

## Ästhetik als das A und O „juristischen Denkens“

- 36 Thesen -

*Joachim Lege*, Greifswald

A und O, das heißt Anfang und Ende: Der folgende Beitrag will thesenartig zeigen, inwieweit ästhetische Kategorien den Beginn, aber auch den Abschluss juristischer Anstrengung bilden. Er wendet sich nicht nur an Juristen, sondern interdisziplinär an Interessierte aller Fachrichtungen. Deshalb ist das eine oder andere, vor allem in den Fußnoten, ausführlicher erläutert als in juristischen Abhandlungen üblich. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der rechtswissenschaftliche Anspruch der Abhandlung sich auf „Laienniveau“ bewegte.\*

### I. Vorbemerkung

1. „Juristisches Denken“ – warum in Anführungszeichen? Weil man das Denken, als solches, nicht überschätzen sollte. Es kommt darauf an, was man damit macht – und auf die Maßstäbe, nach denen man sich dabei richtet.<sup>1</sup>

### II. Denken

2. Denken ist kein Selbstzweck. Der einzige Zweck des Denkens ist, eine Überzeugung (*belief*) zu erarbeiten, die einen Zweifel (*doubt*) überwindet – Zweifel daran, was zu tun ist.<sup>2</sup>

3. Das Wesen der Überzeugung besteht darin, eine Verhaltensgewohnheit (*habit*) zu etablieren, d.h. eine Regel zu entwickeln, nach der man künftig handeln will.<sup>3</sup>

\* Die folgenden Thesen lagen einer Diskussion zu Grunde, die ich am 12.2.2013 am Bielefelder Zentrum für Interdisziplinäre Forschung (ZIF) auf Einladung von *Jörn Reinhardt* mit Vertretern verschiedenster Disziplinen führen durfte. Ich danke ihm und allen Diskutanten sehr herzlich.

<sup>1</sup> Mit anderen Worten: Denken als solches ist trügerisch – wie die Psychologie immer wieder zeigt, zuletzt etwa *Kahnemann*, *Schnelles Denken, langsames Denken*, 2012 (orig.: *Thinking, fast and slow*, New York 2011). Und große Denkgebäude mögen, wie der hölzerne Kopf in des Phädrus Fabel, zwar schön sein; aber ohne nachprüfbaren Bezug auf die Realität sind sie hohl oder gefährlich.

<sup>2</sup> Damit gebe ich mich als Pragmatisten zu erkennen, genauer: als Peirceaner. Zum Gedanken: *Charles Sanders Peirce*, *The Fixation of Belief* (1877), in: *Collected Papers*, Vol. 5, 1934/35 (reprint 1960), par. 375 (abgekürzt: CP 5.375), deutsch in: *Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus*, hrsg. von *Apel*, 1970, 158 f. (im Folgenden: *Schriften*).

<sup>3</sup> *Peirce*, *How to Make Our Ideas Clear* (1878), CP 5.398 = *Schriften*, 191.

4. Für die Festlegung einer Überzeugung gibt es – nach *Peirce* – verschiedene Methoden, etwa die Berufung auf Intuition (*a-priori-method*) oder auf Autorität. Wissenschaftlich ist allein die Methode der Logik, denn nur sie erlaubt die Kritik von Argumenten.<sup>4</sup>

### III. Juristisches Denken

5. Der Zweifel, den juristisches Denken zu überwinden hat, besteht in der Frage, wer in einem rechtlichen Streitfall siegen soll – wessen Wille daher auf Kosten des Willens des anderen durchgesetzt werden darf.

6. Die Überzeugung, die juristisches Denken zu erarbeiten hat, besteht in einer Regel, die den Fall derart auf den Begriff bringt, dass er für alle künftigen Fälle als Vorbild (in *Peirce*'scher Diktion: als *type*<sup>5</sup>) dafür dienen kann, wer im Recht ist.

