt, desto sorgfältiger muss die Begründung der gewählten Lösung sein.
- Je älter ein Streit ist, desto mehr kann pauschal auf Sekundär- und Tertiärliteratur (Kommentare!) verweisen.
- Je aktueller ein Fall in seiner lebensweltlichen Gestaltung ist, desto mehr Mühe muss auf die Darstellung des Sachverhaltes verwendet werden.
- Ganz generell formuliert: Das Verhältnis von „alt und neu“, von Redundanz und Information muss „stimmen“.

Was, wie wir gesehen haben, ein klassisches Problem der Ästhetik ist (§ 31 Rn. 76–79: „Geschmack“ versus „Genie“).

Der wichtigste Gesichtspunkt ist dann allerdings stets: Das Recht und die Jurisprudenz haben es mit *autoritativen Texten* zu tun – mit Gesetzen, Verordnungen, Verträgen, Verwaltungsakten; mit Gerichtsentscheidungen, wenn man will sogar: mit „herrschenden Meinungen“. Je mehr derjenige, der an diese Texte gebunden ist, von ihrem bis dato als geltend anerkannten Inhalt abweichen will (siehe dazu die Steigerung in den §§ 15 bis 20), desto mehr muss er sich ins Zeug legen.

2. Stilfragen im engeren Sinn

Zur Gelungenheit einer rechtlichen Entscheidung oder überhaupt von Rechtstexten gehört schließlich auch die sprachliche Form.¹⁴² Sie sollte erstens so ausfallen, dass zumindest klar ist, was der Text meint. Zweitens ist es wünschenswert, dass dies dem

¹⁴¹ Einst in einem „Kultbuch“ abgearbeitet: Robert M. Pirsig, *Zen and the Art of Motorcycle Maintenance. An Inquiry into Values*, New York 1974; deutsch: *Zen und die Kunst, ein Motorrad zu warten. Ein Versuch über Werte*, Frankfurt a.M. 1976. Pirsig (1928–2017) setzt sich darin auch mit der antiken Rhetorik und vor allem mit Platons Dialog „Phaidros“ auseinander; darin geht es u.a. um die Idee des Schönen.

¹⁴² Hierzu schon nahezu klassisch Tonio Walter, *Kleine Stilkunde für Juristen* (2002), 3. Aufl., München 2017; Friedrich E. Schnapp, *Stilfibel für Juristen*, Münster 2004; neuerdings hinzugekommen:

Rezipienten auch möglichst schnell klar wird. Andernfalls besteht angesichts des Zeitdrucks, unter dem wir oft arbeiten, die Gefahr, von nur halb Verstandenem auszugehen – was letztlich mehr Zeit kosten kann, als man durch Schnelligkeit zu sparen hoffte.

a) Die üblichen juristischen Stilfehler

- 85 Vor diesem Hintergrund sollte man betonen, dass die üblichen juristischen „Stilfehler“ deshalb Fehler sind, weil sie das Verständnis des Gemeinten erschweren. Eine kleine Auswahl mag genügen:

- **Klemmstil** (verschachtelte präpositionale Bestimmungen, Partizipien, Genitive)

Beispiel: Die Haftpflicht für den durch Tötung oder Verletzung eines Reisenden beim Betreiben einer Eisenbahn entstandenen Schaden regelt sich nach § 17 HaftPflG.

Besser: § 17 HaftPflG regelt die Haftpflicht für einen Schaden, der beim Betreiben einer Eisenbahn durch Tötung oder Verletzung eines Reisenden entsteht.

Oder: Wenn beim Betreiben einer Eisenbahn ein Reisender getötet oder verletzt wird, so regelt sich die Haftpflicht nach § 17 HaftPflG.¹⁴³

- **Kanzleistil** (überflüssiger „Schwulst“)

Beispiel: Im Fall des Verlustes eines Stimmzettels ist eine Neuausstellung unzulässig.

Besser: Verlorene Stimmzettel werden nicht ersetzt.¹⁴⁴

- **Nominalstil** (Substantive statt Verben)

Beispiel: „Zwar gilt auch für Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt, dass der wildwüchsige Freiheitsgebrauch die Gefahr von Konflikten mit sich bringt. Aber das Fehlen eines Gesetzesvorbehalts zeigt, dass der Gesetzgeber nicht mehr die Freiheit zur Beurteilung und Bekämpfung dieser Gefahr hat. Bei den Grundrechten mit einfacherem Gesetzesvorbehalt ist diese Freiheit am größten, bei den Grundrechten mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt ist sie geringer, und bei den Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt kann die Vollmacht des Gesetzgebers eigentlich nicht weiter gehen, als die Grenzen der Reichweite der Schutzbereiche der Grundrechte nachzuziehen.“¹⁴⁵

Besser: „Auch Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt können derart ausgeübt werden, dass Konflikte entstehen. Diese Konflikte darf der Gesetzgeber jedoch, eben weil der Gesetzesvorbehalt fehlt, nicht völlig frei beurteilen. Die Freiheit des Gesetzgebers ist bei Grundrechten mit einfacherem Gesetzesvorbehalt am größten, bei Grundrechten mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt schon geringer. Bei Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt scheint sie sich darauf zu beschränken, den Schutzbereich des Grundrechts nachzuzeichnen.“

Monika Hoffmann, Deutsch fürs Jurastudium (2014), 4. Aufl., Paderborn 2021; speziell für „Praktiker“: Michael Schmuck, Deutsch für Juristen. Vom Schwulst zur klaren Formulierung, 5. Aufl., Köln 2021.

143 Nach Reiners, Stilfibel (Fn. 21), S. 36.

144 Reiners, Stilfibel (Fn. 21), S. 45.

145 Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Staatsrecht II - Grundrechte, 27. Aufl., Heidelberg 2008, Rn. 259.
– Das Werk wird jetzt von Thorsten Kingreen und Ralf Poscher fortgeführt.

b) Wege zu besserer Verständlichkeit

Die Überlegungen zum Nominalstil ließen sich zur Hälfte wohl auch schon den Empfehlungen zuordnen, mit deren Hilfe eine schnellere Verständlichkeit erreicht wird – und damit auch mehr Überzeugungskraft.

86

- **Aktiv statt Passiv**

Beispiel: Durch Satzung des zuständigen Gemeindeverbandes kann angeordnet werden, dass von den Hausgewerbetreibenden Beiträge nicht erhoben werden und dass der Verband die Kosten übernimmt, die der Kasse durch die Versicherung ihrer hausgewerblichen Mitglieder nach Abzug des Gesamtbetrages der ihr zufließenden Auftraggeberbeiträge erwachsen.

Besser: Der Gemeindeverband kann durch Satzung die hausgewerblichen Versicherungspflichtigen von der Beitragspflicht befreien und selbst die Kosten übernehmen, soweit die Beiträge der Auftraggeber sie nicht decken.¹⁴⁶

- **Kurze Sätze**

Beispiel: § 2 Parteiengesetz Parteien sind Vereinigungen von Bürgern, die dauernd oder für längere Zeit für den Bereich des Bundes oder eines Landes auf die politische Willensbildung Einfluß nehmen und an der Vertretung des Volkes im Deutschen Bundestag oder einem Landtag mitwirken wollen, wenn sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere nach Umfang und Festigkeit ihrer Organisation, nach der Zahl ihrer Mitglieder und nach ihrem Hervortreten in der Öffentlichkeit eine ausreichende Gewähr für die Ernsthaftigkeit dieser Zielrichtung bieten.

Besser: Parteien sind Vereinigungen von Bürgern, deren Ziel es ist, im Bund oder in einem Land dauerhaft auf die politische Willensbildung Einfluss zu nehmen und in der Volksvertretung mitzuwirken. Sie müssen diese Ziele ernsthaft verfolgen. Für die Ernsthaftigkeit kommt es auf das Gesamtbild an, insbesondere auf Umfang und Festigkeit der Organisation, Mitgliederzahl und Hervortreten in der Öffentlichkeit.

An dieser Stelle darf denn, obwohl auch sonst überall zitiert, die bekannteste juristische Stilblüte nicht fehlen – die vom Reichsgericht verfasste Definition der Eisenbahn:

87

„Ein Unternehmen, gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen oder Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallener Grundlage, welche durch ihre Konsistenz, Konstruktion und Glätte den Transport großer Gewichtsmassen, beziehungsweise die Erzielung einer verhältnismäßig bedeutenden Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist, und durch diese Eigenart in Verbindung mit den außerdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften (Dampf, Elektricität, thierischer oder menschlicher Muskelthätigkeit, bei geneigter Ebene der Bahn auch schon der eigenen Schwere der Transportgefäß und deren Ladung, u. s. w.) bei dem Betriebe des Unternehmens auf derselben eine verhältnismäßig gewaltige (je nach den Umständen nur in bezweckter Weise nützliche, oder auch Menschenleben vernichtende und die menschliche Gesundheit verletzende) Wirkung zu erzeugen fähig ist.“¹⁴⁷

146 Reiners, Stilfibel (Fn. 21), S. 41.

147 RGZ 1, 247 (252) – Behelfsstrecke auf einer Eisenbahnbaustelle (1879). Kurz: Es war gerade noch nicht eine „fertige“ Strecke für den Eisenbahnbetrieb, und vielleicht hatte das Haftpflichtgesetz daran wirklich nicht gedacht?

Und auch nicht die von Kurt Tucholsky gelieferte Persiflage:

„Ein Reichsgericht ist eine Einrichtung, welche eine dem allgemeinen Verständnis entgegenkommen sollende, aber bisweilen durch sich nicht ganz vermeiden lassende, nicht ganz unbedeutende bzw. verhältnismäßig gewaltige Fehler im Satzbau auf der schiefen Ebene des durch verschönkelte und ineinander geschachtelte Perioden ungenießbar gemachten Kanzleistils herabgerollte Definition, welche eine das menschliche Sprachgefühl verletzende Wirkung zu erzeugen fähig ist, liefert.“¹⁴⁸

88 • **Anschaulichkeit** („der Mensch ein Augentier“)

Beispiel: Die Begriffe des formellen und des materiellen Gesetzes schließen sich gegenseitig nicht aus. Die meisten Gesetze sind sowohl Gesetz im formellen als auch Gesetz im materiellen Sinne, es gibt aber auch nur-formelle und nur-materielle Gesetze.

Besser: Die Begriffe des formellen und des materiellen Gesetzes bilden zwei sich überschneidende Kreise. Es gibt daher nur-formelle und nur-materielle Gesetze. Die meisten Gesetze sind Gesetze im formellen und materiellen Sinn.¹⁴⁹

c) Zum Abschluss: Klemmstil anno 2022/23 – Grundsteuererklärung

89 Auch wenn man es gehofft haben mag: Der Klemmstil ist nicht tot. Ein aktuelles und geradezu unglaubliches Beispiel für Unverständlichkeit hat jüngst die deutsche Finanzverwaltung geliefert. In einer Fehlermeldung, die den Steuerpflichtigen beim Ausfüllen des elektronischen Formulars ereilen konnte, hieß es:

Sie müssen in Zeile II des Hauptvordrucks im Feld "Enthalten in" angeben, welcher auf der Anlage Grundstück erklärten Fläche des Grundstücks mit welchem Bodenrichtwert der zur wirtschaftlichen Einheit gehörende Flächenanteil des aktuellen Flurstücks zuzuordnen ist. Wählen Sie bitte "1 - erste Fläche", wenn der zur wirtschaftlichen Einheit gehörende Flächenanteil vom aktuellen Flurstück in der ersten in der Anlage Grundstück erklärten Fläche, für die auch der erste erklärte Bodenrichtwert gilt, enthalten ist. Wählen Sie bitte "2 - zweite Fläche", wenn der zur wirtschaftlichen Einheit gehörende Flächenanteil vom aktuellen Flurstück in der zweiten in der Anlage Grundstück erklärten Fläche, für die auch der zweite erklärte Bodenrichtwert gilt, enthalten ist. Für den Sonderfall, dass der zur wirtschaftlichen Einheit gehörende Flächenanteil vom aktuellen Flurstück sowohl in der ersten als auch in der zweiten in der Anlage Grundstück erklärten Fläche enthalten ist und somit für diesen Flächenanteil teils der erste und teils der zweite erklärte Bodenrichtwert gilt, wählen Sie bitte "3 - beiden Flächen" aus.

90 Ganz abgesehen von der Sache, die gemeint sein könnte – kann man das verstehen? Gemeint ist wohl:

In Zeile II des Hauptvordrucks – Feld „**Enthalten in**“ – geht es um Folgendes: Sie haben in der „Anlage Grundstück“ ein Grundstück angegeben, das aus zwei Flächen mit zwei unterschiedlichen Bodenrichtwerten besteht. In Zeile II des Hauptvordrucks haben Sie zwei Flurstücke angegeben. Wir möchten nun wissen: Welcher Fläche (mit welchem Bodenrichtwert) ist das Flurstück, das Sie jetzt gerade bearbeiten, zuzuordnen? Wählen Sie „1 – erste Fläche“, wenn es die in der „Anlage Grundstück“ an erster Stelle genannte Fläche ist. Wählen Sie „2 – zweite Fläche“, wenn es die an zweiter Stelle genannte Fläche ist. Wählen Sie „3 – beide Flächen“, wenn

148 Zitiert nach Reiners, Stilfibel (Fn. 20), S. 93.

149 Vgl. Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 4 Rn. 17.

IV. Zwei Tipps zum Abschluss: Die Darstellung des Sachverhalts

das Flurstück an beiden Flächen Anteil hat mit der Folge, dass teils der erste, teils der zweite Bodenrichtwert gilt.

Dass übrigens die oben genannte Fehlermeldung auch Steuerpflichtige ereilt hat, die keinerlei Grundstück mit unterschiedlichen Bodenrichtwerten angegeben hatten, macht die Sache nicht besser.

III. Die „Gesamtschau“ (Kohärenz, Stimmigkeit)

Wenn man nach allen Regeln der Kunst die drei Stufen der Verbote, Gebote und Empfehlungen abgearbeitet hat, und dies häufig mit viel *trial and error*,¹⁵⁰ bleibt dennoch die letzte und entscheidende Frage: ob das Gesamtwerk gelungen ist – sei es nun die Entscheidung in einem Rechtsstreit oder, bei einer dogmatischen Theorie, ob sie „aufgeht“. Diese letzte Station bleibt – wegen der Paradoxie der Entscheidung – immer etwas Irrationales in dem Sinn, dass dem Denken ein Wollen und dem Wollen ein Handeln folgen muss. Methodisch kann man dazu insofern, als man nach der Richtigkeit der Entscheidung fragt, nichts mehr sagen. Und wenn wir wirklich eine Überzeugung gewonnen haben, dann können wir sie auch gar nicht mehr bezweifeln.

Um auch an dieser Stelle¹⁵¹ einmal biblisch zu werden: Vielleicht ist die Erzählung in der biblischen Schöpfungsgeschichte, die Geschichte, in der es an fast allen Tagen heißt: „Und Gott sah, dass es gut war“ – vielleicht hat diese Geschichte sehr viel mehr mit Befreiung zu tun als die Faszination angesichts eines brennenden Dornbuschs, der auch noch reden kann: „Loslassen“ statt „Emotion pur“.

Und dass wir zu einer Überzeugung kommen müssen, dafür sorgen im Recht das Rechtsverweigerungsverbot und der Zeitdruck.

Von einer Malerin habe ich einmal den Spruch gehört: Am schwersten ist immer der erste Strich und der letzte.

Wie auch immer: Das, was am Ende den „Sprung ins Richtige“ erlaubt, ist offenbar die Kohärenz und Stimmigkeit,¹⁵² kurz: die Ästhetik des Ganzen – so wie wir sie irgendwie dann doch „unmittelbar wahrnehmen“.

IV. Zwei Tipps zum Abschluss: Die Darstellung des Sachverhalts

Und wie wir glauben, dass auch andere das Ganze wahrnehmen sollten. Deshalb am Ende dieser Kunstregeln noch zwei Tipps für die Darstellung des Sachverhalts in einem juristischen Text – also bevor es an die rechtliche Würdigung geht.

Den ersten Tipp (ich habe ihn schon erwähnt) verdanke ich einem in diesen Dingen sehr erfahrenen Kollegen. Er lautet: In einem juristischen Gutachten muss schon die

¹⁵⁰ Allgemein zum „experimentierenden Rechtsdenken“ Reinhold Zippelius, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 11 III und öfter; auch Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021, § 12 I c.

¹⁵¹ Ansspielung auf Christoph Menke, Theorie der Befreiung, Berlin 2022.

¹⁵² Kohärenz ist die zentrale Idee bei Hans-Joachim Strauch, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition, Freiburg i.Br. 2018; 2. Auflage Baden-Baden 2022.

91

92

93

§ 34 Juristische Ästhetik II: Kriterien juristischer Gelungenheit

Schilderung des Sachverhalts so erfolgen, dass der Eindruck entsteht, hier könne es verhältnismäßig nur genau die eine rechtliche Lösung geben, die anschließend expliziert wird. Das Gleiche gilt natürlich für den sogenannten „Tatbestand“ (= Sachverhaltsschilderung) in einem gerichtlichen Urteil.

- 94 Der zweite Tipp (auch er wurde schon erwähnt) ist weniger vage. Er knüpft an die *most basic* Basis-Unterscheidung des Römischen Rechts an, sie lautet:

*Omne ius autem quo utimur vel ad personae vel ad res vel ad actiones pertinent.*¹⁵³

Alles Recht, das wir benutzen, bezieht sich auf Personen, auf Sachen oder auf Rechtsverhältnisse (wörtlich: Klagemöglichkeiten).

Oder kurz: *personae – res – actiones.*

Mit welchem dieser drei Eckpunkte man in einem konkreten Fall die Sachverhaltsschilderung beginnt, ist beliebig. Man kann beginnen: „Die Parteien streiten um Schmerzensgeld“ (*actio*). Oder: „Die Klägerin ist Schauspielerin, der Beklagte ist Verleger einer bekannten Boulevardzeitung“ (*personae*). Oder auch: „Gegenstand des Streits ist ein Pressebericht über eine Schönheitsoperation“ (*res*). Für die Frage, welchen Einstieg man wählt, kann man zunächst ganz wertneutral raten: Das Wichtigste zuerst! Im Übrigen lautet die Antwort: Frag dich, wie du den Leser am besten auf deine Seite ziehst – indem du ihn, ganz im Sinn der antiken Rhetorik, *attentum, benevolum, docilem* machst: aufmerksam, wohlwollend, lernbereit.¹⁵⁴

Und das ist dann doch wieder eine Frage der Methode.

