

# Urteilen in Recht und Ästhetik



# Ästhetisches und juridisches Urteilen: Rechtsästhetik als Methodenkritik

Andreas von Arnould

## Kurzzusammenfassung

*Der Beitrag führt die noch immer weit verbreitete Verdrängung einer ästhetischen Dimension von Recht und Rechtswissenschaft auf eine allzu scharfe Gegenüberstellung von ästhetischem und juridischem Urteilen zurück, die ihrerseits auf Kants Unterscheidung von bestimmender und reflektierender Urteilskraft basiert. Tatsächlich aber wird die Idee eines „Vermögens, das Besondere als enthalten unter dem Allgemeinen zu denken“ (Kant) in der Rechtstheorie seit längerem herausgefordert, die Vorstellung von der Rechtsnorm als fixem Bezugspunkt für die Rechtsanwendung kritisiert. Ein ästhetischer Zugang zum Recht erweist sich so als anschlussfähig an kritische Methodenlehren, in enger Nachbarschaft zu Schulen wie der Rechtsrhetorik und der Topik. Nach Betrachtung einiger juristischer Topoi mit besonderer Nähe zur Ästhetik (Verhältnismäßigkeit, Angemessenheit, Stimmigkeit, Ausnahmezustand) werden abschließend drei Ebenen analysiert, auf denen sich eine Syn-Aisthesis zwischen ästhetischem und juridischem Urteilen beobachten lässt: die Ebene der gedanklichen Operation, die Ebene der kommunikativen Tiefengrammatik sowie die Ebene der Maßstäbe des Urteilens.*

## I. Oberflächenphänomene

Beginnen wir mit Frankreich: Juristische Dissertationen in Frankreich folgen dem „plan en deux parties“: zwei Hauptteile, die jeweils in zwei Abschnitte zu untergliedern sind. Jede rechtswissenschaftliche Fragestellung soll sich auf diese Weise präsentieren, analysieren und beantworten lassen. Es gibt zwar bisweilen Kritik, dass die Form den Gedanken zu ersticken droht;<sup>1</sup> dennoch dominiert die doppelt binäre Struktur bis heute an französischen Jurafakultäten.

---

1 Vgl. z.B. B. Barraud, L'usage du plan en deux parties dans les facultés de droit françaises, Revue trimestrielle de droit civil, 2015, S. 807–825.

In Deutschland ist die rechtswissenschaftliche Regelpoetik weniger strikt, aber es gibt sie. Das wird deutlich, wo ein Abgehen vom tradierten Formenkanon Irritationen hervorruft, so z.B. die Liste von über 140 Topoi, die Katharina Sobota im letzten Teil ihrer Habilitationsschrift dem Rechtsstaatsprinzip zuordnete.<sup>2</sup> Sie stieß auch aus ästhetisch-formellen Gründen auf Verwunderung. Oder Rainer Maria Kiesows „Alphabet des Rechts“, in der der Autor laut Klappentext einen „Streifzug durch die Geschichte des Rechts und seine Wissensordnungen von ‚Anbruch‘ bis ‚Zeitnot‘“ unternimmt.<sup>3</sup> In seiner Rezension in der F.A.Z. tat sich Gerd Roellecke seinerzeit schwer mit diesem Zugriff. Zwar stimmte er Kiesows Skepsis gegenüber dem Systemdenken im Recht – zu diesem später – im Grundsatz zu und empfand die Lektüre durchaus als „anregend“. Das Alphabet aber sei (anders als z.B. eine chronologische Ordnung) ein „rechtsfremdes System“, Kiesows „alphabetisches Arrangement“ weniger ein Spiel „mit der Not der Gliederung“, sondern eher eine „Spekulation auf intellektuelle Überraschungseier“.<sup>4</sup>

Der typische Reflex des Juristen ist, ein solches Unbehagen aus der Sache zu begründen. Die Form folge in der Jurisprudenz allein dem Inhalt. Abweichendes wird so zur ästhetisierenden Spielerei. So folgt der „Gutachtenstil“ bei der Lösung juristischer Fälle und Probleme der Denkbewegung des Syllogismus, der „Urteilsstil“ dem Gang der Begründung richterlicher Entscheidungen. Das ist richtig – aber beide „Stile“ (die ja interessanterweise auch als solche bezeichnet werden) sind *Darstellungsweisen* einer juristischen Argumentation. Dies wird deutlich, wenn von Studierenden verlangt wird, Unproblematisches im Urteilsstil abzuhandeln und für Problemerkörterungen in den Gutachtenstil zu wechseln. Und ist das Dogma, dass in der Gliederung rechtswissenschaftlicher Arbeiten auf ein „1.“ unter allen Umständen ein „2.“ zu folgen hat – dass wer „a“ sagt, auch „b“ sagen muss –, wirklich nur inhaltlich bedingt? Wie steht es um Arbeiten, die eine „Einleitung“, aber keinen „Schluss“ besitzen? Woher rührt das Unbehagen an Monographien, deren Abschnitte vom Umfang her arg divergieren?