7. Die Form, in der dies geschieht, ist die Logik, genauer: der von mir<sup>6</sup> so bezeichnete Vollständige Juristische Syllogismus (VJS), bestehend aus dem sog. Justizsyllogismus<sup>7</sup> (deduktiv<sup>8</sup>) und einem in ihn eingebauten Subsumtionssyllogismus<sup>9</sup> (nicht deduktiv, hier induktiv<sup>10</sup>). Beispiel:

- (1) Mord, d.h. Tötung in Heimtücke, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.
- (2) Heimtücke ist das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.
- (3) A hat seine Frau B ermordet.
- (4) Er hat B nämlich vergast, als sie schlief und daher arg- und wehrlos war.
- (5) A ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

8. Die klassische Frage der sog. Juristischen Methodenlehre lautet: Wie kommen in diese logische Form die richtigen Inhalte hinein? Woher kommt die „Erkenntnis“, dass ein bestimmter Fall als Mord (und nicht nur Totschlag) zu qualifizieren ist?<sup>11</sup> Oder ein Winken mit der Hand als Annahme eines Vertragsangebots?<sup>12</sup> Oder das

<sup>4</sup> Vgl. *Peirce*, *The Fixation of Belief*, CP 5.358 ff. = Schriften, 182 ff., und eingehend dazu *Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, 1999, 73 ff.

<sup>5</sup> *Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, 1999, 233 m.w.N.

<sup>6</sup> *Lege*, *Subsumtion pragmatisch. Deduktion, Induktion und Abduktion*, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), *Subsumtion – Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre*, 2012, 259 ff.

<sup>7</sup> Dies ein geläufiger Terminus, vgl. *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, allerdings nur im Sachverzeichnis (321) mit Verweis auf die Sache selbst in S. 92.

<sup>8</sup> Dazu im Anschluss an *Peirce Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, 1999, 83 ff.

<sup>9</sup> Auch dies ein geläufiger Terminus, s. *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1995, 94.

<sup>10</sup> Dazu im Anschluss an *Peirce Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, 1999, 86 ff.

<sup>11</sup> Instruktiver Fall: BGHSt 9, 385 ff.; fraglich war, ob das Mordmerkmal „Heimtücke“ vorliegt, wenn der Täter seine Frau, die er sehr liebt, und sich selbst zu vergasen versucht, während sie schläft, um beiden Schande zu ersparen – und damit die Frau tötet (während er selbst gerettet wird); methodologisch eingehend dazu *Lege* in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), *Subsumtion – Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre*, 2012, 260 ff.

<sup>12</sup> Klassischer Schulfall, sog. Trierer Weinversteigerung (s. etwa *Bork*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Aufl. 2011, Rn. 593). Nach heute h.M. dürfte dem Handheber das Winken auch dann als Willenserklärung zuzurechnen sein – und damit als Annahme des Angebots des Versteigerers –, wenn er dies nicht wusste und wollte, wenn ihm also das sog. Erklärungs-

über Rundfunk verbreitete behördliche Verbot, Endiviensalat zu verkaufen, als ein sog. Verwaltungsakt?<sup>13</sup> Woher kommt die „Erkenntnis“, man müsse das „kann“ in § 35 Abs. 2 BauGB als „muss“ interpretieren?<sup>14</sup>

9. Die klassische Antwort der Juristischen Methodenlehre ist ein *argumentum a legitimatione petita*: (Gute) Juristen seien Fachleute, sie verfügten daher über ein wertorientiertes Denken,<sup>15</sup> das sie die richtigen Prämissen für ihre juristischen Schlussfolgerungen – die an sich ganz simpel sind – finden lässt. Wie dies genau geschieht, lasse sich nicht weiter erklären, es sei Sache des (guten) „Judizes“ – und das habe man als Jurist eben zu haben.<sup>16</sup> Kurz: Wo die Logik aufhört, fange die Wertung an.

10. Demgegenüber ist zu betonen: Die „Inhalte“ kommen in das juristische Denken – genauer: in die juristische Logik – so wie in jedes andere Denken<sup>17</sup> ausschließlich auf dem Weg der Ästhetik, d.h. der Wahrnehmung, hinein. Und sie werden zu „richtigen“ Inhalten allein mit Hilfe der Ästhetik, d.h. eines geschulten Geschmacks.<sup>18</sup>