153 Inst. 1.I.4 („Institutionen“, das ist das erste Buch des Corpus Iuris Civilis – ein Lehrbuch im knappen juristischen Stil). Das Corpus Iuris Civilis war der Haupttext des klassischen Römischen Rechts, zusammengestellt auf Geheiß des oströmischen Kaisers Justinian und von ihm 533/34 mit „Gesetzeskraft“ versehen – oder sagen wir besser: zum *autoritativen Text* (§ 14 II) erhoben.

154 Josef Martin, Antike Rhetorik (Handbuch der Altertumswissenschaft, Abteilung 2, Teil 3), München 1974, S. 63 f. mit Nachweisen.

Kapitel 7: Juristische Richtigkeit von außen (Verhaltensökonomie)

Wir beschäftigen uns, um den roten Faden wieder aufzugreifen, in diesem Vierten Teil 1
der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML) mit der Frage, ob man im Recht und
in der Rechtswissenschaft (Jurisprudenz) von so etwas wie „Richtigkeit“ sprechen darf,
genauer: von der Richtigkeit von **Entscheidungen**. Insofern haben wir in Kapitel 6 die
Innenperspektive des Rechts und der Jurisprudenz gewählt und sind zu dem Ergebnis
gekommen: Dies ist letztlich eine Frage der Ästhetik – denn wir haben nun einmal
keine Letztkriterien. Wir blicken nicht über unseren Horizont hinaus, *aber wir wissen,*
dass es dort noch weiter geht (weil unser Wissen begrenzt ist). Ästhetik ist, wenn man so
will, die innen-perspektivistischste aller Wissenschaften.

Im Gegensatz dazu stehen die „Naturwissenschaften“, genauer: die empirischen 2
Wissenschaften. Sie betrachten das, was in der Natur, in der Gesellschaft, im Gehirn
abgeht, dergestalt in einer **Außenperspektive**, dass sie bestimmte Rahmenbedingungen
festlegen und dann schauen, wie sich innerhalb dieser Versuchsanordnung die
Versuchsobjekte „verhalten“ (aufgrund von Gesetzen, die die Objekte selbst gar nicht
kennen). Die Wissenschaften blicken dann, sozusagen, auf eine abgeschlossene Welt,
in der sie die Letztkriterien für das, was sie wissen wollen, formulieren. Naiverweise
stellen sich viele auch die Jurisprudenz so vor.

In Wahrheit ist die **Jurisprudenz** ein ziemlich anspruchsvoller dauernder Perspektiv- 3
wechsel zwischen der Innenwelt und der Außenwelt des Rechts (oder wenn man
will: zwischen dem Recht und seiner Umwelt). Gerade deshalb wollen wir nun zum
Abschluss unseres Systems (die NJML ist ein *System*) den „Schlussstein von innen“, also
die Ästhetik, auch noch von außen betrachten: Wenn man das, was wir Juristen nach
den Regeln, die wir kennen, tun, um „richtig“ zu handeln – wenn man diese unsere
juristische Methode daraufhin befragt, was wir *unbewusst* damit erreichen – *ist sie dann*
immer noch „richtig“? Ist sie ein vernünftiger Weg, mit der sozialen Welt umzugehen?
Was gewinnt man mit ihr, was verliert man? Welches sind die Vorteile, welches die
Nachteile des „juristischen Denkens“? Es liegt auf der Hand, dass damit letztlich öko-
nomische Kriterien an das Recht herangetragen werden. Aber das muss sich das Recht
gefährten lassen, und vielleicht wird es gar nicht so schlecht dabei abschneiden.

Man kann vielleicht sagen: **Ästhetik** ist, was menschliche Erkenntnis und mensch- 4
liches Verhalten angeht, die radikalste Innenperspektive, **Ökonomie** die radikalste
Außenperspektive.

Wir wollen im Folgenden zunächst (§ 35) den aktuellen Stand der sogenannten
Verhaltensökonomie darstellen (sie ist zugleich Kognitionswissenschaft und Erkennt-
nispsychologie). Sodann wollen wir schauen, wie sich in diesem Licht die NJML
darstellt – aber auch die Verhaltensökonomie im Licht der NJML (§ 36).

§ 35 Verhaltensökonomie (Kognitionswissenschaft, Erkenntnispsychologie)

- 1 Die Frage nach der Richtigkeit von – ganz allgemein gesprochen – *Entscheidungen* hat in den letzten Jahren und Jahrzehnten eine neue empirische Wende genommen (ich bin versucht, von einem *new empirical turn* zu sprechen). Ausgehend von der Psychologie (die sich ja nicht mehr als Geisteswissenschaft, sondern als Naturwissenschaft versteht¹) hat man in vielfältigen Experimenten nachgewiesen, wie sehr unsere Entscheidungen je nach dem Kontext, in den man sie stellt, auf einer „verzerrten“ Wahrnehmung beruhen (englisch *bias*) – oder vielleicht besser: wie sehr der Kontext eine „Abweichung“ (*bias*) der Wahrnehmung bewirkt und dadurch eine „Weichenstellung“ für die Entscheidung enthält.

Die große Frage ist dann freilich, ob es so etwas wie unverzerrte Wahrnehmung überhaupt geben kann oder ob dies nicht eine regulative Idee ist (zum Begriff § 30 Rn. 29–36). Wir kommen darauf zurück.

Bekannteste Vertreter dieser Forschungsrichtung sind die Psychologen Daniel Kahneman (1934–2024) und Amos Tversky (1937–1996). Kahneman hat seine Forschungen im Jahr 2011 in dem Bestseller „Thinking, Fast and Slow“² zusammengefasst (auf Deutsch 2012 „Schnelles Denken, langsames Denken“³).

Zu erwähnen sind ferner die populärwissenschaftlichen Arbeiten von Nassim Taleb (geb. 1960) und Rolf Dobelli (geb. 1960).⁴

- 2 Im Hinblick auf die herkömmliche Ökonomie bedeuten diese Erkenntnisse nun: „Der Mensch“ ist kein vollkommen „rational“ handelndes Wesen (*homo oeconomicus*), kein Wesen, das rein objektiv Nutzen und Kosten abwägt und auf diese Weise zu sozusagen mathematisch-verbürgten Entscheidungen kommt. Vielmehr fließen häufig ganz „irrationale“ – oder sagen wir besser: **sachfremde** – Erwägungen in den Entscheidungsprozess ein. Aus einem Börsenmakler platzt es heraus: „Die bauen einfach tolle Autos“ (gemeint war die Firma Ford). Für die Entwicklung des Börsenwertes spielt dies „eigentlich“ (= sachlich) eine allenfalls untergeordnete Rolle.⁵

Kahneman hat für diesen Angriff auf die klassische Ökonomie denn auch im Jahr 2002 den Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften erhalten (gemeinsam mit Vernon L. Smith).

- 3 Weitere Experimente haben gezeigt, wie sehr auch rechtliche Entscheidungen von „irrationalen“ Faktoren beeinflusst sind: Gegen Mittag, wenn die Konzentration

1 Folglich redet man auch nicht mehr von „Seele“ (altgriechisch *psychē*), sondern von „Persönlichkeit“ – als wenn dies keine regulative Idee wäre.

2 Erschienen in New York.

3 Erschienen in München.

4 Nassim Nicholas Taleb, *The Black Swan*, New York 2007 (dt. Der schwarze Schwan, München 2008); Rolf Dobelli, *Die Kunst des klaren Denkens*, München 2011; Rolf Dobelli, *Die Kunst des klugen Handelns*, München 2012.

5 Beispiel nach Daniel Kahneman, *Schnelles Denken, langsames Denken*, München 2012, S. 24.

abnimmt und der Hunger zunimmt, bewilligen Bewährungsrichter mit statistischer Signifikanz deutlich weniger Anträge auf Entlassung.⁶

„Signifikant“ bedeutet wörtlich: „ein Zeichen bildend“ (lateinisch *signum* und *facere*). Als statistisch signifikant bezeichnet man Unterschiede, die einen sogenannten p-Wert unterschreiten. Was darüber liegt, ist – statistisch betrachtet – vermutlich Zufall.⁷ (Und über die Kausalität im Einzelfall ist damit nichts gesagt – dazu später mehr.)

* * *

Wir werden im Folgenden nach einem knappen Blick auf die Ökonomie des Denkens (I) die vier Grundbegriffe des Kahneman-Tverskyschen Ansatzes klären, das sind: System 1 und System 2 (II), Heuristik und Bias (III). Sodann werden vier – von mir so bezeichnete – Basic Biases vorgestellt, die unser Denken in jeder Situation bestimmen, z.B. die Selbstüberschätzung (IV). Es folgen einige klassische Anwendungsfälle (V), zuvörderst das Framing (= die Situation in einen Rahmen stellen), sodann Empfehlungen, wie man „vernünftig“ (*reasonable*) mit System 1 und System 2, mit Heuristiken und Biases umgeht (VI).

4

Zum Abschluss wollen wir dann schauen, wie gut Verhaltensökonomie und Kognitionspsychologie mit der Juristischen Methode zusammenpassen (§ 36).

I. Die knappen Ressourcen

Das zentrale Thema der Ökonomie ist Knappheit. Güter sind knapp, sonst wären sie keine Güter, und die Ressourcen, um Güter zu erwerben, sind ebenfalls knapp. Was sind dann aber bei einer Entscheidungsfindung die knappen Ressourcen?

5

1. Aufmerksamkeit

Knapp ist erstens die mentale Kapazität, aus dem Strom von Informationen, die auf uns einströmen, die relevanten herauszufiltern. Das ist natürlich keine besonders neue Erkenntnis.

6

Systemtheoretisch würde man sie so formulieren: Die Umwelt eines Systems (sagen wir: die Umwelt unseres psychischen Systems⁸, unseres Erkenntnisapparates⁹) ist stets komplexer als das System selbst. Wer es allen recht machen will, ist überfordert. Folglich muss man auswählen, Prioritäten setzen, sich eine Liste machen, kurz:

6 Die Quote sank von 65 Prozent in ausgeruhtem und sattem Zustand auf etwa Null kurz vor dem Essen: *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 60 f.; s. auch S. 278.

7 $p < 0,05$ kennzeichnet z.B. eine sogenannte Irrtumswahrscheinlichkeit von kleiner als 5 Prozent. – Allgemein zum p-Wert: Jürgen Hedderich/Lothar Sachs, Angewandte Statistik. Methodensammlung mit R, 17. Aufl., Berlin etc. 2020, Abschnitt 7.1.4 (S. 461). Wirklich verstanden habe ich es noch nicht.

8 So die Terminologie von Niklas Luhmann, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984, S. 92, 346–376 und öfter.

9 So die Terminologie von Konrad Lorenz, Die Rückseite des Spiegels (1997), 8. Aufl., München 1985, S. 18 und durchgehend.

eigene Komplexität aufbauen.¹⁰ Zum Beispiel listet eine „Gesellschaft“ in einem Strafgesetzbuch die gröbsten Missetaten auf und auch, wie sie darauf reagieren will.

- 7 Weil Aufmerksamkeit eine knappe Ressource ist, besteht freilich immer die Möglichkeit, sie in eine „falsche“ Richtung zu lenken. Man wechselt das Thema, wenn man kritische Nachfragen befürchtet. Kurz: Man lenkt ab von den eigentlich wichtigen Aspekten.

Die höchste Professionalität in Sachen Ablenkung besteht vermutlich im Bereich der sogenannten Zauberkünstler, oder wie sie auf Englisch so treffend heißen: Illusionisten.

2. Durchhaltevermögen

- 8 Die zweite knappe Ressource hängt mit der ersten zusammen, dennoch kann man bei de idealtypisch unterscheiden: Es handelt sich um das, was ich Durchhaltevermögen nennen will¹¹ (es mag offen bleiben, inwieweit sich dies mit dem modischen Begriff Resilienz¹² deckt). Gemeint ist das Vermögen (= begrenzte Fähigkeit, Kapazität), bei auftretenden Problemen trotz Widrigkeiten weiter an der Lösung des Problems zu arbeiten.
- 9 Gegenbegriff ist dann nicht so sehr das ehrliche (und deshalb durchaus problemlösende!) Aufgeben („nein, das schaffe ich nicht“). Gegenbegriff ist vielmehr das Ausweichen: Man versucht, das Problem zum Schein zu lösen, man löst es nicht dort, wo es sich wirklich stellt. Man bleibt nicht „bei der Sache“.

Eine bittere Erfahrung für Jurastudenten daher immer wieder: Ich schreibe im Gutachten hochgescheite Dinge, aber es kommt allenfalls am Rande auf sie an – zum Beispiel, weil der „Eingriffscharakter“¹³ einer Maßnahme kein wirkliches Problem darstellt. Oder ich halte mich an dem Schema fest, das ich gelernt habe, statt auf den Sachverhalt einzugehen (zu den juristischen „Schemata“ § 23). Et cetera.

Politisch beliebt, aber höchst dubios: Der Staat gaukelt der Bevölkerung vor, mit einer kleinen Verschärfung des Strafrechts ließen sich große gesellschaftliche Probleme lösen – Stichwort „Kölner Silvesternacht“ (dazu schon § 10 Rn. 40, § 31 Rn. 20).¹⁴

Vernunft oder Vernünftigkeit (*reasonableness*) definiere ich, um es zu wiederholen, als „Probleme dort lösen, wo sie sich stellen“.¹⁵

10 Dies ist eine ganz zentrale These in Luhmanns Systemtheorie.

11 Kahneman, Denken (Fn. 5), spricht nur ganz allgemein von „mentaler Energie“, z.B. S. 58: Alle Spielarten willentlicher Anstrengung – kognitiv, emotional und physisch – schöpfen zumindest teilweise „aus einem gemeinsamen Pool mentaler Energie“. „Mentale Energie“ dürfte aber eher der Oberbegriff sein zu Aufmerksamkeit (*attentiveness*) und Durchhaltevermögen.

12 Klaus Fröhlich-Gildhoff/Maike Rönnau-Böse, Resilienz, 6. Aufl., München 2022.

13 Zum Schema „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung“ oben § 23 Rn. 9–17.

14 Ganz aktuell ist jetzt ein generelles Böllerverbot an Silvester im Gespräch, weil es in vielen deutschen Städten zu Angriffen meist junger Männer auf Polizei und sogar Feuerwehr und Rettungsdienste gekommen ist. Als wenn so etwa nur an Silvester vorkäme! – Nun gut: Vielleicht ist in der Tat die Zahl der Menschen, die gern unvernünftig handeln, derart gestiegen, dass man angesichts der Verschiebung der Gaußschen Normalverteilung die Freiheit aller beschränken muss.

15 Beiläufig erwähnt schon in § 18 Rn. 49.

II. Die beiden „Systeme“ im Denkapparat (mind)

Anders gewendet: Es stellt sich gelegentlich heraus, dass es für manche Probleme keine einfache Lösung gibt. Dann erfordert es Kraft und wohl auch Mut, dem Problem nicht auszuweichen und eben nicht nach einer einfachen Lösung zu suchen, sondern nach einer Lösung, die dem Problem „gerecht wird“. Verschwörungstheorien sind leicht zu finden ...

10

Die wohl übelste Verschwörungstheorie ist nach wie vor der Anti-Semitismus, der „die Juden“ für alle Missstände der Welt verantwortlich macht. Ein Anti-Kapitalismus, der alle Schuld beim „Kapital“ sucht, ist intellektuell freilich kaum anspruchsvoller.

II. Die beiden „Systeme“ im Denkapparat (mind)

Wie geht nun unser „psychisches System“, unser Erkenntnis- und Entscheidungsapparat – oder mit Kahneman¹⁶: unser *mind* – mit diesen beiden intellektuellen Knappheiten um?

11

1. System 1 und System 2: „Intuition“ versus (bewusste) Methode

Kahneman unterscheidet insofern zwei Strategien: den einfachen, kurzen, schnellen Weg („schnelles Denken“) und den mühevolleren, komplizierten, langsamen Weg („langsames Denken“). Für beide Strategien sind zwei – wie soll man sagen – Mechanismen unseres Denkens zuständig, die Kahneman bewusst sperrig (und in Anlehnung an die Psychologen Keith Stanovich und Richard West) als „System 1“ und „System 2“ bezeichnet.¹⁷ Zu beiden das Wichtigste:

12

System 1 handelt „intuitiv“, gleichsam aus dem Bauch heraus, ohne großes Nachdenken, unbewusst.

Der Feuerwehrhauptmann brüllt „schnell raus hier!“ – kurz bevor der Kessel im Keller des Gebäudes explodiert. Erst später kann er angeben, warum er das tat: Es war, anders als sonst, viel zu leise in dem Raum, und seine Ohren waren ungewöhnlich heiß.¹⁸

System 2 handelt bewusst, handelt gemäß einer Methode, die man mit einer gewissen Mühe erst hochladen und dann auch durchhalten muss,

... etwa, um die Frage „wieviel ist 17 mal 24?“¹⁹ zu beantworten.

Und deshalb ist das **System 2 faul** (so Kahneman ganz explizit²⁰). Man scheut erst einmal die Mühe.

16 Kahneman, Denken (Fn. 5), z.B. S. 14.

17 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 33, 67, 572 (mit weiterem Nachweis).

18 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 23 und 291–293. – Dass bei mir die Feuerwehrleute und die Autos der Firma Ford (s.o. Rn. 2) besonders „hängen geblieben“ sind, liegt an einer alten Weisheit der Wahrnehmungspychologie: Man merkt sich in einer Reihe gleichartiger Ereignisse (z.B. Anrufe wegen einer Wohnungsannonce, Vorstellungsgespräche) immer das erste und das letzte besonders gut.

19 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 32; natürlich könnte man jede beliebige andere Rechenaufgabe, die über das kleine und große Einmaleins hinausgeht, als Beispiel wählen.

20 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 45–54, 55–68 und öfter.

- 13 Allerdings ist erst System 2 in der Lage, *überlegt* zu einem Urteil zu kommen, mehr noch: „Nur System 2 kann Regeln befolgen, Objekte in Bezug auf mehrere Merkmale vergleichen und wohlüberlegte Wahlen zwischen Optionen treffen.“²¹ So betrachtet operiert nur das System 2 „rational“.

