

Gelingendes Recht

Herausgegeben von
JOACHIM LEGE

Mohr Siebeck

Gelingendes Recht



Gelingendes Recht

Über die ästhetische Dimension des Rechts

Herausgegeben von
Joachim Lege

Mohr Siebeck

Joachim Lege, geboren 1957; seit 2003 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte, Rechts- und Staatsphilosophie an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald; seit 2015 Vorsitzender des Deutschen Juristen-Fakultätentags.

ISBN 978-3-16-157034-6 / eISBN 978-3-16-157035-3

DOI 10.1628/978-3-16-157035-3

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	IX
<i>Joachim Lege</i>	
Einführung: Von der Wahrnehmung über die Methode zum Gelingen . . .	1
<i>Helene Bubrowski</i>	
Eine ganz eigene Ästhetik	
Warum sind unsere Gesetze nicht schön, schlank und verständlich? . . .	5
<i>Hans-Joachim Strauch</i>	
Die Ästhetik richterlicher Erkenntnis	9
<i>Kai-Michael Hingst</i>	
Die Ästhetik anwaltlicher Erkenntnis	25
<i>Eva Maria Belser</i>	
Die Befriedung von Krisengebieten durch das Recht	
Einige Gedanken zu den Bedingungen gelingender Verfassunggebung	
in Zeiten des Aufruhrs	43
<i>Götz Schulze †</i>	
Die Ästhetisierung des Rechts in Theorie und Praxis	65
<i>Maximilian Wolf</i>	
Die Schönheit der Eingriffskondition	
Am Beispiel höchstpersönlicher Rechtsgüter	85
<i>Martin Groß</i>	
Ästhetik als Herausforderung in der Fallbearbeitung	
Eine Vorstudie	101
Autorenverzeichnis	109

Vorwort

Der Deutsche Juristen-Fakultätentag e.V. (DJFT) ist der Zusammenschluss der 45 Juristischen Fakultäten Deutschlands sowie von zehn deutschsprachigen Rechtsfakultäten im Ausland. Zu seinen Aufgaben gehören die Wahrung und Förderung der Rechtswissenschaft, verstanden als Einheit von Forschung und Lehre, und die Vertretung seiner Mitglieder in Politik und Berufswelt.

Vereinszweck ist des weiteren die Vertretung der Rechtswissenschaft in der Öffentlichkeit. Nicht zuletzt diesem Zweck diene die erste Fachtagung des DJFT, die am 8. und 9. Juni 2018 in Greifswald stattfand. Dabei war das gewählte Thema „Gelingendes Recht – Über die ästhetische Dimension des Rechts“ durchaus ein gewisses Wagnis: Unter „Ästhetik“ wird auf den ersten Blick die Lehre vom Schönen, gar vom Gefälligen verstanden. Ihrem griechischen Ursprung nach ist Ästhetik jedoch die Lehre von der Wahrnehmung (griechisch *aísthēsis*). In diesem Sinn findet sie sich etwa in Kants „Kritik der reinen Vernunft“. Vor allem aber ist Ästhetik, in diesem Sinn, höchst aktuell: Die zur Zeit in Wirtschaft und Politik überaus einflussreichen Kognitionswissenschaften mit ihrer Lehre von den Verzerrungen (*biases*) der Wahrnehmung (*Daniel Kahneman*) und mit den daraus folgenden Empfehlungen für effektives Handeln („*nudge*“, *Cass Sunstein*) thematisieren letztlich nichts anderes als die Frage, wie trotz der notwendig stets begrenzten Wahrnehmung von Problemen dennoch sachgerechte Lösungen gefunden – oder eben auch verfehlt werden können. Dass sich diese Frage nach Gelingen oder Misslingen auch dem Recht stellt, liegt auf der Hand.

Der vorliegende Band dokumentiert die Vorträge, die auf dieser Tagung gehalten wurden. Die Autoren entstammen nicht nur dem Kreis der akademischen Rechtswissenschaft, sondern auch der Richterschaft, der Anwaltschaft und der staatlich-juristischen Prüfungspraxis (ein Thema, das den DJFT häufig beschäftigt). Auf diesem Weg soll deutlich werden, dass sich auch die juristische „Praxis“ als reflektierende Rechtswissenschaft versteht – und dass gerade deshalb im Jurastudium die Stärkung der sogenannten Grundlagenfächer ein Desiderat ist.