#### IV. Ästhetik

11. Mithin ist Ästhetik in einem doppelten Sinn zu verstehen: Zum einen, gemäß dem griechischen Wortsinn,<sup>19</sup> als Lehre von der Wahrnehmung (oder bei *Kant* in der Kritik der reinen Vernunft: als Lehre von der „Anschauung“ im Gegensatz zum „Denken“, zum „Begriff“); zum anderen als normative Lehre von der ästhetischen Qualität („Güte“) eines Objekts (Objekt im weiten Sinn, also auch etwa einer Handlung).<sup>20</sup>

12. Ästhetik bezeichnet in beiden Richtungen den Übergangsbereich zwischen dem (schon/noch) Sagbaren und dem (noch nicht/nicht mehr) Sagbaren („je ne sais quoi“), das sich nur spüren und zeigen lässt.<sup>21</sup>

bewusstsein fehlte. Grund: Er musste „bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ wissen, dass er sich auf einer Versteigerung befand und wie die dortigen Gepflogenheiten sind, vgl. BGHZ 91, 324 (330).

<sup>13</sup> Klassischer Fall: BVerwGE 12, 87 ff.

<sup>14</sup> Klassischer Fall: BVerwGE 18, 247 ff. – Man beachte: Bei dieser vierten Frage kommt es nicht (wie bei den drei Fragen zuvor) auf die Subsumtion des Lebenssachverhalts unter einen Rechtsbegriff an, sondern auf die Auslegung eines Rechtstextes.

<sup>15</sup> Klassiker: *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Aufl. 1960; ebenso immer noch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, 36 ff.

<sup>16</sup> So die etwas polemische Wendung von *Gröschner*, *Judiz* – was ist das und wie lässt es sich erlernen?, JZ 1987, 903 ff.

<sup>17</sup> Vgl. *Peirce*, *Lectures on Pragmatism* (1903), CP 5.212 = Schriften, 420: „Die Elemente eines jeden Begriffs treten in das logische Denken durch das Tor der Wahrnehmung ein und gehen durch das Tor des zweckhaften Handelns wieder hinaus; und alles, was an diesen beiden Toren seinen Pass nicht vorzeigen kann, ist, als von der Vernunft nicht autorisiert, festzunehmen.“

<sup>18</sup> Dies sind die Kernthesen dieses Beitrags.

<sup>19</sup> αἰσθάνεσθαι bedeutet (mit den Sinnen) wahrnehmen, empfinden, spüren.

<sup>20</sup> Meine Darstellung der Ästhetik: *Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, 1999, 306 ff. mit zahlr. w.N.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 328 ff., 337 f. m.w.N.

13. Im sozusagen unteren Bereich der Ästhetik, dem der Wahrnehmung, gehen die Wahrnehmungen, für die wir noch keine Worte haben, über<sup>22</sup> in erste Prädikate,<sup>23</sup> die wir den Dingen (Objekten, Situationen) zuschreiben (z.B. „Es macht mir Angst“).

14. Im sozusagen oberen Bereich der Ästhetik, dem der Beurteilung einer gestalteten Situation, hat der Bereich, in den das Sagbare übergeht, eine objektive und eine subjektive Dimension. Die objektive Seite des Nicht-mehr-Sagbaren kommt insbesondere im Begriff „Stil“ zum Ausdruck.<sup>24</sup> Die subjektive Seite lässt sich mit Begriffen wie „Gespür“, „Takt“, „Sinn für etwas“, „Geschmack“ bezeichnen – vielleicht sogar: „Urteilkraft“ (aber der Begriff ist problematisch).<sup>25</sup>

## V. Ästhetik als Ausgangspunkt juristischen Denkens

15. Im sozusagen unteren Bereich der juristischen Ästhetik, dem, der der Wahrnehmung entspricht, geht es um Wertungen – Wertungen, die zunächst spontan erlebt werden, bevor sie einer Situation als erstes Prädikat zugeschrieben werden. Beispiel: Einer Handlung, die Empörung<sup>26</sup> hervorruft, wird das Prädikat „ungerecht“ zugeschrieben.