2. Das Verhältnis der beiden Systeme zueinander

- 14 Nichtsdestoweniger – das ist das Allerwichtigste – haben *beide* Systeme ihre (je andere) rationale Berechtigung. Es wäre unökonomisch, ja unmöglich, ein jedes Problem gründlichst zu durchdenken: In Routinesituationen ist dies nicht nötig, und in Notsituationen muss oft schnell reagiert werden, kurz, dort ist System 1 die angemessene Lösung, zu viel Kontrolle durch System 2 wäre geradezu schädlich. Verlässt man sich aber nur auf System 1, besteht die Gefahr, sich die Welt ihm gemäß zurechtzulegen (oder gar -zulügen) – ein Einfallstor für Täuschung und Selbsttäuschung (Stichwort Verschwörungstheorien).
- 15 Dann aber liegt auf der Hand, welches die große Frage an so etwas wie Vernünftigkeit ist: Was ist der Situation **angemessen** – System 1 oder System 2? Oder mit einer nicht ganz passenden Metapher: Bauch oder Kopf?

„Angemessenheit“ ist übrigens ein Zentralbegriff der Stilkunde seit der antiken Rhetorik. Was ist „passend“ – lateinisch *aptum*?²²

Und nebenbei: Die Neigung, sich nur auf System 1 zu verlassen, scheint zu wachsen, wenn man genügend Macht hat.²³ Vielleicht aber auch anders herum: Wer System 1 die Führung überlässt, fühlt sich mächtig.

3. Das Verhältnis der beiden Systeme zur Realität

- 16 Ebenso nahe scheint dann die Antwort auf die große Frage nach der Vernünftigkeit zu liegen: „Angemessen“ ist das, was der **Realität** – und nicht beliebigen (Fehl-) Vorstellungen – gerecht wird. Aber *welcher* Realität, wenn wir zu ihr doch *von vornherein* (a priori) lediglich „verzerre“ Zugänge haben? Wenn sie uns „an sich“ unerkannt bleibt?²⁴
- Insofern ist es nun durchaus beunruhigend, wenn man bei Kahneman liest:

„(…) wir wissen bereits, dass das menschliche Gehirn [!] **nicht realitätsgebunden** ist.“²⁵

21 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 51.

22 Marcus Fabius Quintilianus, Institutionis Oratoriae Libri XII (Ausbildung zur Redekunst in 12 Büchern). Deutsch-lateinische Ausgabe: Ausbildung des Redners, 2 Bände, Darmstadt 2006 (Nachdruck der 3. Aufl. 1995), Buch XI Kapitel 1 (S. 545–585).

23 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 172, mit einem Zitat von George W. Bush: „Ich verbringe nicht viel Zeit damit, Meinungsumfragen rund um die Welt durchzuführen, um herauszufinden, ob das, was ich glaube, richtig ist. Ich muss nur wissen, was ich fühle“. – Zur Unterscheidung von Willenstypen und Erkenntnistypen schon oben § 8 Rn. 8 mit Fn. 11, auch § 29 Rn. 1.

24 Nebenbei: Natürlich ist dies die Kernidee schon von Kants Transzentalphilosophie.

25 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 449 (Hervorhebung J.L.).

II. Die beiden „Systeme“ im Denkapparat (mind)

Oder gar mit Blick auf Recht und Moral:

17

„Unsere moralischen Empfindungen sind an *Frames* gebunden, an Beschreibungen der Wirklichkeit statt an die Wirklichkeit als solche. (...) Unsere Präferenzen beziehen sich auf Probleme, die in einer bestimmten Weise formuliert wurden, und unsere moralischen Intuitionen beziehen sich auf Beschreibungen, nicht auf das Wesen einer Sache.“²⁶

Gemeint sind mit dieser Diagnose zwar hauptsächlich das **System 1** und seine Präferenzen.²⁷ Wie man dann aber zur „wahren Wirklichkeit“ kommt – nun, da gilt offenbar:

18

System 2 ist auch keine Lösung, jedenfalls keine endgültige.

Auch System 2 ist „kein Inbegriff an Rationalität“.²⁸ Oder wohl besser: Es ist nicht der Inbegriff von Vernünftigkeit (*reasonableness*).

„Die Welt“ verhält sich nämlich nicht immer derart regelmäßig, dass wir sie rational endgültig berechnen könnten – man denke nur an das Wetter, ganz zu schweigen von Zufall, Glück und Schicksal und von den aufwendigen Versuchen der Astrologie, dies trotzdem zu tun.

19

Deshalb ist es, wie wir sehen werden, nicht nur so, dass unser System 1 gelegentlich von System 2, trotz dessen Faulheit, korrigiert werden muss. Es kann auch nötig sein, dass unser System 1 ein berechtigtes Störfgefühl hat,²⁹ wenn jemand uns weismacht, man müsse mit Hilfe von System 2 Rationalität maximieren (ich denke an die Betriebswirtschaft³⁰). Wenn das System 2 dann sogar von faul auf störrisch umschaltet, wird es gefährlich „irrational“ – oder sagen wir richtigerweise: unvernünftig (*unreasonable*).

Vielleicht bräuchte³¹ man geradezu ein System 3, das die beiden ersten Systeme koordiniert. Bei Kant ist es – in der „Kritik der reinen Vernunft“ – vielleicht die Vernunft im engeren Sinn, sie koordiniert die Sinnlichkeit (d.h. in etwa: System 1) und den Verstand (in etwa: System 2) im Lichte regulativer Ideen. Etwas tiefer gehängt findet man ein solches System 3 vielleicht im „Gespür“ der Ästhetik (§ 31 Rn. 84–85).

Kunstexperten konnten irgendwie „sehen“, dass die antik-griechische Statue eines schreitenden Jünglings (*Kouros*) eine Fälschung war, aber „sie konnten nicht in Worte fassen, woran sich dieses Unbehagen entzündete.“³² Das erinnert frappant an die Ästhetik und ihr *je ne sais quoi* (§ 31 Rn. 30).

26 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 456 (Kursivsetzung J.L.).

27 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 448, 452.

28 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 514; weiter: „System 1 ist auch der Ursprung der meisten Dinge, die wir richtig machen – und das ist das meiste dessen, was wir tun“. Noch eins drauf: Man kann sogar Suchtverhalten als „rational gewählt“ begreifen (S. 509 mit Hinweis auf Gary Becker und die Chicagoer Schule der Ökonomie).

29 Allgemein gesagt: Wenn die Kriterien von System 2 nicht mehr passen, muckt System 1 auf, und zwar mit Recht.

30 Genauer: an die Neigung (*bias?*), auch solche Bereiche „rational“ durchzurechnen, denen man damit den *spirit* austreibt (Krankenhäuser, Universitäten). Ist nicht auch dies eine Flucht vor der „wahren Realität“?

31 Ich wähle bewusst die süddeutsche Variante dieses Konjunktivs; sie macht ihn deutlicher.

32 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 290 f.

- 20 Kahneman und Tversky haben sich diesen philosophischen Fragen – was ist **Realität**? was ist **Vernünftigkeit**?³³ – nicht explizit gestellt. Nichtsdestoweniger setzen sie beides offenbar **voraus**³⁴ (wohl als regulative Idee³⁵), und sie haben auch gewisse Strategien formuliert, wie man beidem näher kommt (dazu unter VI).

Was die Meta-Ebene³⁶ angeht, so hat Kahneman lediglich die Hoffnung geäußert, „den Wortschatz zu bereichern, den Menschen benutzen, wenn sie sich über Urteile und Entscheidungen (...) unterhalten“.³⁷ Die beiden wichtigsten Vokabeln dürften dann diese sein: Heuristiken (heuristics) und kognitive Verzerrungen (biases).

III. Heuristiken und Biases

1. Vorweg: Zur Begrifflichkeit

- 21 Was die beiden Vokabeln „Heuristiken“ und „Biases“ angeht, so besteht eine gewisse Schwierigkeit darin, dass Kahneman eher unscharf definiert, was sich dahinter verbirgt. So wird „Heuristik“ wie folgt umschrieben:
- „Eine **Heuristik** ist, technisch [?] betrachtet, ein einfaches Verfahren, das uns hilft, adäquate, wenn auch oftmals unvollkommene Antworten auf schwierige Fragen zu finden.“³⁸

33 Die philosophisch wohl anspruchsvollste Lösung der Frage, was **Realität** „ist“, findet sich bei Charles Sanders Peirce (1839–1914): Realität ist das, worauf wir uns in der Sache alle einigen würden, wenn wir die nötige Zeit, Information und Intelligenz hätten (Konvergenztheorie der Wahrheit, siehe § 5 II Rn. 71 72–74). Originalton:

„The opinion which is fated to be ultimately agreed to by all who investigate, is what we mean by the truth, and the object represented in this opinion is the real. That is the way I would explain reality“ – so Charles Sanders Peirce, How to Make Our Ideas Clear (1878), in: CP 5.407 (Collected Papers, Band 1–6, Cambridge/Massachusetts 1931–1935, reprint 1960, Band 5, Paragraph 407); deutsch in: Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus, hrsg. von Karl-Otto Apel, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976, Neudruck 1991, S. 205).

Im Hinblick darauf, was **Vernünftigkeit** ist (*reasonableness*, § 31 Rn. 89), hat Peirce mehr postuliert als begründet, dass sie sich gleichsam unmittelbar, also ohne Worte (wohl aber durch Zeichen!), kurz: ästhetisch **zeigt** (Peirce, Artikel „Pragmatic and Pragmatism“ in Baldwins Dictionary of Philosophy and Psychology (1901/1902), in: CP 5.3; deutsch in: Schriften, S. 316. – Zu allem im Einzelnen Joachim Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 183–212, 344–369, 379–381.

34 Etwa Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 451, 454, wo von realitätsgebundenen und weniger realitätsgebundenen Probanden die Rede ist.

35 Siehe § 30 III.

36 Dabei hat er als Meta-Ebene (wörtlich: die Ebene „dahinter“) geradezu einen *backstage*-Bereich vor Augen: das Gespräch an den Kaffeeautomaten im Büro, siehe Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 13). Ganz ebenso hatte Kant übrigens in der Kritik der Urteilskraft gar nicht so sehr Kunst oder Theater vor Augen, sondern die Gespräche beim Essen in geselliger und gebildeter Runde, siehe Lege, Pragmatismus (Fn. 33), S. 313 mit weiteren Nachweisen in Fn. 34.

37 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 13.

38 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 127. – Kahneman weist nebenbei darauf hin: Das Wort Heuristik hat dieselbe Wurzel hat wie der Ausruf „Heureka!“ = ich habe [die Lösung] gefunden.“ Wir kennen diese Wurzel (das Verb *heureín*) aus der antiken Gerichtsrhetorik: Die Stoffsammlung, lateinisch *inventio*, hieß auf Griechisch *heúrēsis* (§ 2 Rn. 6f.).

Was ein „Bias“ ist – in der deutschen Übersetzung von Kahnemans Buch: eine „kognitive Verzerrung“ –, muss man sich geradezu aus dem Kontext zusammenreimen. So heißt es:

„Die Leistungsfähigkeit von System 1 wird jedoch durch kognitive Verzerrungen beeinträchtigt [im orig. **Biases**], [das heißt durch] systematische Fehler, für die es unter spezifischen Umständen in hohem Maße anfällig ist.“³⁹

Es drängt sich daher der Eindruck auf, dass Heuristiken und Biases im Grunde dasselbe sind: 22

Biases sind Heuristiken, wenn diese nicht passen (wenn sie „inadäquat“ sind).

Vielelleicht kann man auch sagen: Heuristik ist die **Beschreibung**, Bias die **Bewertung** der Wahrnehmung einer Entscheidungssituation.⁴⁰

Kahneman räumt selbst ein, er habe sich in seinen Grundbegriffen System 1 und System 2 „wenig um Konsistenz bemüht“.⁴¹ Das Gleiche gilt nach meinem Eindruck für die Begriffe Heuristik und Bias – und zwar schon in dem berühmten Aufsatz, für den es den Nobelpreis gab: *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*⁴². „Er beschrieb die vereinfachenden Abkürzungen des intuitiven Denkens und erläuterte etwa zwanzig kognitive Verzerrungen [*biases*] als Beispiele dieser Heuristiken.“⁴³

Betrachten wir deshalb nun einige Heuristiken und Biases genauer!

2. Heuristiken: wenn das Bauchgefühl schnelle Lösungen findet

Heuristiken, so kann man es auch formulieren, sind einfache Problemlösungsmechanismen. Sie führen ohne langes Nachdenken zu einem Ergebnis, das nicht weiter in Frage gestellt wird – und das oft auch zutrifft. Oder vielleicht besser: bei dem es nicht so wichtig ist, wenn man sich getäuscht hat. „Ausnahmen“, so sagt man sich dann, „bestätigen die Regel“.

a) Simple Allerweltsheuristiken (ein einfacheres Problem lösen, Halo-Effekt etc.)

Eine besonders häufige Heuristik besteht darin, dass man in einer Entscheidungssituation statt der schwierigen Frage, auf die es ankommt, eine andere Frage beantwortet, die sich leichter beantworten lässt (Kahneman nennt dies „Ersetzung“⁴⁴).

39 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 38; es geht wie folgt weiter: „Wie wir sehen werden, beantwortet es manchmal Fragen, die leichter sind als jene, die ihm gestellt werden, und es versteht kaum etwas von Logik und Statistik.“ Siehe auch a.a.O. S. 13 f., ferner S. 79.

40 Im Vorgriff könnte man sogar sagen, es handele sich um ein anderes *Framing* (sogleich Rn. 49) desselben Phänomens. Oder vielleicht mit Luhmann: um Beobachtungen erster und zweiter Ordnung?

41 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 103.

42 Science vol. 185 (1974), S. 1124–1131, [https://www.science.org/doi/epdf/10.1126/science.185.4157.1124 <09.07.2024>](https://www.science.org/doi/epdf/10.1126/science.185.4157.1124). Er findet sich in deutscher Übersetzung als Anhang in Kahneman (Fn. 5), S. 521–544. Es folgt dort dann auch in Übersetzung der zweite Nobelpreis-Aufsatz: Choices, Values, and Frames, in: The American Psychologist 39 (1984), 341–350.

43 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 19.

44 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 127–135.

22

23

24

25

Schon erwähnt wurde der Börsenmakler, der bei einer Automobil-Aktie die Frage, ob sie derzeit unterbewertet ist – so dass man sie kaufen sollte –, zu Gunsten eines Bauchgefühls beiseite schob: „Ford? Die bauen einfach tolle Autos“.⁴⁵ Und die Antwort auf die (schwere) Frage, ob man glücklich ist, hängt offenbar davon ab, ob man zuvor die (leichtere) Frage gestellt bekam, wie viele Verabredungen (*dates*) man im letzten Monat hatte.⁴⁶

- 26 Eine weitere Heuristik bezeichnet Kahneman als Halo-Effekt (englisch *halo* = Mondring, Lichtkranz, Heiligschein).⁴⁷ Wir beurteilen Menschen zu sehr nach dem ersten Eindruck ...

Alan: intelligent – fleißig – impulsiv – kritisch – eigensinnig – neidisch

Ben: neidisch – eigensinnig – kritisch – impulsiv – fleißig – intelligent

... und halten deshalb Alan für sympathischer als Ben, obwohl beide exakt die gleichen Eigenschaften haben. Auch Politiker werden oftmals nicht danach beurteilt und gewählt, ob sie kompetent sind, sondern ob sie so aussehen – Kahnemans Beispiel ist der offenbar berüchtigte amerikanische Präsident Warren G. Harding (1865–1923), Amtszeit 1921–1923).⁴⁸

Im englischen Sprachraum heißt es deshalb gern: *Dont't judge a book by its cover.*

b) Expertenwissen

- 27 Eine andere Art von heuristischer „Intuition“ ist das Bauchgefühl von Experten – seien es die Kunstexperten (s.o. III 3), der Feuerwehrhauptmann (s.o. II 1) oder der Börsenmakler (oben vor I).⁴⁹ Dies ist, wie Kahneman immer wieder betont, zwar immer noch eine Sache von „System 1“, aber doch in einer anderen Liga: Derartige „Intuitionen“ sind nichts als ein „Wiedererkennen von Mustern“⁵⁰ und setzen deshalb ein gründliches Studium dieser Muster voraus (oder wenn man will: dieser Zeichenkombinationen, dieser SINNZUSAMMENHÄNGE, siehe § 5 Rn. 40–59). Und natürlich auch: ein entsprechendes, zum Teil sicher angeborenes Talent (mancher ist und bleibt mehr, mancher weniger mathematisch oder musikalisch begabt).

Auf „Mustererkennung“ bei der richterlichen Kognition (!) legt die Methodenlehre von Hans-Joachim Strauch einen Schwerpunkt, und zwar sowohl hinsichtlich der Rechtsfrage als auch hinsichtlich der Tatfrage.⁵¹ Und wie gut kompatibel Kahnemans Ansatz mit unseren Überlegungen zu Logik und Semiotik ist (§ 5), zeigt diese Be-

45 Siehe Rn. 2.

46 Kahneman, Denken (Fn. 5), S.132. Das Experiment hat offenbar den kulturellen Hintergrund (*frame?*), dass (a) die Befragten amerikanische Psychologie-Student/inn/en waren und (b) in diesem Soziotop das *date* eine Institution ist, die Ansehen und Selbstwertgefühl erheblich steigert.

47 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 108 f.

48 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 291.

49 Nebenbei: Wahre Experten sind für Kahneman (Fn. 5), S. 295, offenbar Feuerwehrleute und Krankenpfleger, weniger verlässliche Experten sind Klinikärzte, Stockpicker, Politikwissenschaftler.

50 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 23, 292.

51 Hans-Joachim Strauch, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition“, 1. Auflage, Freiburg i.Br. 2018, durchgehend und besonders Teil E, S. 527–597; 2. Auflage, Baden-Baden 2022, S. 543–611.

merkung: „Beim Schach spielen wiederkehrende Muster interagierender Figuren die Rolle von Buchstaben, und eine Schachposition ist ein langes Wort oder ein Satz.“⁵²

Allerdings stellt sich dann immer wieder die Frage, ob man den Experten trauen kann oder ob man es mit Scharlatanen zu tun hat, mit Menschen, die eine Kompetenz für sich beanspruchen, die sie nicht haben, manchmal sogar: nicht haben können (s.u. VI).