Mit großer Trauer muss ich kundtun: Der geistige Mit-Urheber dieser Tagung, mein hochverehrter Kollege Prof. Dr. *Götz Schulze*, Dekan der Potsdamer Fakultät, ist am 30. Oktober 2018 überraschend gestorben. Aber ich bin froh, in diesem

Band das Ergebnis seiner Überlegungen zur Ästhetik des Rechts präsentieren zu können. Mein Dank „für alles“ gilt zuallererst ihm und seiner Witwe, Frau Dr. Dr. *Katharina Schulze*.

Der weitere Dank geht an die Kolleginnen und Kollegen im Vorstand des DJFT, die das Vorhaben unterstützt haben, außerdem an meine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Greifswald, vor allem *Jana Prieß*, *Christian Wuntke* und *Paul Teubner*. Großer Dank für die Förderung der Tagung gebührt zudem der Alfried Krupp von Bohlen und Halbach-Stiftung und der Juristischen Studiengesellschaft Vorpommern e.V., vertreten durch die Präsidentin des Oberverwaltungsgerichts Greifswald und des Landesverfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern i.R. *Hannelore Kohl*; ferner dem Alfried Krupp Wissenschaftskolleg zu Greifswald, in dessen Räumen sie stattfand, und dort vor allem Dr. *Christian Suhm* für die wie immer reibungslose Zusammenarbeit.

Besonders zu danken habe ich schließlich allen Besuchern und Teilnehmern der Tagung: Ihr Interesse und ihre Offenheit haben sie erst wirklich gelingen lassen.

Greifswald, im Januar 2019

Prof. Dr. Joachim Lege
Vorsitzender des Deutschen
Juristen-Fakultätentags e.V.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AFp	Zeitschrift für das gesamte Medienrecht (Zeitschrift)
Alt.	Alternative
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Zeitschrift)
dt.	deutsch
ed., ed. by	editor, edited by
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGR-Charta	Charta der Europäischen Grundrechte
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
f.	die nächste folgende Seite bzw. Randnummer
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung (Tageszeitung)
ff.	die nächsten folgenden Seiten bzw. Randnummern
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
gr.	griechisch

GreifRecht	Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
i.e.	id est
insbes.	Insbesondere
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
IFOR	Peace Implementation Forces
IT	Information Technology
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
Juris-PK BGB	Juris – Praxiskommentar zum BGB
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
lat.	lateinisch
m.N.	mit Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MOMA	The Museum of Modern Arts in New York
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
passim	an verschiedenen Stellen, öfter
Rn.	Randnummer
RphZ	Rechtsphilosophie – Zeitschrift für Grundlagen des Rechts (Zeitschrift)
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
S.	Seite(n), Satz
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
s.v.	sub voce
u. a.	unter anderem
u. a. m.	und andere mehr
UNDP	United Nations Development Programme
V.	Vers
vgl.	vergleiche
Vol.	volume
vs.	versus
ZAG	Zahlungsdienstaufsichtsgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZfSch	Zeitung für Schadensrecht (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG GA	Savignys Zeitschrift für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung (Zeitschrift)

Einführung

Von der Wahrnehmung über die Methode zum Gelingen

Joachim Lege

Recht ist die wichtigste Infrastruktur der Gesellschaft. Daher ist von größter Bedeutung, wie die Gesellschaft das Recht wahrnimmt – aber auch das Recht die Gesellschaft und sich selbst. Gründliche Reflexion des Rechts sollte daher mit Ästhetik beginnen – denn Ästhetik ist zuallererst die Lehre von der *Wahrnehmung*, griechisch *aisthēsis*. In diesem Sinn reicht sie vom ersten Eindruck, den ein Fall auf uns und die Beteiligten macht, bis zum Gesamturteil darüber, ob die Lösung „gelingen“ erscheint – dogmatisch, aber auch politisch, wirtschaftlich, „menschlich“ und so fort.