Nicht nur die Form rechtlicher und rechtswissenschaftlicher Handlungen (wie z.B. die Sprache von Gesetzen oder Urteilen) ist ästhetischer Betrachtung zugänglich, wie Heinrich Triepel in seinem noch immer lesens-

---

2 K. Sobota (*Gräfin von Schlieffen*), Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, Tübingen 1997, S. 27 ff., 253 ff.

3 R. M. Kiesow, Das Alphabet des Rechts, Frankfurt a. M. 2004.

4 G. Roellecke, Buchrezension, F.A.Z. vom 7.2.2005.

werten Buch „Vom Stil des Rechts“ schreibt, sondern auch der Inhalt von Rechtsakten und das Verhältnis von Inhalt und Form.<sup>5</sup> Gerade dieses Verhältnis, das deuten die Beispiele an, wird ästhetisch mitbestimmt. Dass allein der Inhalt die Form diktiert, darf man getrost als Fall disziplinärer Selbststilisierung betrachten.

## II. Der lange Schatten Kants

Dass Recht und Ästhetik im Allgemeinen als getrennt, juridisches und ästhetisches Urteilen als voneinander verschieden betrachtet werden, ist zu einem großen Teil dem Erbe Kants zuzuschreiben – und dessen Unterscheidung von bestimmender und reflektierender Urteilskraft. Juristische Argumentation folgt danach dem Muster der bestimmenden Urteilskraft, dem „Vermögen, das Besondere als enthalten unter dem Allgemeinen zu denken.“<sup>6</sup> Das ist idealtypisch die Grundlage für den Syllogismus und die Technik der Subsumtion: Die Lösung des Einzelfalls wird aus dem Gesetz entwickelt, weil das allgemeine Gesetz in seiner Abstraktion die konkreten Einzelfälle einschließt. Ästhetisches Urteilen hingegen ist für Kant der Paradefall für die reflektierende Urteilskraft.<sup>7</sup> Hier fehlt es an einem allgemeinen Gesetz als festem Bezugspunkt. Ausgangspunkt ist die Betrachtung des Besonderen oder Einzelnen, für dessen Erkenntnis und Mitteilbarkeit ein Allgemeines erst gefunden bzw. erzeugt werden muss.

Ich bezwecke hier keine Kritik der „Kritik der Urteilskraft“. Der scharfe Gegensatz, der von Kant-Exegeten zwischen den beiden Formen der Urteilskraft konstruiert wurde, ist von Kant selbst vermutlich so nicht intendiert gewesen.<sup>8</sup> Wohl aber hat sich dieser Gegensatz über Generationen in den Köpfen von Juristinnen und Juristen festgesetzt und die „herrschende Ansicht“ formiert. Ein ästhetischer Zugang zum Recht wird so zum Instrument einer Methodenkritik, ebenso wie eine juristische Perspektive auf das ästhetische Urteil Normativität im künstlerischen Feld offenlegen kann.

Schon aus Gründen disziplinärer (In)Kompetenz beschränke ich mich hier auf Ersteres. Für „allgemeine Gesetze“ im künstlerischen Bereich mag

---

5 H. Triepel, *Vom Stil des Rechts: Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts* (1947), Neuausgabe mit einer Einleitung von A. von Arnould und W. Durner, Berlin 2007, S. 43 ff., 52 ff.

6 I. Kant, *Kritik der Urteilskraft*, 2. Aufl., Berlin 1793, S. XXV (= Einleitung, IV.).

7 Kant, *Urteilskraft* (Fn. 6), S. XIII f. (= Einleitung, V.), 329 ff. (= § 74), *passim*.

8 Dazu näher D. Dédeyan, *Justitias blinder Fleck – Über Kants Ästhetik*, ARSP 91, 2005, S. 501–514.

an dieser Stelle nur an die Regelpoetik, die aristotelische Einheit von Ort, Zeit und Handlung im Drama oder an die Dogmatik der verschiedenen „-ismen“ erinnert sein.<sup>9</sup> Bisweilen geben Programmschriften das allgemein Gültige hier explizit vor; meist allerdings bleibt im Bereich der Kunst das „Gesetz“ unausgesprochen, habituell. Das rührt sicherlich auch daher, dass im künstlerischen Feld die Autorität zur Setzung der Regeln weniger offen verteilt ist als im Feld des Rechts.