Man denke nochmals an Astrologie und an Verschwörungstheorien, vor allem aber an Sokrates. Sein „Projekt“ war ja nur: den Schein-Experten, insbesondere unter den Politikern, zu zeigen, dass sie nicht *wirklich* wussten, was sie zu wissen glaubten.⁵³ Also etwa: was Tugend oder was Gerechtigkeit ist.⁵⁴

3. Biases: wenn Bauchgefühl allein inadäquat (unangemessen) ist

Was die sogenannten Biases angeht, sollte man vielleicht schon hier fragen, ob die deutsche Übersetzung „Verzerrung“ die Sache gut trifft. Wir hatten eingangs schon angedeutet, dass es so etwas wie unverzerrte Wahrnehmung wohl gar nicht gibt, dies wird sich sogleich bestätigen (unter IV). Daher sollte man statt von kognitiver „Verzerrung“ besser von bestimmten Neigungen oder Prädispositionen unseres Denkens und Fühlens sprechen, vielleicht auch von Perspektiven, Tendenzen oder gar „Filtern“.

Vermutlich trifft „Prädispositionen“ die Sache am besten. Aber es ist zuzugeben: „Biases“ und „Verzerrungen“ klingt *sexier* (und System 1 mag das).

Ein geniales Beispiel dafür, dass eine bestimmte Prädisposition – wörtlich: eine Vor-Ein-Stellung – die Wahrnehmung des Problems und die darauf folgende Entscheidung beeinflusst, ist das folgende Experiment⁵⁵:

Problemsituation 1: Zusätzlich zu Ihrem bisherigen Vermögen erhalten Sie 1000 Dollar. Jetzt sollen Sie sich für eine dieser beiden Optionen entscheiden:

eine 50-prozentige Chance, 1000 Dollar zu gewinnen,
oder 500 Dollar sicher erhalten.⁵⁶

Problemsituation 2: Zusätzlich zu Ihrem bisherigen Vermögen erhalten Sie 2000 Dollar. Jetzt sollen Sie sich für eine dieser beiden Optionen entscheiden:

eine 50-prozentige Chance, 1000 Dollar zu verlieren,
oder 500 Dollar sicher verlieren.

28

29

30

52 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 294.

53 Platon, Die Apologie des Sokrates, 21b bis 22a. – Bei der Apologie (vgl. englisch *to apologize*) handelt es sich um die von Platon nacherzählte Verteidigungsrede des Sokrates vor dem Athenischen Volksgericht gegen die Anklage der Gotteslästerung und der Verführung der Jugend. – Zur Zitierweise: Zitiert wird mit Seitenzahl und Randbuchstabe nach der sogenannten Stephanus-Ausgabe, die im Jahr 1578 von einem gewissen Henri Estienne in Genf besorgt wurde. Die erste Seite kann im Internet betrachtet werden: <https://de.wikipedia.org/wiki/Stephanus-Paginierung> <2.1.2023>.

54 Siehe zur Tugend (*aretē*) Platons Dialog „Menon“, zur Gerechtigkeit (*dikaiosynē*) den Dialog „Politieia“ (oft fälschlich übersetzt mit „Der Staat“); Nachdichtung: Joachim Lege, „Politieia“. Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023.

55 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 345.

56 So schön das Experiment ist: Ich vermute, dass es die Wahrnehmung der Situation verändern würde, wenn man zweimal das Wort „weitere“ hinzufügt: „weitere 1000 Dollar“ als Glücksspiel bzw. „weitere 500 Dollar“ als sichere Option. Vielleicht würde schon dies die Risikofreude erhöhen.

- 31 Der Witz daran ist, dass sich in beiden Situationen, rational betrachtet, *dasselbe* wirtschaftliche Problem stellt: Man muss eine Wahl treffen zwischen einem sicheren Gewinn von 1500 Dollar und einem Glücksspiel, an dessen Ende man entweder um 1000 oder um 2000 Dollar reicher ist. Und doch gab es emotional offenbar einen Unterschied, der einen Unterschied machte: In Problemsituation 1 entschied sich die große Mehrheit dafür, 500 Dollar zu erhalten, in Problemsituation 2 zog die große Mehrheit das Glücksspiel vor.
- 32 Worin besteht nun der Unterschied? Nun, es kommen zwei Prädispositionen zusammen:
- Erstens erleben Menschen im allgemeinen – also statistisch gesehen (dazu Rn. 51–55) – Verluste stärker als Gewinne (Verluste „drohen“, Gewinne „winken“ nur). Kahneman und Tversky nennen dies die *Verlustaversion* (sogleich Rn. 36–37).
- Zweitens gibt es für die Beurteilung einer Situation, hier: eines Vermögenszustandes, keinen absolut richtigen einzigen Punkt. Vielmehr „sieht“ man nicht diesen Zustand, sondern Gewinne und Verluste, und diese werden von einem bestimmten *Referenzpunkt* her beurteilt⁵⁷ – meist ist dies der Punkt des *status quo* (= des Zustands „zuvor“, die Summe dessen, was man schon „hatte“). Und dies waren in der ersten Variante „gefühlte 1000 Dollar“, in der zweiten „gefühlte 2000“⁵⁸.

IV. Die Basic Biases (Grund-Verzerrungen) der Wahrnehmung

- 33 Vor diesem Hintergrund kann man die Lehren von Kahneman und Tversky nun etwas stärker systematisieren und zunächst die *Basic Biases* herausstellen: die Grund-Prädispositionen, die „uns“ (als statistisch-verteilt betrachtet durchschnittliche Menschen) in unseren Wahrnehmungen leiten (IV). Daran lässt sich dann ein Anwendungsteil anschließen, der Tipps und Tricks zunächst wertfrei darstellt (V), bevor man fragen kann, ob einige dieser Tricks vernünftiger sind (*more reasonable*) als andere (VI).
- Deutsche Juristinnen und Juristen sind es ja gewohnt, ihre Rechtsgebiete in einen Allgemeinen Teil und einen Besonderen Teil zu untergliedern.

1. What You See Is All There Is (WYSIATI)

- 34 Die wichtigste und sozusagen Erste Basisverzerrung unserer Wahrnehmungen beruht darauf, dass unser Gehirn nur eine begrenzte Anzahl von Informationen gleichzeitig verarbeiten kann. Die magische Zahl scheint sieben zu sein, plus/minus zwei.⁵⁹
- Für das Gehirn besonders attraktiv ist offenbar die Anzahl von fünf oder drei Gliedern (*items*) – vielleicht beruht der Zauber des Syllogismus (§ 34 Rn. 76) und insbesondere des Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS, dazu § 8) auch darauf.

57 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 338–340.

58 Vgl. Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 345 f.

59 George A. Miller, The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on Our Capacity for Processing Information, in: Psychological Review 63 (1956), 81–97; Kahneman bezieht sich in seinem Buch allerdings nicht auf diese Lehre.

Es ist, nebenbei, kein Zufall, dass Luhmann für seine Theorie sozialer Systeme deutlich mehr als fünf Grundbegriffe nennt, nämlich gleich 33.⁶⁰ Er will damit offenbar zeigen (zeigen!), dass der Gegenstand seiner Theorie – also soziale Systeme – komplexer ist, als wir es uns gewöhnlich vorstellen – etwa, wenn wir über „Markt oder Staat“⁶¹ räsonieren.

Diese Begrenzung führt dazu, dass man in einer jeden beliebigen Situation nicht mehr als diese *seven (plus or minus two) items* auf dem Schirm haben kann. Wenn man die Dinge umfassender betrachten will, muss man gleichsam einen Schritt zurücktreten, Abstand gewinnen und sich der Situation erneut nähern. Gelegentlich hilft es schon, einmal vor die Tür zu gehen.

Manchmal ist ein solches Innehalten allerdings nicht möglich, oder es scheint zumindest so, etwa wenn großer Zeitdruck besteht. In diesen Situationen ist es „wirklich“ so, dass es für uns außerhalb dessen, was wir auf dem Schirm haben, nichts gibt: *What you see is all there is (WYSIATI)*.⁶²

35

Ein Trick, andere zu täuschen, besteht daher darin, sie zum Schein in solche Situationen hineinzubugsieren. Klassisch: Einem potentiellen Käufer wird weisgemacht, es habe vorhin gerade „der Herr Dr. Müller“ an diesem Objekt Interesse gezeigt. Dieser vermeintliche Konkurrenzdruck erhöht die Kaufbereitschaft ungemein.

Nebenbei: Reicht diese Täuschung aus für einen Betrug, § 263 StGB?⁶³

Zudem können wir offenbar Dinge, die wir einmal auf dem Schirm haben, nicht oder nur schwer wieder ausblenden – gerade auch völlig irrelevante oder gar unzulässige Informationen, die uns trotzdem beeinflussen („Der Kläger ist übrigens vorbestraft“).⁶⁴

2. Verlustaversion

Die zweitwichtigste Basisverzerrung ist die schon erwähnte Verlustaversion: Menschen (als statistisch-verteilte Durchschnittswesen) bewerten Verluste höher als Gewinne – grob genommen doppelt so hoch.⁶⁵ Bei routinemäßigen Geschäften spielt diese Verlustaversion keine Rolle.⁶⁶ Sobald es etwas schwieriger wird, sobald man nachdenken muss, kommt sie jedoch ins Spiel und „stupst“ (*nudges*)⁶⁷ unsere Entscheidungen in eine bestimmte Richtung.

36

60 Luhmann, Soziale Systeme (Fn. 8), S. 12.

61 Joachim Lege, „Markt oder Staat?“ Über eine schiefe, ideologische Alternative, in: Eva-Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2015, S. 339–350.

62 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 112–115.

63 Wohl nicht, wenn kein Schaden entsteht, wenn, mit anderen Worten, die Sache den Preis wert ist.

64 Jörg Risse, Der Homo iuridicus – ein gefährliches Trugbild, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2018, 2848–2853 (2849 f.).

65 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 347 f. mit graphischer Kurve zu den Koordinaten „Betrag in Dollar“ und „psychologischer Wert“.

66 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 362.

67 Klassisch dazu – in Fortführung der Kahneman-Schule – Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein, Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness (2008), deutsch: Nudging – Wie man kluge Entscheidungen anstößt, Berlin 2009.

Man betrachte nochmals das Beispiel bei Rn. 30: Wählen wir einen sicheren Gewinn bzw. einen sicheren Verlust, oder lassen wir uns auf ein Risiko ein?

- 37 Nach Kahnemans Einschätzung ist dieses Konzept der Verlustaversion „der wichtigste Beitrag der Psychologie zur Verhaltensökonomik“⁶⁸. Das Konzept erklärt eine ganze Reihe von Phänomenen, etwa die Vorliebe für schlechte Nachrichten⁶⁹ und den so genannten Endowment-Effekt („Besitzeffekt“⁷⁰): Wenn man etwas „hat“, gewinnt es plötzlich an Wert, sobald man es zu verlieren droht (droht!). Beispiele:

A und B haben anfangs das gleiche Gehalt und die gleiche Anzahl von Urlaubstagen. Sodann erhält A mehr Urlaub, B mehr Gehalt – die Proportion beider Größen bleibt aber gleich.⁷¹ Nach einer gewissen Gewöhnungszeit möchte keiner mit dem anderen tauschen, d.h. auf seinen *status quo* an Urlaub oder Geld verzichten.⁷²

Dobelli schildert als eigenes Erlebnis, er habe einmal einen Oldtimer-BMW gekauft und den Kauf lange bereut – bis ihm jemand für den Wagen doppelt so viel geboten wie er selbst bezahlt habe. Da habe er sich von dem Auto nicht mehr trennen können.⁷³

3. Selbstüberschätzung

- 38 Die dritte Grundtendenz (*Basic Bias*, Grundverzerrung) bei den meisten Menschen ist Selbstüberschätzung.⁷⁴ Wir sind im Allgemeinen zu optimistisch, was unsere Fähigkeiten angeht, und nehmen uns selbst zu wichtig. Beispiele:

a) Überbewertung des eigenen Beitrags

- 39 Ein gerade für das Recht wichtiger *bias* liegt darin, dass die Menschen im allgemeinen dazu neigen (Statistik!), bei Gemeinschaftsprojekten ihren eigenen Beitrag stets höher einzuschätzen als den Beitrag der anderen.⁷⁵ Dies ist, wenn man so will, ein Unterfall gleich zweier *Basic Biases*, nämlich Verlust-Aversion (wir bewerten Verluste höher als Gewinne)⁷⁶ und Selbstüberschätzung.

Es erklärt jedenfalls, weshalb vermutlich in den meisten Zweierbeziehungen beide Seiten meinen, mehr zu investieren als die andere Seite. Es erklärt zudem, weshalb die Bereitschaft, Steuern zu zahlen, meist gering ist und Steuerhinterziehung von vielen eher als ein Kavaliersdelikt gewertet wird.

68 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 369.

69 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 370.

70 Wörtlich ist *endowment* die (Erst-) Ausstattung, die man erhält, wenn man z.B. eine Professur oder eine Stelle im Management erhält (zwei Räume mit Durchgangstür, eine Vollzeitstelle Sekretariat, zwei Assistenten). Das will man sich nicht wieder nehmen lassen.

71 Mit anderen Worten: Was A am Urlaub „mehr“ bekommt, bekommt B „mehr“ an Geld. Oder: Der zusätzliche Geldwert bei B entspricht dem zusätzlichen Urlaubswert bei A. Gemäß dem sogenannten Pareto-Optimum werden A und B also völlig gleichwertig behandelt.

72 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 356 ff.

73 Dobelli, Klares Denken (Fn. 4), S. 133–136.

74 Kahneman, Denken (Fn. 5) wählt „Selbstüberschätzung“ geradezu als Überschrift für Teil III (von fünf) seines Buches (S. 245–328).

75 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 166.

76 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 347–351 und öfter.

b) Expertenillusion

Ein weiteres Beispiel für Selbstüberschätzung ist die Illusion von Experten hinsichtlich der Relevanz ihrer Expertise. Sie halten das, was sie schon immer gemacht haben, für sachgerecht und richtig, ja für „gekonnt“ – auch wenn ihr Erfolg ein Ergebnis des Zufalls ist. Nach Kahneman trifft dies ganz besonders bei Fondsmanagern auf dem Wertpapiermarkt zu.⁷⁷

40

So kam Kahneman nach Auswertung einer Tabelle der Anlageergebnisse von 25 Vermögensberatern über 8 Jahre zu dem Schluss, dass ihre mit Bonus belohnten Erfolge – relativ zueinander – das Ergebnis reinen Zufalls bzw. Glücks waren, nicht etwa das Ergebnis von mehr oder weniger Können. Hätte es wirklich kompetentere und weniger kompetente unter ihnen gegeben, dann hätte sich dies auf lange Sicht in der Statistik niederschlagen müssen.⁷⁸

Fragwürdig sind vor diesem Hintergrund die sogenannten Leistungszulagen in der neuen Professoren-Besoldung (seit 2002).⁷⁹ Insbesondere die Einwerbung von Drittmitteln dürfte zum großen Teil Glückssache sein – umso stärker, je mehr sie verlangt wird.

Des Weiteren stellt sich vor diesem Hintergrund natürlich auch hinsichtlich dessen, was **Juristen** tun und „schon immer“ getan haben, die Frage:

41

ob es nicht auf einer Selbstdäuschung beruht.

Ist die juristische Methode vielleicht doch etwas eher Unangemessenes, ja Menschenverachtendes? Und ganz ebenso, ja mehr noch, die Juristenausbildung, insbesondere die deutsche? Trifft dies vielleicht sogar für den „Gegenstand“ zu, mit dem wir es zu tun haben, also für das Recht? So dass man es irgendwie „transformieren“ sollte?⁸⁰

Ich komme darauf zurück (§ 40).

c) Sonstiges (Planungsfehler, Autofahrer und Professoren)

Der wohl schlagendste Beweis für die Neigung (den *bias*), die eigenen Fähigkeiten zu überschätzen, sind allzu optimistische Planungen: Man nimmt sich immer zu viel vor und unterschätzt die Kosten.

42

⁷⁷ Extrem deutlich Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 263: „Eine bedeutende Branche scheint weitgehend auf einer ‚Kompetenzillusion‘ (*illusion of skill*) zu beruhen“; siehe auch S. 323.

⁷⁸ Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 266–268; denn Kriterium für Kompetenz ist die „Konsistenz individueller Leistungsunterschiede“ (Hervorhebung J.L.). Die Reaktion der Vermögensberater auf dieses Ergebnis war natürlich Ablehnung: „Ich habe sehr viel für diese Firma geleistet, und das kann mir niemand nehmen.“

⁷⁹ Gesetz zur Reform der Professorenbesoldung (Professorenbesoldungsreformgesetz – ProfBesReformG) vom 16. Februar 2002, BGBl. I S. 686 (Bundesgesetzblatt Abteilung I Seite 686).

⁸⁰ So die radikale Kritik von Daniel Loick, Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, Frankfurt a.M. 2017.

Beispiele liegen auf der Hand: Elphilharmonie⁸¹, Flughafen BER⁸². Krass auch die Kosten für den Neubau des schottischen Parlaments: Von projektierten 40 Millionen stiegen sie auf letztlich 431 Millionen Pfund.⁸³ Bei Drittmittelprojekten (wie diesem Buch) wird die nötige Zeit meist zu knapp prognostiziert.

- 43 Besonders amüsant ist schließlich: 90 Prozent der Autofahrer glauben, dass sie überdurchschnittlich gut fahren (*above average effect*).⁸⁴ Der gleiche Effekt dürfte sich auch bei der Selbsteinschätzung von Professoren finden.⁸⁵

4. Die Blindheit für Statistik

- 44 Einen letzten *Basic Bias* schließlich will ich „Blindheit“ – oder besser vielleicht: Unterbelichtetheit – „für Statistik“ nennen. Wir scheinen in unserem System 1 kein „Organ“ für die Wahrnehmung von Wahrscheinlichkeiten – im Sinn von Häufigkeiten – zu haben.