In der Rechtswissenschaft ist dieser ästhetische, ja kognitionswissenschaftliche Ansatz recht neu. Die Beiträge dieses Bandes – er dokumentiert eine Tagung des Deutschen Juristen-Fakultätentags im Juni 2018 – verstehen sich daher durchaus als Pionierarbeit. Sie kommen zudem ganz bewusst nicht nur aus der akademischen Rechtswissenschaft, sondern auch aus „der Praxis“ der Richter und Anwälte, der Verfassunggebung gerade in Krisengebieten, sogar der Prüfungsämter. Denn ob im Recht etwas als „gelingen“ erscheint, verweist auf viele Perspektiven.

Demgemäß sollte das Thema der Tagung: „Gelingendes Recht – Über die ästhetische Dimension des Rechts“ zunächst einmal Neugier wecken. Auf den zweiten Blick sollte allerdings sogleich klar werden, dass mit „Ästhetik“ gerade nicht die Lehre vom Schönen oder „Künstlerischen“ gemeint war. Vielmehr ist Ästhetik in ihrem Ursprung eben die Lehre von der *Wahrnehmung*.¹ In diesem Sinn stellt sich dann die Frage, wie das Recht und seine „Akteure“ die Probleme, die an sie herangetragen werden, wahrnehmen, filtern und bearbeiten. Auf der anderen Seite ist zu klären, mit welchen Erwartungen, gar Hoffnungen die restliche Gesell-

¹ In diesem Sinn etwa auch verstanden von *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Riga 1781, 2. Aufl. 1787: „Transzendente Ästhetik“.

schaft das Recht wahrnimmt und einzusetzen gedenkt. Daran schließt sich wiederum das Problem an, ob es – auf beiden Seiten – eine „richtige“ Wahrnehmung gibt.² Oder vom Ergebnis her formuliert: ob und wann man vor diesem Hintergrund wenn schon nicht von der „Richtigkeit“, so doch von dem „Gelingen“ einer rechtlichen Problemlösung sprechen kann.

Diese Fragen zielen im Grunde auf nichts anderes als das, was derzeit – mit großem Einfluss auf Politik und Wirtschaft – in den Kognitionswissenschaften thematisiert wird: All unsere Wahrnehmung, insbesondere die Wahrnehmung von Problemen, ist notwendig begrenzt. Man spricht von Verzerrungen der Wahrnehmung (*biases*), wenn zum Beispiel in Vertragsverhandlungen bewusst eine Zahl als „Anker“ in die Debatte geworfen wird.³ In der Politik denkt man nach über „Stupser“ (*nudges*), mit denen die Menschen in eine bestimmte Richtung gelenkt werden sollen – etwa wenn im Hinblick auf Organspenden die Widerspruchslösung statt der Einwilligungslösung gewählt wird.⁴ Wie auch immer: Die Wahrnehmung von Problemen bestimmt ganz offenbar ihre Lösung, und es ist gar nicht leicht zu bestimmen, welche Wahrnehmung eigentlich angemessen, ja vernünftig ist.

Natürlich ist dies auch im Recht so, und so hat denn auch das Recht, wie *Helene Bubrowski* es formuliert, „eine ganz eigene Ästhetik“ – wobei diese Ästhetik allerdings je nach beruflicher Sparte jeweils andere Aspekte betont. Ein Richter (*Hans-Joachim Strauch*) steht vor anderen Herausforderungen als ein Rechtsanwalt (*Kai-Michael Hingst*) oder gar als eine Beraterin bei der Verfassunggebung in Krisengebieten wie Syrien (*Eva Maria Belser*). Bei allen dreien wird aber deutlich, wie vielschichtig das ist, was Juristinnen und Juristen in ganz verschiedener Weise wahrnehmen und „managen“ müssen, um Lebensverhältnisse rechtlich gelungen zu gestalten. Das krumme Holz, als woraus der Mensch geschnitzt ist (*Kant*), lässt sich eben auch im Recht schwerlich nach einem einfachen Schema bearbeiten.