16. Juristisches Denken ist ein Unterfall rechtlichen Denkens. Rechtliches Denken meint sowohl die Perspektiven der Streitenden (die sich jeweils im Recht fühlen) als auch die Perspektive dessen, der den Streit als Dritter zu beurteilen oder gar zu entscheiden hat, insbesondere also: des Juristen.<sup>27</sup>

17. Bedingung für ein gelungenes juristisches Urteil ist, dass der Urteilende die Perspektive der Streitenden – *beider* Streitenden –, dass er ihre *Wahrnehmung* des Problems nachzuempfinden in der Lage ist.<sup>28</sup> Er muss das Gefühl von Recht und

<sup>22</sup> Zu diesem Übergang *Peirce*, *Lectures on Pragmatism*, CP 5.181 = Schriften, 404: „Die dritte Schleifsteinthese lautet, dass abduktives Schließen allmählich, ohne scharfe Trennungslinie, in ein Wahrnehmungsurteil übergeht; oder mit anderen Worten, unsere ersten Prämissen, die Wahrnehmungsurteile, müssen als ein extremer Fall abduktiven Schließens angesehen werden, von dem sie sich dadurch unterscheiden, dass sie absolut jenseits der Kritik sind. Die abduktive Vermutung kommt uns blitzartig. Sie ist ein Akt der Einsicht, obwohl von außerordentlich trügerischer Einsicht.“ – Zur Abduktion im Juristischen zuletzt *Lege*, in: *Gabriel/Gröschner* (Hrsg.), *Subsumtion – Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre*, 2012, 271 ff.

<sup>23</sup> Zu Gefühlen als ersten Prädikaten schon *Peirce*, *Some Consequences of Four Incapacities* (1868), CP 5.291 = Schriften. 61 ff.

<sup>24</sup> Näher dazu *Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, 1999, 334 f., 341 f. m.w.N.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 337 f., 341 f., auch 308 ff., 310 ff. m.w.N.

<sup>26</sup> Bei *Kant* ist Empörung geradezu die „Marker-Emotion“ für als ungerecht empfundene Situationen, s. *Lege*, *Abscheu, Schaudern und Empörung. Die emotionale Seite von Recht und Sittlichkeit bei Kant*, *JRE* 15 (2006), 447 ff.

<sup>27</sup> Kurze Skizze bei *Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, 1999, 486; s. auch 542 ff. zum Rechtsgefühl auf diesen verschiedenen Ebenen.

<sup>28</sup> Biologisch hat dieses Argument seine Grundlage in den sog. Spiegelneuronen, d.h. den Gehirnzellen, die bei Primaten das Mitempfunden der Gefühle anderer ermöglichen (*Rizzolatti/Sinigaglia*, *Empathie und Spiegelneurone: Die biologische Basis des Mitgefühls*, 2008).

Unrecht auf beiden Seiten nachfühlen können (vgl. auch Inst. 1.1.: „*iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia* ...“<sup>29</sup>).

18. Historisch gesehen bedeutet dies, dass immer wieder etwas überhaupt als eine Frage von Recht und Unrecht, nicht als eine Frage von Unglück oder Schicksal *wahrgenommen* wird,<sup>30</sup> z.B. die Diskriminierung aufgrund von Geschlecht oder Hautfarbe (*Shklar*), z.B. der Umweltschutz<sup>31</sup> („*Should Trees Have Standing?*“). Recht ist oft zuallererst eine Frage des Wachrüttelns (vgl. *Ringelnatz*<sup>32</sup>).

19. Praktisch gesehen könnte dies bedeuten, dass in einem Rechtsstreit derjenige obsiegt, der „die bessere Geschichte zu erzählen hat“ (vgl. den Film „*Amistad*“<sup>33</sup>). Aber was macht seine Geschichte zur besseren? Wohl nicht nur die unmittelbare emotionale Wirkung; sondern das bessere Hineinpassen in die rechtlichen Wertungen und Vorurteile, die wir bereits haben – die wir aber, naturgemäß, noch nicht für jeden Fall zu Ende gedacht haben.

20. An dieser Stelle kommt spezifisch juristische (nicht nur: rechtliche) Ästhetik ins Spiel. Sie bezieht sich auf die Wahrnehmung von etwas Drittem, das jenseits der beiden Streitenden steht: das Recht in seiner Gesamtheit und „Objektivität“ (im doppelten Sinn: als Gegenstand und als unparteiisch).<sup>34</sup>

<sup>29</sup> *Behrends/Knütel/Kupisch*, *Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen*, 1993, 1: „Rechtswissenschaft ist die Kenntnis von den göttlichen und menschlichen Dingen (...)“.