Daher fürchten wir seltene Ereignisse mehr als häufige (z.B. einen Flugzeugabsturz mehr als einen Autounfall).⁸⁶

Oder wir weigern uns anzuerkennen, dass bei jedem, aber wirklich jedem Wurf der Roulette-Kugel die Chancen für „Rot oder Schwarz“ genau 50 zu 50 betragen. Wenn die Kugel 20 mal auf Schwarz gefallen ist, setzen alle auf Rot („das muss doch endlich mal kommen“). In Monte Carlo tat sie dies im Jahr 1913 aber erst beim 27. Mal.⁸⁷

- 45 Anders gewendet: Menschen – und zwar selbst gelernte Statistiker – sind „keine guten intuitiven Statistiker“. Sie haben „kein intuitives Gespür“ für Wahrscheinlichkeiten.⁸⁸

Dies gilt vor allem dann, wenn die Stichproben klein sind. So liegen zum Beispiel die Landkreise mit der niedrigsten Nierenkrebshäufigkeit der USA in den traditionell republikanischen Bundesstaaten im Mittleren Westen, Süden und Westen. Zugleich liegen dort aber auch die Landkreise mit der höchsten Nierenkrebshäufigkeit. Dies liegt an der Statistik: Bei kleinen Stichproben gibt es mehr extreme Ergebnisse. Es

81 Die Kosten sind laut wikipedia von ursprünglich veranschlagten 186 Millionen (2005) auf 789 Millionen Euro (2013) gestiegen, laut Deutschlandfunk Kultur von 77 Millionen auf knapp 800 Millionen (<https://www.deutschlandfunkkultur.de/kostenexplosion-bei-der-elphilharmonie-wie-hamburg-die-100.html> <24.02.2024>).

82 Die Kosten stiegen offenbar von 1,9 Milliarden (2005) auf 5,98 Milliarden Euro (<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/245914/umfrage/kosten-des-flughafens-berlin-brandenburg/> <24.02.2024>; ich hoffe, dass die Quelle vertrauenswürdig ist). Nach Angaben des SPIEGEL betrugen die Kosten sogar 7,3 Milliarden Euro (<https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/flughafen-berlin-brandenburg-ber-kosten-steigen-auf-7-3-milliarden-euro-a-1195101.html> <24.02.2024>).

83 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 309.

84 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 321. – Geläufig ist auch die Bezeichnung Lake-Wobegon-Effekt.

85 Allerdings wäre interessant zu sehen, ob sich bei dieser vergleichenden Selbsteinschätzung Unterschiede zwischen Männern und Frauen zeigen.

86 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 396 f.

87 Dobelli, Klares Denken (Fn. 4), S. 121–125.

88 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 15 f.

liegt also nicht etwa an der guten Luft (macht gesund) oder an zu viel Alkohol und Tabak (macht krank).⁸⁹

Wir werden auf diesen Basic Bias („Statistik: Note ‚mangelhaft‘“) mit zwei weiteren Anwendungsfällen zurückkommen (V 3).

5. Verzerrungen? Prädispositionen!

Zuvor aber noch ein Wort zur Terminologie bzw. zur Übersetzung! Der Begriff *Bias* (und dann auch *Basic Bias*) lässt sich schwer übersetzen. Die Grundbedeutung „Verzerrung“ oder auch „Abweichung“ suggeriert, dass es einen sozusagen *clean tone*,⁹⁰ eine saubere, unverfälschte Wahrnehmung gibt – und wir haben gerade gesehen, dass dies wegen der geschilderten „Grundverzerrungen“ nicht der Fall ist. Daher sollte man, wie oben schon angedacht, besser von Neigungen und Perspektiven sprechen, vielleicht auch von Präferenzen oder Beschränkungen der Wahrnehmung, am besten wohl: von Prädispositionen, die wir beim besten Willen nicht ablegen können, selbst wenn wir sie durchschaut haben.

Insoweit liegt es genauso wie bei optischen Täuschungen.⁹¹

Mit Kant könnte man wohl auch von den Grund-Schemata der Urteilskraft sprechen⁹² – und hätte damit eine Assoziationsbrücke zu den Schemata der Jurisprudenz (§ 23): Auch sie sind häufig, aber nicht immer angemessen (adäquat).

Wie auch immer: Die Unübersetbarkeit spricht dafür, für den kognitionspsychologisch-verhaltensökonomischen Begriff „Bias“ guten Gewissens auch das Wort „Bias“ zu verwenden.

46

47

V. Klassische Anwendungsfälle der Basic Biases

Kommen wir nun zu einigen, mittlerweile geradezu klassischen Anwendungsfällen der Basic Biases!

48

Die Gesamtzahl der Biases ist kaum zu überschauen. Wie bereits erwähnt hatten Kahneman und Tversky in ihrem Nobelpreis-Aufsatz von 1974 „rund 20“ Biases (oder Heuristiken?) präsentiert. Die beiden Bücher von Dobelli⁹³ versammeln sogar je 52 „Denkfehler“ – was daran liegt, dass es sich bei ihnen um die Sammlung von Beiträgen handelt, die zuvor wöchentlich in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung erschienen waren.

89 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 139–141.

90 Gitarrenverstärker haben gelegentlich zwei Eingänge (Kanäle, *channels*): einen *clean*-Kanal, der das Instrument so verstärkt, wie es „an sich“ klingt, und einen Effekt-Kanal, der zum Signal einen Effekt hinzufügt, z.B. eine Verzerrung (*distortion*) oder einen Modulationseffekt wie den sogenannten *chorus*. Den authentischsten Clean-Sound liefert nach h.M. der *Jazz-Chorus 120* der Firma Roland.

91 Ein Beispiel oben § 5 II Rn. 35; siehe auch die Beispiele bei Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 41 und S. 130.

92 Siehe nochmals Immanuel Kant, KrV B 176–187 (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga 1787, S. 176–187; „A“ ist die erste Auflage); zitiert nach: Studienausgabe, Stuttgart 1985.

93 Siehe oben Fn. 4.

1. Den Rahmen bestimmen: Framing

- 49 Der mittlerweile wohl bekannteste, bis in die Alltagssprache⁹⁴ vorgedrungene *bias* ist das sogenannte *Framing* (von englisch *frame*, der Rahmen). Je nachdem, wie ein Problem dargestellt wird, werden sich die Menschen überwiegend – also statistisch betrachtet, nicht kausal in jedem Einzelfall! – eher in die eine Richtung oder in die andere Richtung entscheiden.

Es macht offenbar einen Unterschied, ob man Ärzten dieselbe Information zu einer Operationsmethode in unterschiedlicher Formulierung präsentiert: „Die Überlebensrate liegt bei 90 Prozent“ oder aber „Die Sterblichkeitsrate beträgt 10 Prozent“⁹⁵.

Oder ein ökonomisches Beispiel: Die Probanden sollen sich vorstellen, sie hätten eine Theaterkarte zu 10 Dollar gekauft und merken nun vor dem Theater, dass sie die Karte verloren haben. Testfrage: „Würden Sie sich eine zweite Karte kaufen?“ Antwort: zu 54 Prozent „Nein“. Abwandlung: Sie wollen sich ein Theaterstück anschauen und merken an der Kasse, dass Sie einen 10-Dollar-Schein verloren haben. Kaufen Sie sich dennoch eine Karte zu 10 Dollar? Antwort: zu 88 Prozent „Ja“. Dabei sind die beiden Situationen, wirtschaftlich betrachtet, völlig identisch!⁹⁶

2. Einen Fixpunkt setzen: Anchoring

- 50 Der vermutlich zweitbekannteste *Bias* wird dadurch verursacht, dass im Prozess der Entscheidung ein „Anker“ gesetzt wird (*anchoring*).⁹⁷ Dies geschieht vor allem mit Hilfe von Zahlen, etwa bei Vertragsverhandlungen. Selbst wenn man dem Gegenüber sagt, dass ein Angebot von 500 Euro sicher zu niedrig wäre, bleibt diese Zahl bei ihm hängen und zieht gleichsam wie ein Anker das gesamte Spektrum möglicher Preisangebote nach unten. (Das Ganze scheint selbst dann zu funktionieren, wenn das Gegenüber den Trick durchschaut.)

Mit erfahrenen deutschen Strafrichtern hat man folgenden Versuch gemacht: Man gab ihnen die Beschreibung einer Frau, die einen Ladendiebstahl begangen hatte, und ließ sie dann zwei Würfel werfen – die allerdings gezinkt waren: Sie zeigten für die eine Gruppe von Richtern drei Augen, für die andere neun. Diejenigen, die eine hohe Zahl gewürfelt hatten, erkannten auf eine höhere Strafe – im Schnitt acht Monate – als diejenigen, die die kleine Zahl gesehen hatten (fünf Monate).⁹⁸

94 Der Duden kennt *Framing* mit der Bedeutung „durch Medienproduzent oder -konsument erfolgende Einbettung eines Themas in einen subjektiven Deutungsrahmen.“

95 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 115, detaillierter S. 451 f.

96 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 562 f. – dort die Darstellung in dem Aufsatz von 1984, der zum Nobelpreis geführt hat; dasselbe Beispiel leicht abgewandelt auch S. 456: Da kosten die Karten dann schon 80 Dollar.

97 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 152–163.

98 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 159 f.; weitere Beispiele bei Risse, Homo iuridicus, in: NJW 2848 (2850 f.).

3. Statistik: Note „mangelhaft“

Als einen besonders schwerwiegenden Basic Bias haben wir vorhin schon die „Blindheit für Statistik“ angesprochen und dort zwei weitere Beispiele angekündigt. Hier sind sie:

51

a) Statistik oder Kausalität? Die Regression zum Mittelwert

Ein gut verborgener⁹⁹ *bias* besteht darin, dass Menschen zu einem bestimmten Kategorienfehler neigen, nämlich zur Verwechslung von Korrelation (Statistik) und Kausalität. Man „sieht“¹⁰⁰ unmittelbare Zusammenhänge von Ursache und Wirkung, wo in Wahrheit nur ein statistischer Zusammenhang besteht.

52

Kahneman hatte eine Zeitlang für die israelische Luftwaffe gearbeitet und von den Ausbildern immer wieder gehört, Lob sei kontraproduktiv und nur Tadel wirksam. Denn: Fast immer, wenn ein Pilot für ein gelungenes Manöver gelobt wird, macht er es beim nächsten Mal schlechter. Brüllt man ihn hingegen wegen einer schlechten Leistung an, macht er es beim nächsten Mal meist besser.

Die Erklärung ist ganz einfach: Lob oder Tadel haben keine unmittelbar kausale Wirkung. Stattdessen sagt die Statistik, dass es nach extremen Leistungen, seien sie besonders gut oder besonders schlecht, die Rückkehr zum Durchschnitt gibt („Regression zum Mittelwert“). Und der ist dann je nachdem schlechter oder besser als das Extrem.¹⁰¹

53

b) Statistik oder Einzelfall, Wahrscheinlichkeit versus Plausibilität (Linda)

Das umstrittenste Experiment von Kahneman und Tversky betraf eine erfundene weibliche Person Linda, die wie folgt beschrieben wurde:

Linda ist 31 Jahre alt, Single, freimütig und sehr intelligent. Sie hat Philosophie im Hauptfach studiert. Als Studentin interessierte sie sich sehr für Themen wie Diskriminierung und soziale Gerechtigkeit, sie nahm auch an Anti-Atomkraft-Protesten teil.

Die Frage an die Probanden lautete: Was macht Linda heute? Die folgenden Antworten sollten nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit geordnet werden:

Linda ist Grundschullehrerin.

Linda arbeitet in einer Buchhandlung und nimmt Yogakurse.

Linda ist in der feministischen Bewegung aktiv.

(...)

Linda ist Bankkassiererin.

⁹⁹ Die Regression zum Mittelwert und der Unterschied von Korrelation und Kausalität wurde erst im 19. Jahrhundert von Francis Galton entdeckt, siehe Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 224–227. – Ein schönes Beispiel für den Unterschied von Korrelation und Kausalität ist die Häufigkeit von Störchen und Geburten. Alle Statistiken bestätigen: Je mehr Storchenpaare es in einer Gegend gibt, desto mehr Kinder werden dort geboren. Nichtsdestoweniger besteht nur eine Korrelation, keine Kausalität. Siehe etwa Robert Matthews, Storks Deliver Babies ($p = 0.008$), in: Teaching Statistics 22 (2000), S. 36–38. – Zum p -Wert oben Fn. 7.

¹⁰⁰ So explizit Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 102.

¹⁰¹ Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 219 f.

Linda ist Versicherungsvertreterin.

Linda ist Bankkassiererin und in der feministischen Bewegung aktiv.

- 54 Kern des Experiments waren dann freilich nur zwei dieser Antworten:

Linda ist Bankkassiererin.

Linda ist Bankkassiererin und in der feministischen Bewegung aktiv.

Erstaunlicherweise hielten 85 Prozent der Befragten die zweite Antwort für „wahrscheinlicher“ – wohl aus dem Gedanken heraus: Wenn jemand wie Linda schon mit einem Job als Bankkassiererin leben muss, dann wird sie wenigstens in ihrer Freizeit feministisch aktiv sein. Die Logik der Statistik lautet hingegen: Die Zahl aller Bankkassiererinnen ist größer als die Zahl der feministischen Bankkassiererinnen, und deren Zahl geht in der ersten Zahl vollständig auf. Also ist es, statistisch betrachtet, „wahrscheinlicher“, dass Linda zu dieser größeren Zahl gehört.

- 55 Vielleicht liegt aber auch hier kein „Denk“fehler vor, sondern eine **Interpretationsvariante** aufgrund semantischer Doppeldeutigkeit: Wenn man den **Einzelfall** Linda vor Augen hat, kann man die Frage nach der „Wahrscheinlichkeit“ als Frage nach ihrer persönlichen Entwicklung verstehen – und dann ist es „wahrscheinlicher“ im Sinn von *plausibler*, dass sie sich auch als Bankkassiererin treu bleiben wird. Betrachtet man die **Gesamtheit** der Kassiererinnen mit oder ohne feministisches Engagement, dann ist es „wahrscheinlicher“ im Sinn von *vermutlich häufiger zutreffend*, dass sie zur Gesamtmenge statt zur Teilmenge gehört.¹⁰²

Darf man daher sagen: **Kahneman** unterliegt **selbst** dem **Bias** professioneller (De-)Formation? Weil er meint, die Probanden müssten die Frage in seinem „Statistiker-Frame“ verstehen, nicht im empathischen Ordinary-People-Frame?

4. Rückschaufehler (*hindsight bias*)

- 56 Ein besonders häufiger *bias* ist der Rückschaufehler (*hindsight bias*): In der Rückschau erscheint ein Ergebnis als geradezu zwangsläufige Folge der vorangegangenen Aktionen – seien dies nun (a) Taten oder (b) Begründungen. Dadurch gerät aus dem Blick, dass aus der Sicht *ex ante* auch (a) andere Geschehensabläufe vorstellbar gewesen wären oder (b) andere Begründungen möglich und „vertretbar“ (§ 33 II).

Besonders gefährlich ist der *hindsight bias*, wenn es um die Beurteilung wirtschaftlicher oder politischer Erfolge – und ihrer Ursachen¹⁰³ – geht.¹⁰⁴ Er kann dazu führen, dass besonders skrupellose Akteure in eine starke Machtposition kommen – ich denke an die frühen außenpolitischen Erfolge Hitlers, die selbst in bürgerlichen

102 So im Ergebnis auch die Kritik von *Gerd Gigerenzer*, Bauchentscheidungen. Die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition, 15. Aufl., München 2008, S. 103–107: „wahrscheinlich“ kann nicht nur „häufig“ heißen, sondern auch „plausibel“.

103 Besonders schönes Beispiel bei *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 248: Die beiden Gründer von google (für die Nachwelt: die marktbeherrschende Internet-Suchmaschine) wollten das Unternehmen ein Jahr nach der Gründung für weniger als eine Million Dollar verkaufen, aber dem Käufer war der Preis zu hoch. Heute gehören beide zu den reichsten Menschen der Welt.

104 *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 250–257.

Kreisen zu der Einschätzung führten: Aha, so muss man das heute wohl machen. Dass Hitler nur ganz unverschämtes (Anfänger-¹⁰⁵) Glück hatte, wurde ausgeblendet.

Was die Juristenausbildung angeht, so besteht bei sogenannten Musterlösungen die Gefahr, dass andere vertretbare Begründungen als „falsch“ bewertet werden. Der Prüfer oder die Prüferin sollte daher die Aufgabe immer zunächst ganz unbefangen für sich selbst lösen – und auf diese Weise sehen, auf welche Ideen man auch außerhalb des Musters kommen kann.

Einen besonders naheliegenden Rückschaufehler scheint im Strafrecht der Begriff „**Fahrlässigkeit**“ zu begünstigen: „Wo immer ein Unglück in der Welt geschieht, ertönt der Ruf nach dem Staatsanwalt. Wo der Staatsanwalt gerufen wird, findet er: Fahrlässigkeit.“¹⁰⁶ Beispiel: Im April 2011 entstand auf den Feldern südlich von Rostock nach langer Trockenheit ein **Sandsturm**. Er griff über auf die Autobahn A 9, so dass bei Sichtweiten unter zehn Metern 80 Fahrzeuge ineinander rasten; 30 gerieten in Flammen, acht Tote, 130 zum Teil schwer Verletzte. Haben sich die Fahrer wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht?

Nun: Fahrlässigkeit wird im ersten Zugriff definiert als das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Man unterscheidet dann weiterhin Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit, und schon liegt der Zirkelschluss nahe: „Ein Erfolg¹⁰⁷ ist fahrlässig verursacht, wenn gegen eine Sorgfaltspflicht verstoßen wurde. Gegen eine Sorgfaltspflicht wurde verstoßen, wenn der Erfolg (die Verletzung) eingetreten ist.“¹⁰⁸ Aber es kommt doch nicht darauf an, ob es vorhersehbar ist, bei zu hoher Geschwindigkeit auf ein anderes Auto aufzufahren, sondern ob man südlich von Rostock mit Sandstürmen rechnen muss! Und überhaupt: Wie soll man sich richtig verhalten? Wenn man abrupt bremst, fährt einem der Hintermann auf!

Und deshalb handelt es sich eben nicht um Fahrlässigkeit, sondern um ein Unglück, um ein zufälliges Ereignis. (Auch der Zufall ist ein SINNZUSAMMENHANG!¹⁰⁹)

Dass es so etwas wie Rückschaufehler gibt, dessen ist sich die Jurisprudenz in anderen Fällen aber auch einmal bewusst: Im sogenannten Polizei- und Ordnungsrecht, also dem Recht der Gefahrenabwehr, stellt sich gelegentlich die Frage, ob die Polizistin oder die Behörde eine bestimmte Maßnahme ergreifen durfte oder nicht –

sagen wir: eine Wohnung aufbrechen, um zu schauen, ob dem Mieter etwas zugestossen ist.

Bei der Beurteilung dieser Situation kommt es nicht auf Sicht *ex post* an, wörtlich: aus dem Danach (es war ein falscher Alarm), sondern auf die Sicht *ex ante*, wörtlich aus dem Vorher: Die Nachbarn hatten die Polizei alarmiert, weil in der Wohnung immer

¹⁰⁵ Zum Anfängerglück *Dobelli*, Klares Denken (Fn. 4), S. 201–204.