Eine weitere, der akademischen Rechtswissenschaft vertrautere Perspektive ist die sozusagen interne Ästhetik der juristischen Dogmatik – Dogmatik verstanden als die Gesamtheit der Lehren von der rechtlichen Richtigkeit juristischer Entscheidungen. Hier zeigen sich bei näherem Hinsehen⁵ sehr deutlich

² Vernichtend jüngst die Kritik am Recht von Seiten des Fachphilosophen *Daniel Loick*, *Juridismus*, Frankfurt a. M. 2017. Demgegenüber zeigt *Gertrude Lübbe-Wolff*, *Das Dilemma des Rechts. Über Härte, Milde und Fortschritt im Recht*, Basel 2017, sehr eindrücklich, wie vorsichtig insbesondere historische Urteile sein sollten.

³ Hauptwerk: *Daniel Kahneman*, *Thinking, fast and slow*, New York 2011; dt. *Schnelles Denken – langsames Denken*, München 2011.

⁴ *Cass Sunstein / Richard Thaler*, *Nudge*, New York 2009; dt. *Nudge*, Berlin 2011.

⁵ Noch tiefer schürfend *Daniel Damler*, *Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen*

ästhetische Muster, von denen die Überzeugungskraft rechtlicher Lösungen abhängt (*Götz Schulze*). Und dies ist keineswegs eine Frage nur der gefälligen Darstellung. In der Sache geht es vielmehr oft genug etwa darum, auf welcher Abstraktionshöhe die Dogmatik rechtliche Probleme diskutieren und lösen sollte – handele es sich bei dieser Lösung nun um ein Gesetz, um ein Urteil oder um eine akademische Schrift. Selbstkritisch wird man sagen können, dass in der deutschen Rechtswissenschaft häufig ein zu hohes Abstraktionsniveau gewählt wird, so etwa im Recht der ungerechtfertigten Bereicherung (*Maximilian Wolf*).⁶ Vielleicht auch deshalb fällt es Studenten häufig schwer, in den Juristischen Prüfungen das zu präsentieren, was aus der Sicht der staatlichen Prüfungsämter (*Martin Groß*) das Wichtigste ist: Verständnis für System und Methode.

Insgesamt reicht das Spektrum, das die Vorträge eröffnen, somit von Problemen der Wahrnehmung über Fragen des Verfahrens und der Methode bis hin zu Kriterien der Gelungenheit eines Ergebnisses. Insgesamt zeigen sie zudem, wie vielschichtig die Welt ist, mit der es das Recht zu tun hat, und wie reflektiert die Juristen – jedenfalls viele von ihnen – damit umgehen. Dies der Öffentlichkeit zu zeigen – gerade auch der nicht-juristischen Öffentlichkeit –, ist ein Kernanliegen dieses Buchs.

Denken, Berlin 2016; teilweise krit. dazu *Joachim Lege*, Rechtswissenschaft (RW) 2017, 347 ff.

⁶ Siehe zu einem Beispiel aus dem Strafrecht *Christian Fahl*, Zur Notwendigkeit des Wiedererlernens der Akzeptanz von Unglück in der Welt, Juristische Arbeitsblätter (JA) 2012, 808 ff.: Überspannung des Begriffs „Fahrlässigkeit“ bei unvorhersehbaren Ereignissen (wie dem Sandsturm auf der A 19 vor Rostock im Jahr 2011).

Eine ganz eigene Ästhetik

Warum sind unsere Gesetze nicht schön, schlank
und verständlich?

*Helene Bubrowski**

Das Handwerkszeug von Juristen ist die Sprache. Was sie damit fertigen, ist selten elegant, zuweilen ziemlich klobig. Juristen haben einen Hang zu Substantivierungen und Passivkonstruktionen, weshalb ihre Texte oft wenig anschaulich sind. Manche Wortungetüme, wie zum Beispiel das Finanzmarktstabilisierungsfortentwicklungsgesetz oder das Rindfleischetikettierungsüberwachungsaufgabenübertragungsgesetz, haben es zu einiger Berühmtheit geschafft. Im Verbraucherschutzrecht gibt es Normen, die länger als eine Seite sind. Typisch für das Steuerrecht sind kafkaeske Verweisungsketten auf andere Paragraphen.