<sup>30</sup> *Shklar*, *Über Ungerechtigkeit*, 1992 (orig.: *The Faces of Injustice*, 1990).

<sup>31</sup> Klassisch *Stone*, *Should Trees Have Standing – Toward Legal Rights for Natural Objects*, *Southern California Law Review* 45 (1972), 450 ff. – *Standing* bedeutet „Klagebefugnis, Klagerecht“, der Titel lautet also wörtlich übersetzt: „Sollten Bäume ein Klagerecht haben?“

<sup>32</sup> „Du musst die Leute in die Fresse knacken./ Dann, wenn sie aufmerksam geworden sind./ - vielleicht nach einer Eisenstange packen./ - musst du zu ihnen wie zu einem Kind/ ganz schamlos fromm und ärmlich einfach reden/ von Dingen, die du vorher noch nicht wusstest./ Und bittest sie um Verzeihung - einzeln jeden -/ dass du sie in die Fresse schlagen musstest./ Und wenn du siegst: so sollst du traurig gehen./ Mit einem Witz. Und sie nie wieder sehen.“ (*Joachim Ringelnatz*, *Vier Treppen hoch bei Dämmerung*, in: ders., *Kuttel Daddeldu*, 1942, 190; Rechtschreibung behutsam modernisiert).

<sup>33</sup> Der Film (Regie *Steven Spielberg*, 1997) handelt von einem historischen Prozess vor dem Supreme Court of the United States: Das spanische Schiff *La Amistad* („Freundschaft“) hatte afrikanische Sklaven geladen, um sie von Kuba aus zu verschiffen. Die Sklaven konnten sich befreien und das Schiff in ihre Gewalt bringen. Das Schiff geriet in die Vereinigten Staaten. Dort wurden die Sklaven festgenommen, weil verschiedene Parteien, u.a. die spanische Königin, ihr Eigentumsrecht an den Sklaven geltend machten. Der Supreme Court erkannte das Recht der Sklaven, sich die Freiheit zu erkämpfen, als Menschenrecht an und verfügte ihre Freilassung. – Man beachte: In den Südstaaten der USA wurde die Sklaverei erst 1865 durch den 13. Zusatzartikel zur amerikanischen Verfassung abgeschafft.

<sup>34</sup> Dass im „objektiven Recht“, d.h. der Gesamtheit der Rechtsnormen (*Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, 407), gerade auch dieses Element der Unparteilichkeit steckt, wird selten gesehen. – S. auch unten bei Fn. 40.

21. Juristische Ästhetik ist in ihrem Ausgangspunkt der Sinn für das Geflecht<sup>35</sup> der rechtlichen Wertungen – wenn man will: der Prinzipien (im Sinne *Dworkins*<sup>36</sup>) einer Rechtsordnung. Diese Wertungen sind niemals widerspruchsfrei, sondern stehen notwendig immer wieder im Konflikt, etwa das Prinzip der Vertragsfreiheit mit dem Prinzip des Schutzes der schwächeren Partei.<sup>37</sup> Wie diese Prinzipien im konkreten Fall erfolgreich gegen andere ausgespielt werden, darin liegt die juristische Kunst. Sie beruht letztlich auf der Kenntnis von Fällen, Fällen, Fällen<sup>38</sup>, von Regeln, Regeln, Regeln<sup>39</sup> und auf dem Vermögen, daraus das „objektive Recht“ zu konstruieren.<sup>40</sup>

## VI. Ästhetik als Abschluss juristischen Denkens

22. Im sozusagen oberen Bereich der juristischen Ästhetik geht es um die professionelle<sup>41</sup> Beurteilung dessen, was Juristen produzieren: die Beurteilung der (Neu-)Gestaltung einer sozialen Situation durch eine rechtliche Entscheidung.

23. Juristische Ästhetik zielt in ihrem Endpunkt daher auf das Vermögen<sup>42</sup>, in einem Rechtsfall die bessere Lösung als „juristisch richtig“<sup>443</sup> zu erkennen und wahrzunehmen.

<sup>35</sup> Zu den „Geflechten“, auf die Rechtsbegriffe Bezug nehmen: *Lege*, Rechtsbegriffe. Ihre Logik, ihre Bedeutung, ihre Richtigkeit, GreifRecht 1 (2006), 1 (10 ff.); dort allerdings zum Geflecht des Rechts – d.h. der Dogmatik – nur sehr rudimentär (11).