¹⁰⁶ Christian Fahl, Zur Notwendigkeit des Wiedererlernens der Akzeptanz von Unglück in der Welt, in: Juristische Ausbildung (JA) 2012, 808–812.

¹⁰⁷ Für Nicht-Juristen ist es immer wieder erstaunlich, dass die Verwirklichung eines Straftatbestandes (Tötung, Körperverletzung, Diebstahl etc.) als „Erfolg“ (der Handlung) bezeichnet wird.

¹⁰⁸ Fahl, in: JA 2012, 808 (810 f.) – Man könnte auch sagen: Mit dieser Formel werden Kausalität und Sorgfaltspflichtverletzung verwechselt, anders gewendet: Man schlussfolgert *post hoc ergo propter hoc* – „danach, also deswegen“ –; nochmals anders: Man unterliegt dem *hindsight bias*.

¹⁰⁹ Siehe oben § 5 II Rn. 40–59.

57

58

59

wieder Licht brannte und das Radio lief, aber auf ihr Klingeln hin niemand öffnete. Der Mieter hatte sie nicht darüber informiert, dass er (a) länger auf Reisen war und (b) Zeitschaltuhren programmiert hatte.¹¹⁰

Der Fachausdruck hierfür lautet dann: Anscheinsgefahr.¹¹¹

VI. Vernünftigkeitsstrategien (strategies of reasonableness)

- 60 Wir hatten eingangs die Frage gestellt, ob es so etwas wie „unverzerrte“ Wahrnehmung gibt, und sie im weiteren Verlauf verneint. Wir hatten zudem die schwierigere Frage gestellt, ob es so etwas wie Vernünftigkeit (*reasonableness*) geben kann, also eine adäquate (passende, angemessene) Wahrnehmung der Welt, eine Wahrnehmung also, die – bei aller Relativität – doch der *Realität* gerecht wird (oder jedenfalls gerechter als andere Wahrnehmungen). Kahneman und Tversky gehen – wenn man so will: ganz intuitiv – offenbar von dieser Möglichkeit aus,¹¹² und sie haben insoweit eine Reihe von – wie ich es nennen will – Vernünftigkeitsstrategien entwickelt.

Ich selbst definiere Vernünftigkeit als „Probleme dort lösen, wo sie sich stellen“ (§ 31 Rn. 89).¹¹³ Was das Adäquate angeht, so definiere ich die Gelungenheit einer Problemlösung als „Angemessenheit nach angemessenen Kriterien“ (§ 31 Rn. 100–101, § 33 Rn. 25–27).

Erwähnt sei zudem, dass im Begriff Realität das lateinische *res* = die Sache steckt (auch: die Rechtssache). „Unvernünftig“ ist also mehr oder weniger dasselbe wie „unsachlich“.

1. Die (hier so bezeichnete) Große Kompetenzformel (für System 1 und System 2)

- 61 Die erste Strategie ist eher eine allgemeine Empfehlung für das „richtige“ Zusammenspiel von System 1 und System 2 (s.o. II 2 und 3) – anders gewendet: für die Abgrenzung ihrer Kompetenzen¹¹⁴ (für Juristen immer wieder die erste Frage). Kahneman selbst hat diese Empfehlung gar nicht so sehr herausgestellt, ich will sie dennoch als Große Kompetenzformel bezeichnen. Sie lautet:

„Voreilige Schlussfolgerungen (sc. im System 1) sind dann effizient, wenn sie mit hoher Wahrscheinlichkeit zutreffen, wenn die Kosten eines gelegentlichen Fehlers akzeptabel sind und sie viel Zeit und Mühe sparen. Dagegen sind voreilige Schlüsse riskant, wenn die Situation unbekannt ist, viel auf dem Spiel steht und man keine

¹¹⁰ Fall nach *Friedrich Schoch*, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, in: Juristische Schulung (JuS) 1994, 668, dieser nach Verwaltungsgericht (VG) Berlin, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1991, 2854.

¹¹¹ Siehe etwa *Heinrich Lang*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, in: Claus-Dieter Classen/Jörn Lüdemann, Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, § 5 Rn. 69–74.

¹¹² Explizit zum Begriff *reasonable* in der Alltagssprache und in der Ökonomie *Kahneman*, Denken (Fn. 5), S. 508–513 – übrigens mit einem Plädoyer für *Nudging*, also Strategien (insbesondere hoheitliche), die die Menschen zu vernünftigen Entscheidungen „anstoßen“. – Zum Begriff *Realität* schon oben Rn. 16 und 20 mit weiteren Nachweisen („realitätsgebunden“ versus „framegebunden“).

¹¹³ Siehe auch schon *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. S. 358, 383.

¹¹⁴ Nochmals: im Sinn von Können (kompetent sein) und Zuständigkeit (die Kompetenz haben).

Zeit hat, weitere Informationen zu sammeln. Unter solchen Umständen sind intuitive Fehler wahrscheinlich, die allerdings durch gezielte Intervention von System 2 verhindert werden können.“¹¹⁵

Dass diese Regel nicht immer passt, zeigt das Beispiel des Feuerwehrmanns (oben II 1). 62

Interessant übrigens: Kahneman spricht ganz unbefangen von – wenn auch voreilig – „Schlussfolgerungen“ (im englischen Original: System 1 als *machine for jumping to conclusions*). Auch er geht also davon aus, dass es sich bei den „Intuitionen“ nicht um etwas handelt, das außerhalb der Logik läge, sondern um unbewusst ablaufende logische Prozesse.

Dies liegt natürlich ganz auf unserer Linie (s.o. § 5 Rn. 33–36).¹¹⁶

2. Abstand gewinnen: Die Preußische Beschwerdeordnung

Eine sozusagen Erststrategie, um einem *Bias* zu entgehen, wurde beim *Anchoring* schon angedeutet: Abstand gewinnen. Wenn man merkt, dass einem ein unverschämtes Angebot gemacht wird, sollte man nicht mit einem ebenso unverschämten Angebot antworten. Vielmehr sollte man eine Show abziehen und die Verhandlung ganz abbrechen: „Mit dieser Zahl auf dem Tisch können wir nicht miteinander reden!“¹¹⁷

Man denke auch an die Preußische Beschwerdeordnung¹¹⁸ für das Militär: Soldaten durften sich über Vorgesetzte oder Kameraden beim Disziplinarvorgesetzten beschweren, aber erst nach Ablauf einer Nacht. Für die Bundeswehr findet sich die entsprechende Regelung in § 6 Abs. 1 der Wehrbeschwerdeordnung (WBO),¹¹⁹ und mittlerweile hat sogar *wikipedia* diesen Gedanken in seinen Nutzerbedingungen aufgegriffen.¹²⁰

3. Checklisten: Der APGAR-Score bei Neugeborenen

Ein simples Mittel, um allzu simple Heuristiken durch ein rationales Programm zu ersetzen, sind Checklisten. Am schönsten ist eine Erfindung der amerikanischen Anästhesistin Virginia Apgar (1909–1974).¹²¹ Ärzte hatten zuvor bei Neugeborenen die Gefahr von bleibenden Schäden eher unsystematisch nach mal diesen, mal jenen Kriterien oder in einer intuitiven Gesamtschau beurteilt. Apgar entwickelte nun, und dies offenbar spontan „aus dem Stand“, eine Checkliste, die aus fünf Variablen besteht

115 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 105. Siehe auch die Kompetenzabgrenzungen S. 37 f., insbesondere S. 38: „Kurz und gut, der größte Teil dessen, was Sie (Ihr System 2) denken und tun, geht aus System 1 hervor, aber System 2 übernimmt, sobald es schwieriger wird, und es hat normalerweise das letzte Wort.“ Und S. 162 im Kontext des *anchoring*: System 2 schließt ab, System 1 liefert die Daten.

116 Siehe auch schon Lege, Pragmatismus (Fn. 113), S. 416–427: „Juristische Erkenntnis als Wertung? – Wider den Intuitionismus“.

117 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 161.

118 Für den – damals anlassbezogenen – Hinweis danke ich meinem Kollegen Heinrich Lang.

119 Wortlaut: „Die Beschwerde darf frühestens nach Ablauf einer Nacht und muss innerhalb eines Monats eingelebt werden, nachdem der Beschwerdeführer von dem Beschwerdeanlass Kenntnis erhalten hat.“

120 https://de.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Preu%C3%9Fische_Nacht <24.12.2022>.

121 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 280 f.

63

64

(Herzschlag, Atmung, Reflex, Muskeltonus und Hautfarbe), die je nach Robustheit mit 0, 1 oder 2 Punkten bewertet werden. Bei niedrigerer Punktzahl muss das Kind sofort auf die Intensivstation.

Die Anfangsbuchstaben dieses *APGAR-Score* können wunderbarerweise sowohl im Englischen als auch im Deutschen zum Akronym werden: Appearance, Pulse, Grimace, Activity, Respiration bzw. Atmung, Puls, Grundtonus, Aussehen, Reflexe.

4. Das Framing (den Horizont) erweitern: Über den Einzelfall hinaus denken

- 65 Besonders erhellend ist das folgende, freilich etwas mühsame Experiment.¹²² Es zeigt, dass es trotz der Möglichkeit verschiedener Framings bisweilen möglich ist, ein *eindeutig bestes* Framing zu identifizieren.

Stellen Sie sich vor, Sie müssen in *einer* Situation *zwei* Entscheidungen (Nr. 1 und Nr. 2) treffen. Welches *Paar* von Entscheidungen (A oder B aus Nr. 1 plus C oder D aus Nr. 2) werden Sie zusammenstellen?

Entscheidung 1: Wählen Sie zwischen

- A Sicherer Gewinn von 240 Dollar (*kein Druckfehler!*).
- B 25 prozentige Chance, 1000 Dollar zu gewinnen,
und 75 prozentige Chance, nichts zu gewinnen.

Entscheidung 2: Wählen Sie zwischen

- C Sicherer Verlust von 750 Dollar.
- D 75 prozentige Chance, 1000 Dollar zu verlieren,
und 25 prozentige Chance, nichts zu verlieren.

- 66 In beiden Entscheidungen, einzeln betrachtet, wird man vermutlich A und D wählen: Ein sicherer kleiner Gewinn ist verlockender als die geringe Wahrscheinlichkeit eines deutlich höheren Gewinns (A), und eine geringe Chance, nichts zu verlieren, ist immer noch verlockender als ein sicherer Verlust von immerhin 750 Dollar (B).

Betrachtet man die Entscheidungen jedoch als *Paar*, so ergeben sich *per saldo* vier Kombinationen, von denen zwei besonders interessant sind:

AD 25 prozentige Chance, 240 Dollar zu gewinnen,
und 75 prozentige Chance, 760 Dollar zu verlieren.

BC 25 prozentige Chance, 250 Dollar zu gewinnen,
und 75 prozentige Chance, 750 Dollar zu verlieren.

- 67 Man sieht, dass die zweite Kombination (BC) um 10 Dollar besser und damit die *eindeutig* rationalere Doppelentscheidung ist. Dennoch haben sich für BC nur 3 Prozent der Testpersonen entschieden, während die schlechtere Variante (AD) von 73 Prozent gewählt wurde.

Für Juristen ist die Lehre aus diesem Experiment freilich keine Überraschung: Man sollte niemals nur den Einzelfall betrachten, sondern ihn mit ähnlichen Fällen vergleichen.

122 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 411 f.

Wie auch immer, als Regel kann man festhalten:

„Breitere Frames (...) führen im Allgemeinen zu rationaleren Entscheidungen.“¹²³

5. Das Vertrauen in Experten prüfen

Ein weiteres Mittel, um die Urteile bzw. Entscheidungen vornehmlich anderer (aber auch seiner selbst) richtig zu bewerten, ist die Überprüfung von Expertentum. Die „System 1“-Intuitionen von Experten – seien es nun Feuerwehrleute, Börsenhändler oder Juristen – sind nur dann vertrauenswürdig, wenn sie auf wirklicher Expertise beruhen. Dies setzt, so Kahneman,¹²⁴ dreierlei voraus:

- (1) Die Umgebung, auf die sich die Urteile (Entscheidungen, Prognosen) beziehen, ist hinreichend regelmäßig, um vorhersagbar zu sein.
- (2) Der Experte oder die Expertin hatte Gelegenheit, diese Regelmäßigkeiten durch lange Übung zu studieren.
- (3) Dabei gab es zügige und unzweideutige Rückmeldungen (*feedback*) über die Richtigkeit von Gedanken und Handlungen.

Besonders wichtig scheint mir dabei die erste Voraussetzung zu sein: die Regelmäßigkeit, und das heißt: Berechenbarkeit des Gegenstandes, auf den sich die Urteile der Expertinnen oder Experten beziehen.

Kahnemans Beispiele sind Schach – ja, berechenbar – und die Finanzmärkte – nein, sondern überwiegend von Zufall beherrscht. Die „Experten“ mögen daher mehr oder weniger Glück haben – aber mit Expertise hat das nichts zu tun (siehe schon oben Rn. 40-41).

Bemerkenswert ist sodann Kahnemans ethische Folgerung: „Es ist falsch, jemandem einen Vorwurf daraus zu machen, dass er in einer unvorhersagbaren Welt keine genauen Vorhersagen liefert. Allerdings ist es durchaus angemessen, Experten dafür zu rügen, dass sie glauben, eine unmögliche Aufgabe erfolgreich bewältigen zu können.“¹²⁵

Ebenso bemerkenswert ist die Folgerung für Vernünftigkeit: „Wenn es keine stabilen Regelmäßigkeiten in der Umgebung gibt, kann man der Intuition (sc. auch von Experten) nicht vertrauen.“¹²⁶

Die Folgerungen für das Recht liegen auf der Hand: Wenn das Recht zu unübersichtlich und/oder zu häufig geändert wird, dann können juristische Experten auch mit der besten Methode wenig ausrichten. Das Recht wird dann mehr und mehr zum Glücksspiel oder gar durch andere Konfliktlösungen ersetzt.

68

69

70

123 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 457; s. auch S. 412 f. und S. 438: „Die emotionalen Reaktionen von System 1 bestimmen mit viel größerer Wahrscheinlichkeit die Einzelbewertung; der Vergleich, der bei der gemeinsamen Beurteilung stattfindet, geht immer mit einer gründlicheren und anstrengenderen Bewertung einher, die System 2 in Anspruch nimmt.“

124 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 296 f., 300, 515.

125 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 298.

126 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 298.

Das Objekt, das mich in der großen Ausstellung des Jahres 2006 über das Ende des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation (1806) mit am meisten beeindruckt hat, war ein dickes Buch (ein „Wälzer“) zum Erbrecht der europäischen Herrscherdynastien. Dieses Rechtsgebiet war offenbar derart unübersichtlich geworden (welcher Erbe hat Anspruch auf welchen Thron?), dass man es juristisch nicht mehr valide, d.h. konsensfähig, beurteilen konnte – folglich durfte man sich guten Gewissens in die sogenannten Erbfolgekriege stürzen.¹²⁷

Die Idee der Berechenbarkeit des Rechts ist natürlich nichts anderes als die – richtig verstandene – Idee des Rechtsstaats. Geradezu perfid ist es daher, wenn der Staat in immer schnellerer Frequenz immer schlechtere Gesetze macht und dann den Juristen die Schuld gibt, wenn es nicht funktioniert (*blame the victim* – auch ein bekannter *bias*).

6. Weitere Strategien

- 71 In Kahnemans Werk findet sich kein System und auch keine abschließende Liste seiner Vorschläge, wie man vernünftige oder zumindest vernünftigere Entscheidungen trifft. Erwähnt seien daher nur noch zwei weitere.

a) Eine Außensicht gewinnen, insbesondere: Prognosen korrigieren

- 72 Wenn es um Prognosen geht – etwa bei der Planung von Großprojekten – sollte man nicht nur das einzelne Vorhaben betrachten (eine Elbphilharmonie, einen Flughafen, ein Buchprojekt) sondern versuchen, eine Außensicht zu gewinnen.¹²⁸ Man sollte schauen, ob es vergleichbare Projekte gibt, seien es abgeschlossene oder auch gescheiterte, und feststellen, wie viel sie tatsächlich an Zeit und Geld verschlungen haben.

Dass „versunkene Kosten“ kein Grund sind, an einem Projekt festzuhalten („jetzt haben wir schon so viel hineingesteckt“),¹²⁹ sei wenigstens am Rande erwähnt.

Wenn man für diese Projekte einen Durchschnitt ermittelt hat (Referenzwert, Basisprognose), überlege man, wie sehr sich der nun zu beurteilende Einzelfall von ihnen positiv oder negativ unterscheidet – und je nachdem korrigiere man seine Prognose nach oben oder nach unten.¹³⁰

Denkbar sind freilich auch Extrempfälle: Man weiß über den Einzelfall so gut wie nichts, hat aber Vergleichsfälle, oder man weiß viel über ihn und hat keine Vergleichsfälle. Im ersten Fall bleibe man beim Referenzwert, im zweiten folge man seiner Intuition.¹³¹

127 Die bekanntesten sind wohl der Spanische (1701–1714) und der Österreichische Erbfolgekrieg (1740–1748).

128 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 303–314.

129 Ein ökonomischer Allgemeinplatz, siehe Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 425 (schlechtem Geld gutes Geld hinterherwerfen), auch S. 457.

130 Genauer: Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 311, auch S. 237 und 239.

131 Genauer Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 236–242 (mit dem Beispiel eines Berufungsverfahrens für eine Professur) und S. 310 f.

b) Wie ein Händler denken: Güter zum Tausch und Güter zur Nutzung

Menschen unterscheiden offenbar zwischen Gütern zum Tausch (insbesondere Geld) und Gütern zur Nutzung (zum „Haben“, zum „Besitzen“).¹³² Um sich vor unvernünftigen Ausgaben zu schützen – Spontankäufe ereignen sich gern, wenn das System 2 erschöpft ist –, sollte man sich diesen Unterschied verdeutlichen und sodann „wie ein Wertpapierhändler denken“¹³³ – oder überhaupt wie ein Händler: Wie sehr will ich dieses Gut – im Vergleich mit anderen Gütern, die ich stattdessen haben könnte – *besitzen*?

73

Kahneman empfiehlt dies als vorbeugende Maßnahme gegen den Endowment-Effekt (oben IV 2) – und natürlich ist auch dies eine Art Erweiterung des Framings.