Zuweilen findet sich so etwas wie eine eigene Ästhetik. Besichtigen kann man die etwa in einem Paragraphen aus dem Stellvertretungsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch: „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.“ Das klingt komplizierter, als es ist, die Norm meint nur: Wer als Stellvertreter eine Erklärung abgibt, muss deutlich machen, dass er nicht für sich selbst handelt. Tut er das nicht, ist er selbst an seine Erklärung gebunden. Ästhetik hin oder her, problematischer ist, dass Juristendeutsch so schwer verständlich ist. Übrigens nicht nur für Laien: Juristen, die mit einer Norm zu tun haben, die sie vorher nicht kannten, wissen ohne Hilfsmittel oft auch nicht weiter. Dabei gehört zur Idee von Demokratie und Rechtsstaat, dass die Gebote und Verbote für die Bürger klar sind, damit sie sich überhaupt daran halten können.

* Der Text ist am 27. Dezember 2018 in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung auf S. 8 erschienen. Er greift Gedanken auf, die die Autorin am 8. Juni 2018 zur Eröffnung der Tagung „Gelingendes Recht“ in Greifswald vorgetragen hat. – © Alle Rechte vorbehalten. Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH, Frankfurt. Zur Verfügung gestellt vom Frankfurter Allgemeine Archiv.

Deutsche Juristen zeigen häufig mit dem Finger nach Brüssel und behaupten, erst die Richtlinien der EU hätten das deutsche Recht verschandelt. Neuere Gesetze sind zwar in der Tat oft ausführlicher als ältere, doch das liegt keineswegs nur an den europäischen Vorgaben. Der moderne Gesetzgeber tendiert dazu, für alle Eventualitäten ausdifferenzierte Regeln parat zu halten. Umständliche Formulierungen sind aber nicht neu. Im Entwurf des Raumordnungsgesetzes von 1966 etwa stand: „Das Bundesgebiet ist in seiner allgemeinen räumlichen Struktur einer Entwicklung zuzuführen, die der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft am besten dient.“ Da herrschte vor gut fünfzig Jahren sogar im Bundestag allgemeine Heiterkeit. Mehr als eine Arbeitsstelle der Gesellschaft für Deutsche Sprache folgte zunächst freilich nicht daraus.

Doch die Bürger fragen: Wenn es Software-Herstellern gelingt, Programme zu entwickeln, die schon Kleinkinder bedienen können, warum sind die Steuerformulare dann immer noch so kompliziert? Die Bundesregierung will nicht weiter dabei zuschauen, wie sich Menschen frustriert abwenden. Sie hat sich des Themas angenommen. In den Ministerien, wo die meisten Gesetze geschrieben werden, gibt es schon den einen oder anderen Vorstoß. Im Bundesjustizministerium hat der „Redaktionsstab Rechtssprache“ 2009 seine Arbeit aufgenommen, der alle Gesetze auf Verständlichkeit prüft.

Der Koordinator der Bundesregierung für Bürokratieabbau und bessere Rechtsetzung ist Hendrik Hoppenstedt (CDU), Staatsminister im Bundeskanzleramt. Er hat sich einiges vorgenommen: „Unser Maßstab ist es, dass die Menschen mit unserem Recht und unserer Verwaltung zufrieden sind“, sagte Hoppenstedt kürzlich. „Die Spielregeln unseres Gemeinwesens müssen für das tägliche Leben gemacht sein, die dürfen nicht zu kompliziert sein, und jeder muss sie verstehen können.“ Mitte Dezember hat das Bundeskabinett das Arbeitsprogramm Bessere Rechtsetzung und Bürokratieabbau beschlossen. 50 Maßnahmen sollen das Leben der Bürger einfacher machen. Nur so viel Bürokratie wie nötig, zum Beispiel bei Anträgen auf Kinderzuschläge oder Wohngeld. Bei neuen Gesetzen solle künftig noch mehr darauf geachtet werden, dass sie alltagstauglich sind, so Hoppenstedt, selbst Jurist. Demnach ist das ideale Gesetz eins, das seinen Zweck erfüllt und zugleich schlank und unkompliziert ist.