<sup>36</sup> *Dworkin*, Bürgerrechte ernst genommen, 1990, insb. 54 ff., 130 ff., 145 ff. (original: *Taking Rights Seriously*, 2. Aufl. London 1978); dazu *Bittner*, Recht als interpretative Praxis. Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts, Berlin 1988, 118 ff., die aber auch darauf hinweist, dass Dworkin in der geschlossensten Darstellung seiner Rechtstheorie (*Law's Empire*, 1986) weitgehend ohne diese – besonders in Deutschland extensiv rezipierte – Unterscheidung auskommt.

<sup>37</sup> Stichworte: Arbeitsrecht, Verbraucherschutz (jetzt z.B. §§ 355 ff., 474 ff., 491 ff., 506 ff., 510 BGB). – Oder in den Worten des Bundesverfassungsgerichts: Die „strukturell ungleiche Verhandlungsstärke“ der Vertragspartner muss bei der Auslegung und Anwendung des Zivilrechts belastet werden. Daher war – im konkreten Fall – eine Bankbürgschaft in Höhe von 100.000 DM, die eine 21jährige, selbst vermögenslose Tochter für ihren Vater übernommen hatte, unwirksam (BVerfGE 89, 214 ff.).

<sup>38</sup> Denn: Der Fall ist die Realität des Rechts, nicht etwa das Gesetz!

<sup>39</sup> Denn: Erst die Regel macht die Entscheidung verallgemeinerbar (oder wenn man will: nachahmbar), so dass Gleichbehandlung – und damit Gerechtigkeit (so schon *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, 6. Aufl. 1986, Buch V) – möglich werden.

<sup>40</sup> *Lege*, „Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism“, in: *Brugger/Kirste* (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, 207 (224 ff.).

<sup>41</sup> Entgegen *Ludger Schwarte* (in diesem Heft) beharre ich darauf, dass auch die Entscheidung darüber, welche Regeln (und daraus folgend Entscheidungen) richtig sind, in der Hand professioneller Juristen liegen muss. Erst ein professionalisiertes Recht wahrt die nötige Distanz gegenüber den Interessenkonflikten, die in der Gesellschaft allgegenwärtig sind, nur ein professionalisiertes Recht kann sie einem konsistenten System unterordnen. Mit anderen Worten: Erst ein professionalisiertes Rechts entzieht Konflikte einer dauernden Politisierung, bei der schon der Idee nach die Mehrheit oder der Stärkere, nicht aber das Bessere/Richtige siegt (wenn man dies fordert, muss man schon wieder ein autonomes Rechtssystem voraussetzen). Nur ein professionalisiertes Recht gewährleistet daher wirklich Freiheit.

<sup>42</sup> Mit diesem Vermögen ist aber gerade nicht eine Erkenntnis höherer Art gemeint, die man zu haben hat (siehe oben These 9 zum sog. *Judiz*), sondern eine Art Kunstverstand, den jeder, der sich genügend Mühe gibt (lateinisch *studium*, wörtlich *Eifer*), erwerben kann.

24. Juristische Ästhetik hat es nicht mit irgendeiner Art von Schönheit zu tun, auch nicht mit Eleganz oder gutem Stil, sondern mit der *Gelungenheit*<sup>44</sup> einer Entscheidung.

25. Die Überzeugungskraft juristischer Entscheidungen beruht nicht zuletzt auf der Ästhetik des Syllogismus (sei es als Justizsyllogismus oder als VJS<sup>45</sup>). In diesem Syllogismus wird alles Wesentliche in der Weise zweimal gesagt, dass der Eindruck entsteht, damit sei alles gesagt. Der Syllogismus *zeigt* mithin, wenn er formal richtig komponiert ist, man habe alles Wesentliche bedacht und daraus seine Schlüsse gezogen (vgl. *Feyerabend*).<sup>46</sup>

26. Inhaltlich besteht die Gelungenheit einer Entscheidung im Zusammenklang der sachlichen Aussagen in den fünf Prämissen des Vollständigen juristischen Syllogismus (VJS): Regel, Erläuterung der Regel, Fall, Erläuterung des Falls, Ergebnis.<sup>47</sup>