Dies leitet über zu Kahnemans – wie ich es nennen will – Methodologischer Großformel.

7. Die (hier so bezeichnete) Methodologische Großformel

Der Anspruch, den die Verhaltensökonomie bzw. Kognitionspsychologie erhebt, ist im Grunde so groß wie bescheiden. Sie will den Umgang mit *Biases* dadurch verbessern, dass man fehleranfällige Situationen erkennt (wobei man sie bei anderen besser wahrnimmt als bei sich selbst) – und sodann die willentliche¹³⁴ und erhebliche Anstrengung unternimmt, System 2 einzuschalten, um die Routinen des System 1 zu korrigieren.¹³⁵

74

Dabei sind Organisationen (z.B. Gerichte!) besonders hilfreich: „Organisationen können Fehler besser vermeiden als Individuen, weil sie naturgemäß langsamer denken und die Macht haben, geordnete Abläufe durchzusetzen.“¹³⁶

Kahneman hat dies am Ende – wiederum, ohne es groß herauszustellen – auf eine Art Methodologische Großformel gebracht (er selbst spricht von Qualitätssicherung). Ich will sie wie folgt paraphrasieren:

75

- (1) Man finde das adäquate Framing für das zu lösende Problem.
- (2) Man sammle die Informationen, die für die Entscheidung relevant sind.
- (3) Man denke nach und prüfe ...

132 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 362 - eine äußerst wichtige Unterscheidung!

133 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 365–367.

134 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 58. – Nebenbei: Man kann gerade der **Gerechtigkeit** – als Tugend! – nachsagen, sie bedürfe „der unaufhörlichen und gleichsam bohrenden **willentlichen Anstrengung**. Gerechtigkeit ist nicht ohne spezifischen Willen zur Gerechtigkeit, sie fordert eine spezifische Haltung“ (Alexander Hollerbach, Reflexionen über Gerechtigkeit, in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 63–76 [66]; erstveröffentlicht in: Norbert Brieskorn/Johannes Müller [Hrsg.], Gerechtigkeit und soziale Ordnung. Für Walter Kerber, Freiburg i.Br. etc. 1996, 42–55; Hervorhebung J.L.).

Und wenn man dann noch bedenkt: **Recht ist das System 2 der Gerechtigkeit** – dann darf man nicht so leichtfertig damit umgehen, wie unsere Gesellschaft es derzeit tut.

135 Kahneman, Denken (Fn. 5), z.B. S. 42, 58, 516.

136 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 517; dort auch Einiges zum folgenden § 36.

- 76 Und dabei ist dann, so will ich hinzufügen, der letzte Halt die Ästhetik¹³⁷ (vgl. § 31 II):
- von der Wahrnehmung (System 1, vor allem WYSIATI)
 - über das Komponieren und Durchrechnen (System 2, z.B. bewusstes Framing)
 - bis zum Zusammenklang des Ganzen (System 3?).

VII. Ausklang

- 77 Wie sehr man dann immer noch schwanken kann, zeigen Kim und Jane.¹³⁸ Sie haben sich beide um eine Professur beworben, und es soll die Bewerberin ausgewählt werden, die die höchste wissenschaftliche Produktivität verspricht. Wir wissen über sie:
- Kim hat vor kurzem ihre Dissertation abgeschlossen. Ihre Empfehlungen sind spektakulär, sie hielt einen brillanten Vortrag und beeindruckte alle Anwesenden in ihren Vorstellungsgesprächen. Sie hat bislang allerdings nicht besonders viel publiziert.

Jane hatte in den letzten drei Jahren eine Stelle als promovierte Nachwuchswissenschaftlerin inne. Sie war sehr produktiv, und sie hat exzellente Forschungsleistungen aufzuweisen, aber ihr Vortrag und ihre Vorstellungsgespräche waren nicht so bestechend wie die von Kim.

Kahneman würde für Jane stimmen, „aber ich müsste mühsam meinen intuitiven Eindruck überwinden, dass Kim vielversprechender ist“.

137 Ästhetik ist sozusagen Anfang und Ende einer gelungenen Kognition; aus juristischer Sicht: Joachim Lege, Ästhetik als das A und O „juristischen Denkens“. 36 Thesen, in: Rechtsphilosophie (RPhZ) 2015, S. 28-36.

138 Kahneman, Denken (Fn. 5), S. 241 f.

§ 36 Verhaltensökonomie (Kognitionswissenschaft) und Neue Juristische Methodenlehre (NJML)

Zugegeben: Dem juristischen Leser wurde im vorangegangenen § 35 einiges an Geduld abverlangt. So mag denn bei dem einen oder anderen trotz der Einschübe mit rechtlichem Inhalt (Fahrlässigkeit bei Sandsturm, Anschein Gefahr, schlechte Gesetzgebung, Juristenausbildung) im Off die Frage schwelen: Was hat das alles mit dem Recht und mit der Juristischen Methodenlehre zu tun? Die Antwort soll lauten:

1

Die juristische Methode ist ein Weg (griechisch *hodós*) hin zu (*metá*) rechtlicher Vernünftigkeit (mit Peirce: *reasonableness*).

Und dies zeigt sich gerade im Licht der neueren Verhaltensökonomie (Kognitionswissenschaft, Erkenntnispsychologie).

I. Vorweg: Der confirmation bias (Bestätigungs-Verzerrung)

Natürlich liegt nun der Einwand nahe: Könnte es sein, dass diese These das Ergebnis einer verzerrten, nämlich professionell-juristisch deformierten Wahrnehmung verhaltensökonomischer Erkenntnisse¹ ist? Einer Verzerrung (oder Prädisposition), die man als *confirmation bias* bezeichnet? Dieser Bestätigungs-Bias lässt uns in der Realität – oder sagen wir: in allen uns begegnenden SINNZUSAMMENHÄNGEN (§ 5 Rn. 40–59) – vorrangig immer genau das „sehen“, was unsere Meinungen über die Welt (oder auch verschiedene Welten) **bestätigt**.

2

Klassisches Beispiel sind Vorurteile, die an Merkmale wie Rasse, Geschlecht, soziale Herkunft und so weiter anknüpfen.² Frauen können nicht einparken,³ deshalb hat man sie schon in der Steinzeit nicht mit auf die Jagd genommen (diese anthropologische Erkenntnis scheint gerade archäologisch widerlegt zu werden⁴).

Mit diesem Vorbehalt wollen wir zunächst die Neue Juristische Methodenlehre (NJML) im Licht der Verhaltensökonomie betrachten (II), dann aber auch die Verhaltensökonomie im Licht der NJML (III).

1 Wir haben uns insoweit konzentriert auf Daniel Kahneman, Schnelles Denken, langsames Denken, München 2012 (Original englisch 2011). Zu einem Konkurrenten siehe Fn. 37.

2 Kahneman, Denken (Fn. 1), S. 211, hält es freilich für gefährlich – und wohl auch nicht wirklich für „moralisch löslich“ –, auf jede Stereotypisierung zu verzichten und/oder dies zu fordern.

3 Die Ratgeberliteratur zum Thema Mann/Frau ist reichhaltig.

4 Randall Haas et al., Female hunters of the early Americas, in: Science Advances 2020, abrufbar unter <https://www.science.org/doi/pdf/10.1126/sciadv.abd0310>; dort ist auch von einem „gender bias“ in der bisherigen Archäologie die Rede (bei Fn. 20). – Das Medienecho war enorm, z.B. *Tageszeitung (taz)* vom 5.11.2020 (<https://taz.de/Archaeologischer-Fund/15726273/>); *Bildzeitung (Bild)* vom 5.11.2020 : <https://www.bild.de/ratgeber/studie-in-der-steinzeit-gingen-auch-frauen-auf-die-jagd-73773850.bild.html>; *Stern* vom 6.4.2022 (<https://www.stern.de/digital/technik/ende-eines-patriarchalen-mythos---frauen-waren-in-der-steinzeit-jaegerinnen-9516676.html>); alle Aufrufe am 03.01.2023.

II. Die NJML im Licht der Verhaltensökonomie/Kognitionspsychologie

- 3 Die Verhaltensökonomie bzw. Kognitionspsychologie dürfte die Thesen der Neuen Juristischen Methodenlehre in einer Art Außensicht (§ 35 Rn. 72) durchaus bestätigen.

1. „Wertungen“ als Sache von – zunächst – System 1

- 4 Eine Hauptthese der NJML lautet: Wir haben als Juristen keine Fähigkeit zu einer höheren „Werterkenntnis“. Vielmehr müssen wir versuchen, Wertungen vernünftig aufeinander abzustimmen. Im Licht der Verhaltensökonomie stellt sich dies wie folgt dar:
Wertungen sind in der Tat emotionale Stellungnahmen zu einem Sachverhalt (mit Kahneman: zu einem Weltzustand) unter den Aspekt gut/schlecht oder auch besser/schlechter (§ 5 Rn. 37–39). Sie sind zunächst eine Sache von System 1, und deshalb werden sie zunächst auch ganz zweifelsfrei erlebt:
„Ford? Die bauen einfach tolle Autos!“ (oben § 35 Rn. 2). Oder auch: „Den A lebenslang ins Zuchthaus stecken? Er ist doch schon gestraft genug!“ (zu diesem Gashahn-Fall § 3 und öfter).
- 5 Erst wenn Zweifel auftauchen – was man so lange wie möglich zu vermeiden sucht⁵ –, kommt System 2 zum Zug: „Hmm. Aber dass der A heimtückisch gehandelt hat und deshalb lebenslang ins Zuchthaus müsste – das lässt sich auf den ersten Blick kaum leugnen. Was machen wir jetzt?“

2. Allerwertswertungen und rechtliches Expertenwissen

- 6 Allerdings: Man muss offenbar unterscheiden zwischen den Jedermanns- oder auch Allerwertswertungen und den geschulten Expertenwertungen der „Rechtskundigen“. In herkömmlicher Terminologie wird das Thema unter dem Begriff „Rechtsgefühl“ diskutiert⁶ – mit dem „Judiz“ der Juristen als durchaus fragwürdiger Kategorie (nämlich wenn damit eine höhere Werterkenntnis in Anspruch genommen wird).
- 7 Für die Jurisprudenz stellt sich nun stets das Problem, dass sie es, im wahrsten Sinn des Wortes, mit einem Widerspruch *zweier* System 1-Wertungen zu tun hat: A behauptet, einen bestimmten Anspruch aus dem Kaufvertrag zu haben (zum Beispiel auf Lieferung einer mangelfreien Gitarre), B widerspricht (die Gitarre wurde gekauft wie beschrieben). Beide sind völlig überzeugt, im Recht zu sein (oder auch: Recht zu „haben“, das ist eine bloße *façon de parler*). Kurz: Die Sache wird streitig.

5 Denn Zweifel sind anstrengend, siehe z.B. Kahneman, Denken (Fn. 1), S. 105 f., 145.

6 Allzu viel gibt es dazu allerdings nicht, siehe etwa Christoph Meier, Zur Diskussion über das Rechtsgefühl. Themenvielfalt, Ergebnistrends, neue Forschungsperspektiven, Berlin 1986; Julia Hänni, Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung. Rechtsmethodik, Objektivität und Emotionalität in der Rechtsanwendung, Berlin 2011 – beides übrigens Untersuchungen aus schweizerischer, die erste noch dazu aus rechtssoziologischer Sicht. – Siehe auch Joachim Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 541–547.

Nach Luhmann entsteht das Recht geradezu aus dieser zunächst kaum merklichen Unterscheidung von streitig/unstreitig.⁷

Ein Rechtsstreit aber ist nichts anderes als ein institutionalisierter Zweifel, und deshalb kommt nun – wenn man sich darauf einigt, die Sache friedlich zu lösen – System 2 ins Spiel. Mit Kahneman: Nur System 2 kann *Regeln* befolgen,⁸ und erst recht kann – über Kahneman hinaus – nur System 2 Regeln interpretieren, ändern oder aufstellen (dazu oben §§ 15 bis § 20). Was dem System 2 offenbar schwerfällt, sind hingegen „eigene moralische Intuitionen“⁹ – **und das ist auch gut so.**¹⁰ Denn im Gegenzug kann System 2 neutral¹¹ und unparteiisch die System 1-Wertungen – auch: rechtlichen Wertungen – beider Seiten „berechnen“.

Daraus folgt, wenn man sich zusätzlich darauf einigt, die Sache von einem *Dritten entscheiden* zu lassen, für diesen geradezu zwangsläufig als wichtigste Regel: *audiatur et altera pars* – man muss beide Seiten anhören (wörtlich: auch die andere Seite soll gehört werden) – und versuchen, ihre Wertungen nachzuvollziehen. Erst dann kann man nach Regeln suchen (sei es finden, sei es erfinden), um den Konflikt zu lösen.

Um die Sache doch einmal, trotz meiner Skepsis (§ 31 Rn. 14–19), ins Ethische zu wenden: Die **Rechtsethik** – also die moralische Begründung und Rechtfertigung des Rechts im Allgemeinen und im Einzelfall – „gehört [zwar] in den Kreis der zahlreichen Spezialethiken; ihr kommt aber eine besondere Funktion zu. Insofern sie das Verhältnis von Moral und Recht zu ihrem Gegenstand hat, geraten alle anderen Ethiken vor ihr Forum, sobald es um die Frage der Umsetzung moralischer Vorstellungen in rechtsverbindliche Normen geht. Demgemäß wird sie potentiell aus allen anderen Spezial-Ethiken gespeist; das Recht hat es in seiner Allbezüglichkeit virtuell mit der Sphäre des Moralischen im ganzen wie in dessen einzelnen Teilen zu tun“.¹²

Für die Methode liegt, um wieder auf den Boden zu kommen, dann aber auf der Hand: Ein Verfahren wie die Relationstechnik (§ 22), das beide Seiten gleichberechtigt in den Rahmen der maßgeblichen Regeln stellt (*Framing*), ist geradezu ein Ausdruck (Expression!¹³) oder wenn man will: eine Präsentation (Vergegenwärtigung)¹⁴ konkreter Vernünftigkeit (*concrete reasonableness*¹⁵).

7 Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 260, auch S. 139. Erstaunlicherweise findet sich dieses zentrale Theoriestück eher in der zweiten Reihe, sogar ganz buchstäblich: Im Sachverzeichnis findet sich „streitige/unstreitige“ nur als Unterpunkt von „Erwartungen“. – Siehe jetzt auch Joachim Lege, Wie entsteht Recht?, Juristische Schulung (JuS) 2025, 193–199 (196 f.).

8 Nochmals Kahneman, Denken (Fn. 1), S. 51.

9 Kahneman, Denken (Fn. 1), S. 454.

10 Zum Wowereit-Zitat siehe oben § 3 Rn. 37.

11 Lateinisch *ne-uter* wörtlich: keiner von beiden.

12 Alexander Hollerbach, Rechtsethik, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1985–1993, Bd. 4 (1988), Sp. 692–694 (693); Wiederabdruck in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 83–85 (84).

13 Wir haben gesehen, dass ästhetische Güte letztlich in der *Expressivität* eines Phänomens besteht (§ 31 Rn. 98 f.).

14 Zur Wichtigkeit der Präsentation Kahneman, Denken (Fn. 1), S. 513. – Das deutsche Wort „Gegenwart“ hat, wie schon erwähnt, seine Wurzeln im Recht; es bezeichnete das wechselseitige Gegen-Einander der Parteien vor Gericht, siehe Rolf Gröschner, Dialogik und Jurisprudenz, Tübingen 1982, S. 52 f.

15 Begriff in Anlehnung an Charles Sanders Peirce, siehe § 31 Rn. 89.

8

9

10

3. Logik als Brücke zwischen System 1 und System 2

- 11 Die NJML betont, im Gegensatz zu den meisten anderen Methodenlehren, die alles überragende – und alles durchdringende – Rolle der Logik für das Recht. Logik ist dabei in einem weiten Sinn zu verstehen (§ 6): Sie umfasst nicht nur die deduktive Logik (zwingende Schlussfolgerungen), sondern auch die induktive und die abduktive Logik (vermutende und kreative Schlussfolgerungen).

In der Verhaltensökonomie bzw. Kognitionspsychologie findet sich zur Rolle „der“ Logik auf den ersten Blick wenig. An einigen Stellen wird die Logik geradezu der Statistik entgegengesetzt¹⁶. Genau besehen handelt es sich an diesen Stellen freilich um eine Entgegensetzung von *Kausalität* und Statistik – und es ist an anderer Stelle geradezu von einer „statistischen Logik“¹⁷ die Rede.

a) System 1 als der Ort unbewussten Schlussfolgerns (jumping to conclusions)

- 12 Auf den zweiten Blick ist umso bemerkenswerter – wir haben es am Rande schon erwähnt –, dass Kahneman dem System 1 bescheinigt, es sei eine „Maschine für voreilige Schlussfolgerungen“ (im englischen Original: *machine for jumping to conclusions*)¹⁸. „Schlussfolgerungen“ – das heißt nichts anderes als: logische Operationen.¹⁹ Und „voreilig“ oder *jumping to* heißt: mehr oder weniger unbewusst, ohne längeres Nachdenken. Man kommt schnell zu einem Ergebnis, ohne sich seiner Prämissen und/oder Schlussformen (Syllogismen) bewusst zu sein oder sie gar zu hinterfragen.

b) System 2 als Ort des syllogistischen Durchrechnens

- 13 Dies geschieht erst mit Hilfe von System 2, und eben dies verträgt sich ganz wunderbar mit dem Konzept einer *working logic*, wie sie in diesem Buch für die NJML entwickelt wurde (§§ 4 bis 7): Wir haben dargelegt, dass „Wertungen“, logisch betrachtet, nichts anderes sind als die ersten, noch ganz „irrationalen“ Prädikate in Aussagen. Diese Aussagen werden sodann in Syllogismen „rational verrechnet“, d.h. auf ihre Folgerichtigkeit überprüft. Genauer: Sie können dort überprüft werden, wenn man sich die Mühe macht, genau hinzuschauen – oder mit Kahneman: die Mühe, das System 2 dazuzuschalten.

c) Abduktionen als Brücke zwischen System 1 und System 2

- 14 Ob man das System 2 dazuschaltet, hängt nun offenbar davon ab, wie sehr man durch eine neue Erfahrung überrascht wird (und dies hängt wieder davon ab, wie faul das individuelle System 2 ist²⁰). Insoweit haben wir in § 6 Rn. 21–22 ganz allgemein gezeigt (und auf das Recht bezogen in § 25 Rn. 14–17, § 19 Rn. 38): Die Überraschung kann sich ereignen in einem neuen *Fall*, einer neuen *Regel* oder einem neuen *Resultat* –

16 Kahneman, Denken (Fn. 1), S. 188 f.: Logiker und Statistiker hätten konkurrierende Definitionen von Wahrscheinlichkeit entwickelt.