Es stimmt zwar nicht, dass Juristensprache zwangsläufig gestelzt ist. Viele Hässlichkeiten haben schlicht keinen tieferen Sinn, sondern sind der Gewohnheit geschuldet, manchmal auch mangelndem Sprachgefühl. Für manche Juristen stehen Texte, die schön zu lesen sind, gar im Verdacht, nicht präzise zu sein. Allerdings muss man zugestehen, dass Juristen bei der Wortwahl gewissen Zwängen unterliegen. Eigentum ist eben nicht das gleiche wie Besitz, Mord nicht das gleiche wie Totschlag und eine Entreicherung kein Schaden. Daher kann man auch

nicht mal den einen, mal den anderen Begriff benutzen, um den Satz geschmeidiger zu machen.

Auch manch umständliche doppelte Verneinung hat ihren Sinn. Beispiel aus dem Schadensersatzrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch: Der Schuldner müsse zahlen, wenn er eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt, heißt es im ersten Satz. Darauf folgt: „Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.“ Auch da stockt man und denkt, es wäre doch einfacher zu formulieren, dass der Schuldner zahlen müsse, wenn er eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt hat und dies zu vertreten hat. Doch in ihrer rechtlichen Bedeutung unterscheiden sich beide Sätze: Im ersten Fall nämlich kann sich der Schuldner von seiner Verpflichtung nur befreien, wenn er selbst beweisen kann, dass er für die Pflichtverletzung nichts kann. Im zweiten Fall trüge der Gläubiger die Beweislast.

Mindestens ebenso belastend für die Schönheit von Gesetzen sind die politischen Querelen im Entstehungsprozess. Zuweilen ist eine unklare Formulierung kein sprachliches Missgeschick, sondern ein Kompromiss, wenn sich die Koalitionspartner weder auf die eine noch auf die andere klare Sprache einigen konnten. Manche Kompromisse lassen sich unterschiedlich auslegen – welche Lesart sich durchsetzt, entscheiden dann die Gerichte.

Es gibt auch Kompromisse, deren Inhalt klar ist, die aber umständlich formuliert sind – zum Beispiel, weil man dadurch eine Seite vor einem Gesichtsverlust bewahrt. Aktuell lässt sich das am Kompromiss über das sogenannte Werbeverbot für Schwangerschaftsabbrüche beobachten: Die Union bestand darauf, dass der Straftatbestand bleibt wie er ist, die SPD wollte ihn abschaffen. Eine Änderung der Norm war für die Union nicht darstellbar. Nach langem Ringen konnten sich die Koalitionspartner auf eine Ergänzung einigen. Künftig soll das „Anbieten“ eines Schwangerschaftsabbruchs gegen Bezahlung zwar weiter strafbar sein, nicht aber dann, wenn Ärzte das tun. Da legalerweise nur Ärzte Schwangerschaftsabbrüche vornehmen dürfen, ist die Konstruktion einer Ausnahmeregelung ohne jeden Zweifel unnötig kompliziert. Über solche Streitfälle, die im Fokus der Öffentlichkeit stehe, darf man freilich nicht vergessen: In einer Legislaturperiode werden Hunderte Gesetze beschlossen, die ganz große Mehrheit davon ohne koalitionsären Krach.

Die Ästhetik richterlicher Erkenntnis

Hans-Joachim Strauch

*Der Wille, die Vernunft auf das anzuwenden,
was als irrational gilt,
stellt einen Fortschritt der Vernunft dar.
Merleau-Ponty¹*

Zunächst stutzt man: Die Ästhetik hat ihre selbstverständlichen Bezüge: zur Kunst, zur Mode, zum Stil. Natürlich auch zu dem, was wir Harmonie nennen – und schon stellen sich Assoziationen ein, die die gewohnten Begriffszuordnungen ins Gleiten kommen lassen: Harmonielehre und ihre Ursprünge bei Pythagoras – Wohlklang und mathematische Relationen – Sphärenharmonie und „Kosmos“. Es ist erst ein späterer Gebrauch des Wortes, mit Platon im „Kosmos“ die nach mathematisch-harmonischen Prinzipien hergestellte einheitliche Ordnung des Weltganzen zu sehen.² Im engeren Sinn bezeichnete „Kosmos“ Schmuck, Zierat – die Kosmetik liegt also ganz nahe. Bevor das Wort in philosophisch-spekulativer Bedeutung in Umlauf kam, bezeichnete es einen gesellschaftlichen Normbegriff. Das Wortfeld war das der Ordnung, der Herrschaft, des Rechts. Zum Ausdruck gebracht wurde, „dass eine Sache oder Handlung offensichtlich und allgemein anerkannt, ‚in Ordnung‘, ‚korrekt‘ oder ‚anständig‘ ist – eben so, wie es sich gehört“.³ Die Kontexte und Konnotationen haben sich gewiss seit homerischer Zeit geändert, aber es ist immer noch dieses Wortfeld, in dem Juristen argumentieren, wenn sie die Differenzen zwischen Recht und Unrecht bestimmen und benennen müssen.