27. Da es in einem streitigen Fall immer zwei konkurrierende VJS gibt,<sup>48</sup> kommt es letztlich darauf an, welche Seite „besser klingt“. Beispiel (nach BGHSt 9, 385):

- (1) Mord, d.h. Tötung in Heimtücke, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.
- (2) Heimtücke ist das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.
- (3) A hat seine Frau B ermordet.
- (4) Er hat B nämlich vergast, als sie schlief und daher arg- und wehrlos war.
- (5) A ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Oder aber:

- (6) Mord, d.h. Tötung in Heimtücke, ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.
- (7) Heimtücke ist das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung.
- (8) A hat seine Frau B nicht ermordet (sondern nur einen Totschlag begangen).
- (9) Er hat B nämlich vergast, als sie schlief und daher arg- und wehrlos war, dies aber nur, um ihr und sich selbst Schande zu ersparen. (Anm.: A wurde rechtzeitig gerettet.)
- (10) A ist nicht mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

28. Bei der Frage, welche Seite „besser klingt“, kommt es mithin auf zweierlei an: auf das Ergebnis (das Resultat, die Rechtsfolge) und auf die Begründung. Bei der Beurteilung des Ergebnisses gilt die harte, digitale Unterscheidung „richtig/falsch“.

<sup>43</sup> Zur juristischen Richtigkeit – und ihrem Verhältnis zur Gerechtigkeit – *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, 522 ff.

<sup>44</sup> *Ibid.*, 582 ff.

<sup>45</sup> S. oben These 7.

<sup>46</sup> *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, 383 ff. mit Hinweis u.a. auf *Feyerabend*, Wissenschaft als Kunst, 1984, 62 f.

<sup>47</sup> *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, S. 588 ff.; *ders.* in: Brugger/Kirste(Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, 222 ff.; *ders.* in: Gabriel/Gröschner(Hrsg.), Subsumtion – Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre, 2012, 277.

<sup>48</sup> [...] als gewissermaßen zwei Kunstwerke, s. *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, 572 ff., mit Hinweis u.a. auf *Gast*, Juristische Rhetorik. Auslegung, Begründung, Subsumtion, 2. Aufl. 1992, Rn. 167, und *Sobota*, Sachlichkeit, Rhetorische Kunst der Juristen, 1990, 149.

Bei der Beurteilung der Begründung gilt die weiche, analoge, graduelle Unterscheidung „besser/schlechter“.<sup>49</sup>

**29.** Der Blick auf das Ergebnis/die Rechtsfolge („richtig/falsch“) bezieht sich eher auf die Lebenswelt (die „sozialen Folgen“), der Blick auf die Begründung („besser/schlechter“) eher auf die Rechtswelt (den „rechtlichen/juristischen Diskurs“). Es gibt aber auch eine Wechselwirkung (und gerade darauf beruht die Jurisprudenz).<sup>50</sup>

**30.** Zentrale Kategorie für den Zusammenklang von Begründung und Ergebnis/Rechtsfolge ist die sog. „Vertretbarkeit“. Ein Ergebnis kann „falsch, aber noch vertretbar“ sein (mit entsprechender Begründung). Es kann aber auch „nur im Ergebnis richtig“ sein, d.h. „nicht vertretbar begründet“. Schließlich kann ein Ergebnis, das sich mit den Regeln juristischer Kunst schlechterdings nicht vertreten lässt, nur falsch sein.<sup>51</sup>

**31.** Die juristische Kunst (Jurisprudenz) besteht darin, bessere Begründungen zu liefern als die Gegenseite. Ein ursprünglich für richtig gehaltenes Ergebnis kann „kippen“<sup>52</sup>, wenn die Gegenseite besser begründet ist – und dann erscheint eben, wegen des Zusammenklangs im VJS, nunmehr das Gegenteil als „richtig“, d.h. als „für Recht erkannt“<sup>53</sup> und deshalb auch *gefühlsmäßig* gewollt.