17 Kahneman, Denken (Fn. 1), S. 190, 193.

18 Kahneman, Denken (Fn. 1), S. 105–116.

19 Logik ist, wie gezeigt, die Lehre von der Folgerichtigkeit u.a. des Denkens (§ 4).

20 Und wohl auch: wie verbohrt das individuelle System 1.

und sie setzt dann ganz unwillkürlich (!) die Suche nach entsprechenden Abduktionen (kreativen Konklusionen) in Gang. Auf diese Weise sind Abduktionen geradezu die Brücke zwischen System 1 und System 2.

Und ich bin nach wie vor versucht, sie einem System 3 zuzuordnen – einer Art „Maschine für kreative Schlussfolgerungen“ (*machine for inventing conclusions*).

Wie auch immer, es dürfte sich gezeigt haben: Die Verhaltensökonomie/Kognitionspsychologie Kahnemanscher Prägung ist mit der Konzeption einer *working logic*, wie sie der NJML zu Grunde liegt, nicht nur kompatibel. Sie unterstützt sie geradezu „von außen“.

15

4. Rechtliche Vernünftigkeitsstrategien

Mehr noch gilt dies, wie mir scheint, für weitere Werkzeuge aus dem Arsenal²¹ der Juristischen Methode. Sie repräsentieren im Licht der Verhaltensökonomie geradezu Vernünftigkeitsstrategien.²²

16

a) Der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS) als „gutes Framing“

17

Das buchstäblich zentrale²³ Framing der Juristischen Methode ist der Vollständige Juristische Syllogismus (VJS, § 8). Auf ihn hin konzentriert sich alle rechtliche und juristische Begründungsarbeit. Es spricht nun sehr viel dafür, dass es sich beim VJS um ein „gutes Framing“ handelt, um ein Framing also, das der rechtlichen Entscheidungssituation angemessen ist (adäquat) und dadurch rechtliche Vernünftigkeit (*reasonableness*) befördert. Im Einzelnen:

Erstens sorgt die *Regel* (der „Obersatz“) dafür, dass man nicht nur den Einzelfall betrachtet, sondern ihn in eine Reihe mit weiteren Fällen stellt²⁴ – seien es bereits entschiedene oder auch künftig denkbare. Schon diese Erweiterung des Framings schafft Abstand vor zu viel oder zu wenig System 1-Euphorie.²⁵

Zweitens erfordert die Aufbereitung des *Falls* (im „Untersatz“), wenn es sich um mehr als eine Routinesache handelt, einen intensiven und bewussten System 2-Abgleich von rechtlichem Sprachgebrauch und fallrelevantem „Weltwissen“²⁶. Auf dieser Stufe können alle denkbaren SINNZUSAMMENHÄNGE dieser Welt (zum Begriff § 5

21 Das militärische Bild von Methodenlehre als einem „Arsenal“ passt recht gut auf die „Juristische Methodenehre“ von Thomas M. J. Möllers (5. Aufl., München 2023): Sie wirbt damit, dem Juristen einen Vorrat von „weit mehr als 150 Argumentationsfiguren“ zu liefern (S. VII; in der 4. Aufl. waren es noch 100).

22 So auch etwa (und trotz allem) Jörg Risse, Der Homo iuridicus – ein gefährliches Trugbild, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2018, 2848 (2852), mit Blick auf Relationstechnik und Subsumtion.

23 Das Wort Zentrum kommt übrigens über das Lateinische aus dem Griechischen: *kétron* ist der Stachel – nämlich der Stachel eines Zirkels, und dort, wo dieser Stachel sticht, ist der Mittelpunkt des Kreises.

24 Wenn man so will: *you are not alone*.

25 Kahneman, Denken (Fn. 1), S. 446: „Wenn man Fälle isoliert betrachtet, lässt man sich vermutlich von einer emotionalen Reaktion von System 1 leiten.“

26 Im Anschluss an die schöne Formulierung von Kahneman, Denken (Fn. 1), S. 99.

Rn. 40–59) „vor das Forum des Rechts“²⁷ geraten – bis hin zu denen, die das Recht selbst als rechtlich irrelevant qualifiziert.²⁸

Einzelheiten zu Subsumtion und Interpretation: § 9 Rn. 26–28, § 10 Rn. 32; zum Fall als Schnittstelle von SINNZUSAMMENHÄNGEN § 24.

Nebenbei: Im Wort „adäquat“ steckt geradezu das Einander-an-gleichen (lateinisch *ad* = zu, an; *aequus* = gleich).

Drittens ist das *Resultat* (die Rechtsfolge) kein unverrückbares Dogma, sondern ein Prüfstein für die Angemessenheit der Regel und der Fallkonstruktion – mit anderen Worten: des Framings. Ob dabei ein eventuelles Störgefühl nun von System 1 ausgeht oder von einem noch zu erforschendem „System 3“ – einem, wenn man so will, „Sinn für Angemessenheit“²⁹ –, soll an dieser Stelle offenbleiben.

- 18 Viertens schließlich erzählt die logische Gesamtkonstruktion eine spezielle Art von „Geschichte“ – eine *story*, deren Ablauf irgendwie „von innen her geregelt“ ist,³⁰ so dass ihr Ergebnis zwingend erscheint. Eine solche **Geschichte** lässt beide Systeme zur Ruhe kommen: das faule System 2 nach der Anstrengung, die es hinter sich hat, und das System 1, weil es sich zwar gern aufregt, noch mehr aber gute Geschichten liebt.³¹

b) Dogmatik als weitere Erweiterung des Framings (Horizonts)

- 19 Eine weitere Erweiterung des Framings ist das, was in der deutschen Jurisprudenz „Dogmatik“ genannt wird und im angelsächsischen Raum *reasoning from case to case*: das systematische Aufeinanderabstimmen vieler Fälle und Regeln unter dem Gesichtspunkt ihrer rechtlichen Richtigkeit. Diese Dogmatik ist eine Sache von System 2, und sie beginnt schon mit dem zweiten Fall.³² Ihr Hauptfeld sind freilich Systematisierungen größerer Umfangs (§§ 18 und 19), gelegentlich hat sie es sogar mit gänzlich inkompatiblen Framings (Paradigmen, § 20) zu tun.

Dogmatik in diesem Sinn ist also gerade nicht „stur dogmatisch“, sondern stellt immer wieder die Frage nach den „richtigen“ oder zumindest besseren Framings.

- 20 Dass Dogmatik hyperkomplex werden kann, also unangemessen komplex, haben wir erwähnt (§ 15a Rn. 61–64, 74); ebenso die Gefahr, durch schlechte Gesetzgebung (§ 28 Rn. 14–16) oder schlechtes Fallrecht (§ 15a Rn. 44–46) den Gegenstandsbereich des Rechts (= die Gesamtheit der Rechtsregeln) so unregelmäßig zu gestalten, dass

27 Siehe das *Hollerbach-Zitat* Rn. 9 bei Fn. 12.

28 Wunderbare These: *Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Ludger Heidbrink*, Recht auf Nicht-Recht. Rechtliche [!] Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft, Weilerswist 2020.

29 So der Titel einer Arbeit von *Klaus Günther*, Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt a.M. 1988. Sie steht in der Tradition der Frankfurter Schule, und Günther hat offenbar *Jürgen Habermas* bei dessen Hauptwerk zur Rechtsphilosophie (Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M. 1992) mit „juristischem Sachverständ“ versorgt (so Habermas im Vorwort).

30 *Paul Feyerabend*, Wissenschaft als Kunst, Frankfurt a.M. 1984, S. 62 f.

31 Weniger pointiert als hier: *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 114 f.

32 *Joachim Lege*, Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism, in: *Winfried Brugger/Stephan Kirste* (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 2008, S. 207–232 (224): „In Wahrheit beginnt Dogmatik mit dem zweiten Fall, dem Vergleichsfall. Wenn man eine Sitzblockade bestraft hat, muss man auch eine Lkw-Blockade bestrafen.“

seriöse Voraussagen³³ für künftige Fälle nicht mehr möglich sind. Dass dann auch das Vertrauen in Juristen abnimmt, ja realistischerweise abnehmen muss, liegt aus Sicht der Kognitionswissenschaft auf der Hand (§ 35 Rn. 68–70).

c) Relationstechnik und Schemata

Wie am Rande schon bemerkt, ist auch die Relationstechnik (§ 22) ein Verfahren, das der Vernünftigkeit dient: Es lässt beide Seiten eines Rechtsstreits rechtlich zu Wort kommen. Und was die „Schemata“ angeht, die bei einer Falllösung abgearbeitet werden (§ 23) so gleicht ihre Vernünftigkeit offenbar den Checklisten, wie wir sie am Beispiel von Virginia Apgar kennengelernt haben (APGAR-Score, § 35 Rn. 64). Allerdings darf man sie nicht unkritisch anwenden.

21

d) Das letzte Wort des Angeklagten und Regeln zum Abstimmungsverhalten in Gremien

Was das Zu-Wort-Kommen angeht, sollte nicht unterschätzt werden: Die vernünftige Wahrnehmung eines Falls gerade in Strafsachen setzt nach unserem Rechtsverständnis voraus, dass der Angeklagte nicht lediglich das Objekt des Verfahrens ist, sondern selbst ein Beteiligter. Äußerlich sorgt dafür insbesondere das Framing, ihm das letzte Wort zu gewähren (§ 258 Abs. 2 Halbsatz 2 StPO – Strafprozessordnung).

22

Eine besonders schöne Vernünftigkeitsstrategie enthalten schließlich die Regeln des Gerichtsverfassungsgesetzes über das Abstimmungsverhalten in gerichtlichen Spruchkörpern. Sie lauten:

§ 197 GVG Die Richter stimmen nach dem Dienstalter, bei gleichem Dienstalter nach dem Lebensalter, ehrenamtliche Richter und Schöffen nach dem Lebensalter; der jüngere stimmt vor dem älteren. Die Schöffen stimmen vor den Richtern. Wenn ein Berichterstatter ernannt ist, so stimmt er zuerst. Zuletzt stimmt der Vorsitzende.

Der Sinn liegt auf der Hand: Die Rangniedrigeren sollen nicht durch die Ranghöheren beeinflusst werden. Wohl aber soll derjenige, der die höchste Expertise hat (also der „Berichterstatter“³⁴), den ersten Aufschlag machen (nachdem er zuvor Rede und Antwort gestanden hat).

23

5. Konditionalprogramme statt Statistik und Prognose

Ein letzter Vernünftigkeitsfaktor des Rechts (und seiner Methode) besteht schließlich in dem, was geradezu sein „Wesen“ ausmacht: Rechtssätze sind als Konditionalprogramme formuliert: „wenn – dann“ bzw. „Tatbestand – Rechtsfolge“ (§ 14 Rn. 2). Angesichts der Schwäche der Menschen, gute statistische Voraussagen zu treffen, zum Beispiel über die Zahlungsfähigkeit von Geschäftspartnern oder gar Fremden, ist es viel besser zu wissen, nach welchen Regeln man spielt.

24

33 Ich erinnere an *Oliver Wendell Holmes, jr.*, The Path of the Law, in: 10 Harvard Law Review 457 (1897), S. 991–1009 (994): „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.“

34 Er hat die Akte bearbeitet und ein Gutachten (!) mit einem Entscheidungsvorschlag vorgelegt.

Wie schwierig es für Gerichte ist, im Rahmen von Konditionalprogrammen Prognosen „anzuwenden“ – in diesem Fall wirtschaftliche Prognosen –, zeigen die Regelungen im Baugesetzbuch, die eine übermäßige Ausbreitung des großflächigen Einzelhandels zu bekämpfen versuchen.³⁵

Ein Beispiel für schwierige Prognosen in einem Planfeststellungsbeschluss: Bei der Erweiterung des Airbus-Geländes in Hamburg wurde nicht nur Europas größtes Süßwasserwatt (Mühlenberger Loch) zu großen Teile zerstört. Es wurde auch die Start- und Landebahn verlängert, um die Frachtversion des Großflugzeugs A380 dort ausliefern zu können. Das Flugzeug wurde mangels Nachfrage nie gebaut.³⁶

III. Verhaltensökonomie/Kognitionspsychologie im Licht der NJML

- 25 Interdisziplinarität ist keine Einbahnstraße. Daher ist es – leider – nicht so, dass man aus anderen Disziplinen, hier aus der Verhaltensökonomie und der Kognitionspsychologie, Erkenntnisse ganz einfach übernehmen könnte. Dies liegt schon daran, dass auch in anderen Disziplinen manches streitig ist – Kahneman berichtet etwa von seinen Differenzen mit Gerd Gigerenzer (geb. 1947) im Hinblick auf die Bewertung von Heuristiken und Biases³⁷ oder von einer „gegnerischen Kooperation“ mit Gary Klein (geb. 1944).³⁸ Vor allem aber liegen die Erkenntnisinteressen verschiedener Disziplinen mehr oder weniger weit auseinander. So bezeichnetet etwa Kahneman seine und Tverskys *Prospect Theory* als „rein deskriptiv“³⁹, während die Jurisprudenz und ihre Methodenlehren gewiss etwas Normatives sind.
- 26 Schaut man genauer hin, ist freilich auch die Verhaltensökonomie nichts rein Deskriptives – andernfalls könnte sie schwerlich „gute Frames“ von schlechteren unterscheiden,⁴⁰ und sie könnte auch kaum von vernünftigen (*reasonable*) und weniger vernünftigen Entscheidungen sprechen. Was ist aber dann der Grund (*reason*) für eine solche Bewertung?

35 Eingehend dazu *Jonas Kühne*, Bauplanungsrechtliche Einzelhandelssteuerung im Lichte der Rechtsphilosophie Friedrich August von Hayeks, Berlin 2017: Die Regeln des BauGB sind ein untaugliches Mittel, weil sie sich zwischen den Steuerungsmechanismen „Staat“ und „Markt“ nicht entscheiden wollen – und Mischformen „nicht wirklich“ funktionieren. Insbesondere verschwinden dann hoheitliche Fehlinvestitionen „im Nebel des Marktes“ – ein Vorteil für die politischen und wirtschaftlichen Akteure, ein Nachteil für die Allgemeinheit.

36 Wie hochkomplex derartige Verwaltungsentscheidungen – und ihre gerichtliche Überprüfung – sind, zeigt *Ulrike Verch*, Die Airbus-Werkserweiterung im Widerstreit der Interessen. Rechtsfragen der Planung von Großprojekten am Beispiel des Luftfahrtindustriestandorts Hamburg-Finkenwerder, Tübingen 2025.

37 *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 21 mit Endnote 3 (S. 571). – Auch von Gigerenzer gibt es eine Reihe von „populärwissenschaftlichen“ Publikationen, also solche, die sich an ein allgemeines Publikum wenden, z.B. *Gerd Gigerenzer*, Das Einmaleins der Skepsis. Über den richtigen Umgang mit Zahlen und Risiken, Berlin 2002; *Gerd Gigerenzer*, Bauchentscheidungen. Die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition, 15. Aufl., München 2008; *Gerd Gigerenzer*, Risiko. Wie man die richtigen Entscheidungen trifft, München 2013. – **Eigentlicher Klassiker:** *Gerd Gigerenzer/Peter Todd and the ABC Research Group*, Simple Heuristics That Make Us Smart, Oxford 1999.

38 *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 289–293.

39 *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 333 f.

40 *Kahneman*, Denken (Fn. 1), S. 456–461.

Aus Sicht der NJML wird man sagen können: Der letzte „Grund, auf dem man sich bewegt“⁴¹, vielleicht auch: der „Schlussstein“⁴², der System 1 und System 2 zusammenhält, ist eine Ästhetik, deren letzter Halt die Gelungenheit einer Problemlösung ist, d.h. ihre Angemessenheit nach angemessenen Kriterien.

IV. Zum Abschluss: Im Maschinenraum der Gesellschaft

Es mag sein, dass der Verfasser dieser Zeilen, als Jurist, in einer „Expertenillusion“ befangen ist. Vielleicht leidet er sogar ein wenig an den Fehlentwicklungen, die das Recht und die Rechtswissenschaft in den letzten Jahrzehnten genommen haben. Deshalb will ich der soeben erfolgten Apologie des Rechts einen Wermutstropfen hinzugeben:

Das Recht ist etwas Vernünftiges – aber nur, wenn es „gut gemacht“ ist.
Und das ist eine Sache der Methode.

* * *

Im Übrigen möge man stets bedenken (dies sage ich denn doch mit einem gewissen Expertenstolz): Wenn wir über das Recht sprechen, dann reden wir über den „Maschinenraum der Gesellschaft, wo das Graubrot gebacken wird“⁴³. Wir reden über die vielen kleinen Schritte, über die viele harte Arbeit, die man dort mit möglichst immer gleicher Sorgfalt leistet. Wer diese Arbeit verachtet und stattdessen ein „ganz anderes Recht“ auf dem Schirm hat – wie einige Vertreter der Fachphilosophie, genauer: der Kritischen Theorie Frankfurter Schule in ihrer verkrusteten dritten und vierten Generation (Menke, Loick) –, der weiß ganz einfach nicht, wieviel Mühe das Kleinvieh der Gerechtigkeit macht.

27

28

⁴¹ Anspielung auf *Alexander Hollerbach*, Auflösung der rechtstaatlichen Verfassung? Zu Ernst Forsthoffs Abhandlung „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“ in der Festschrift für Carl Schmitt, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 85 (1960), 241–270 (265 Fn. 126); wiederabgedruckt in: Ausgewählte Schriften, hrsg. von Gerhard Robbers, Berlin 2006, S. 107–133 (128).

⁴² Anspielung auf *Immanuel Kant*, Kritik der praktischen Vernunft (1788), Vorrede, S. 4 (Hervorhebung dort), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1974 : „Der Begriff der Freiheit, so fern dessen Realität durch ein apodiktisches Gesetz der praktischen Vernunft bewiesen ist, macht nun den *Schlüsse* von dem ganzen Gebäude eines Systems der reinen, selbst der spekulativen, Vernunft aus (...).“

⁴³ Eine Formulierung des Greifswalder Oberbürgermeisters Stefan Fassbinder bei der Gedenkfeier für die Opfer des Nationalsozialismus am 27. Januar 2023.