Wer heute analysierend über Rechtsprechung spricht, wird dafür allerdings kaum auf Ursprung und Gestaltqualität des Wortes „Kosmos“ zurückgreifen.

¹ *Maurice Merleau-Ponty*, Das Primat der Wahrnehmung, hrsg. von Lambert Wiesing, 5. Aufl. Frankfurt a. M. 2016, 57.

² Vgl. *Matthias Gatzemeier*, Artikel „Kosmos“, in: Joachim Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie Bd. 4, Darmstadt 1976, Sp. 1170.

³ *Gatzemeier* (Fn. 2), Sp. 1167.

Recht und Gerichtsorganisation sind Teile dessen, was wir seit Max Weber als „bürokratisches Herrschaftssystem“ beschreiben. Für ästhetische Kategorien scheint da kein Platz. Doch diese theoretische Verengung trägt. Die Vorstellungen, die sich mit Webers idealtypischer Charakterisierung verbinden, verstellen allzu leicht den Blick für das, was Recht, Rechtsprechung und richterliche Erkenntnis auch ausmacht.

Verstellt wird vor allem ein ganz elementares Phänomen: Macht, Herrschaft, Religion und Recht können auf Bilder und Darstellung nicht verzichten; sie müssen wahrnehmbar sein, um für „wahr“ genommen zu werden. Sie müssen sich deshalb immer auch über Ritualisierung und Inszenierung realisieren – mögen diese auch noch so puritanisch oder reduziert ausfallen.

In einem ersten Abschnitt will ich die Aufmerksamkeit auf diesen Aspekt richten: den Gerichtssaal als Spielstätte einer Inszenierung. Es ist die Zuschauerperspektive, und der Zusammenhang mit der Ästhetik stellt sich hier gleichsam von selbst her. Wird dagegen die richterliche Erkenntnis zum Gegenstand des Fragens – der Frage, wie erkennt die Richterin, der Richter das, was der Fall ist, wie das, was rechtens ist – ist der Zusammenhang mit der Ästhetik keineswegs mehr augenscheinlich. Er stellt sich nicht mehr als selbstverständlich her, sondern muss begründet werden. Wir müssen – bildlich gesprochen – vom Gerichtssaal in das Beratungszimmer wechseln. Es muss theoretisch werden. Zu erörtern sind der epistemische Charakter der Wahrnehmung (II) und die Rolle, die der Mustererkennung bei der Wahrnehmung zukommt (III). Zum Schluss bleibt die Gretchenfrage jeder Erkenntnis – woher weiß ich denn, ob sie richtig oder falsch ist? (IV und V).

I. Zur „theatralischen Sendung“

Der Prozess ist ein ritualisierter Kampf. Ein Theater mit einem in der Regel offenen Stück.⁴ Fest stehen nur die Rollen: die Betroffenen sind Laien, die Professionals in Roben. Alle können mal aus der Rolle fallen, nur der Richter darf es nicht. Dann misslingt das Stück. Denn die Aufführung ist darauf angelegt, Akzeptanz zu schaffen, auch und gerade den Unterlegenen davon zu überzeugen, dass das Gericht sich seiner Sache ernsthaft, unvoreingenommen und nach bestem Wissen und Gewissen angenommen hat. Und da das Misslingen leichter zu beschreiben ist als das Gelingen, drei Beispiele für Rolleninkonsistenz: Der Richter, der Probleme mit der Autorität hat, die er darstellen muss – nicht als die eigene,

⁴ Zur szenisch-theatralen Dimension der Rechtsprechung grundlegend *Cornelia Vismann*, *Medien der Rechtsprechung*, Frankfurt a. M. 2011.