**32.** Die Regeln der juristischen Kunst lassen sich unterteilen in drei Gruppen: Verbote (z.B. das Verbot, eine einschlägige Norm zu ignorieren, oder das Verbot des Überflüssigen); Gebote (z.B. das Gebot der Sachnähe, d.h. Fallnähe und Textnähe, oder das Gebot der Vollständigkeit); Ratschläge (z.B. Angemessenheit des Begründungsaufwandes, Stilfragen i.e.S.).<sup>54</sup>

## VII. Juristische Ästhetik und rechtliche Richtigkeit

**33.** Juristische Gelungenheit ist nicht identisch mit rechtlicher Richtigkeit. Beides sind regulative Ideen (im Sinne *Kants*), die sich überschneiden.<sup>55</sup>

**34.** Juristisch vollauf gelungen ist eine Entscheidung, deren Ergebnis rechtlich richtig und deren Begründung überzeugend ist. Noch gelungen ist eine Entscheidung,

<sup>49</sup> *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, 583 ff. (585).

<sup>50</sup> Dies müsste noch genauer ausgeführt werden. S. aber schon *Gertrude Lübke-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?, 1981; ferner *Lege*, *GreifRecht* 1 (2006), 10 f.

<sup>51</sup> *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, 583 ff. (586 ff. mit Übersicht S. 588); s. auch *ders.* in: *Brugger/Kirste*(Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, 229 f.

<sup>52</sup> Dies ist eine Erfahrung, die schon den Studenten im Studium von Anfang an zugemutet wird: in den Fallbearbeitungen der Klausuren und Hausarbeiten.

<sup>53</sup> Mit diesen Worten wird in Gerichtsentscheidungen der sog. Tenor (Betonung auf der ersten Silbe), d.h. die Urteilsformel, eingeleitet. Der Tenor ist Grundlage der Vollziehung/Vollstreckung des Urteils „in der Realität“, z.B.: „Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 10.000 Euro zuzüglich 4 Prozent Zinsen seit dem 1. 10. 2013 zu zahlen.“

<sup>54</sup> *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, 594 ff.

<sup>55</sup> Vgl. *ibid.*, 523 ff., 593, auch 190 f., 414, 605 f.; allerdings habe ich dort nicht immer streng unterschieden zwischen juristischer und rechtlicher Richtigkeit.

deren Ergebnis vertretbar und deren Begründung auf der Skala von „besser/schlechter“ in der oberen Hälfte liegt.<sup>56</sup>

35. Rechtlich richtig ist ein Ergebnis, dessen Begründung so gut ist, dass ihr „in the long run“<sup>57</sup> jeder zustimmen müsste.<sup>58</sup>

36. Rechtlich falsch ist ein Ergebnis, das sich mit den Standards der juristischen Kunst (Jurisprudenz) beim besten Willen nicht mehr begründen lässt; und was sich mit den Standards juristischer Kunst nicht mehr begründen lässt, ist rechtlich falsch.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Prima facie strenger die Definition der „Verordnung über eine Noten- und Punkteskala für die erste und zweite juristische Prüfung“ vom 3. 12. 1991 (BGBl. I, 1243), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. 4. 2006 (BGBl. I, 866): „ausreichend“ ist eine Leistung, „die trotz ihrer Mängel durchschnittlichen Anforderungen noch entspricht“.

<sup>57</sup> Zum „in the long run“ als Bestandteil der regulativen Idee von Wahrheit: *Peirce*, Some Consequences of Four Incapacities, CP 5.311 = Schriften S. 76; dazu *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, 25, auch 100 mit Fn. 49 und öfter.

<sup>58</sup> *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, 605 f.; s. auch *dens.* in: Brugger/Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, 230.

<sup>59</sup> Hier, aber auch erst hier, zeigt sich die Zirkularität, auf der letztlich die Konstruktion aller unserer Welten beruht (s. für die Wissenschaften klassisch: *Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 10. Aufl. 1989 [original: The Structure of Scientific Revolutions, Chicago 1962] – und zu der man sich, je nach Temperament, eher mit Ironie oder Pathos (oder mit *Niklas Luhmann*: eher tautologisch oder paradox) verhalten kann, dazu *Lege*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man als Jurist Rechtsphilosophie? Ein systemtheoretischer Versuch, in: Gröschner Morlok (Hrsg.): Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs, ARSP-Beiheft 71 (1997), 83 (98 f.).