Wie sehr im Bereich der Jurisprudenz die ebenso traditionsreiche wie vielfältige Methodenkritik auch als eine Dekonstruktion des Gegensatzes zwischen ästhetischem und juridischem Urteilen interpretiert werden kann, lässt sich am Unterschied zwischen bestimmender und reflektierender Urteilskraft verdeutlichen. Bei letzterer liegt der Akzent „weniger auf dem Haben als auf dem Suchen“ nach dem Allgemeinen als Bezugspunkt des Urteils.<sup>10</sup> „Haben“ wir aber das Gesetz, aus dem wir das Urteil über den Einzelfall ableiten oder „suchen“ wir es? Dass das Gesetz keinesfalls sicherer Bezugspunkt ist, sondern dass es im Prozess der Rechts-„Anwendung“ erst (re)konstruiert wird, zieht sich als roter Faden durch die „anderen“ juristischen Methodenlehren: von Riezlers Rechtsgefühl<sup>11</sup> über die soziologische Jurisprudenz und den Legal Realism<sup>12</sup>, die linguistisch orien-

- 
- 9 Vgl. beispielhaft für die französische Literatur des Fin-de-Siècle *P. Bourdieu*, Die Regeln der Kunst: Genese und Struktur des literarischen Feldes (Les règles de l'art: Genèse et structure du champ littéraire, 1992), übers. von A. Russer, Frankfurt a. M. 2001, S. 187 ff. (plastisch ebd., S. 103 ff.: „Baudelaire als Gesetzgeber“).
  - 10 *S. Meder*, Rhetorik als Element juristischer Entscheidungsfindung, in: G. Ueding/G. Kalivoda (Hrsg.), Wege moderner Rhetorikforschung: Klassische Fundamente und interdisziplinäre Entwicklung, Berlin 2014, S. 267–288 (270).
  - 11 *E. Riezler*, Das Rechtsgefühl: Rechtspsychologische Betrachtungen, 2. Aufl., München 1946. Vgl. aus jüngerer Zeit *J. Hänni*, Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung, Berlin 2011; *H. Landweer* (Hrsg.), Recht und Emotion, 2 Bände, München 2016 (mit *D. Koppelberg*) und 2017 (mit *F. Bernhardt*).
  - 12 *O. W. Holmes*, The Path of the Law, Harvard Law Review 10, 1897, S. 457–478; *R. Pound*, The Need for a Sociological Jurisprudence, The Green Bag 19, 1907, S. 607–615; *J. Frank*, Law and the Modern Mind (1930), Neudruck Garden City, New York: Anchor Books 1963, S. 108 ff., insbes. S. 113 ff., 127 ff. Einen guten Überblick zu beiden Strömungen und ihren Zusammenhängen bietet *N. Reich*, Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas, Heidelberg 1967, insbes. S. 44 ff., 82 ff. Eingehend und im Vergleich zum Rechtsrealismus der skandinavischen Schule *M. Martin*, Legal Realism: American and Scandinavian, New York u. a.: Peter Lang 1997. Dass die angloamerikanischen „Realisten“ Teil eines auch auf dem europäischen Kontinent geführten Diskurses waren, belegen die Verweise auf *Richard Stammler*, *Eugen Ehrlich*, *Ludwig Gumplowicz*, *Michelangelo Vaccaro* und *Raoul de la Grasserie* bei *Pound*, a.a.O., S. 609. Näher zum

tierte Kritik an der Gesetzesbindung<sup>13</sup> und Friedrich Müllers „Strukturierende Rechtslehre“<sup>14</sup> bis hin zu den diversen Strömungen der Critical Legal Studies<sup>15</sup> und des normativen Pluralismus<sup>16</sup>, die heute den (kritischen) Ton angeben.

Dass beim juristischen Urteilen die Suchbewegung vom Besonderen zum Allgemeinen geht, ist der Dreh- und Angelpunkt der rhetorischen Schulen in der zeitgenössischen Rechtstheorie,<sup>17</sup> die von Theodor Vieh-

---

Verhältnis dieser Strömungen A. von Arnould, *Rechtssicherheit: Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, Tübingen 2006, S. 404 ff.

- 13 D. Busse, Was ist die Bedeutung eines Gesetzestextes? Sprachwissenschaftliche Argumente im Methodenstreit der juristischen Auslegungslehre – linguistisch gesehen, in: F. Müller (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik: Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, Berlin 1989, S. 93–148; R. Christensen, Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, Berlin 1989, S. 18 ff., 66 ff., 86 ff.; ders./H. Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin 2001, S. 157 ff. Vgl. zuvor bereits D. Horn, *Rechtssprache und Kommunikation: Grundlegung einer semantischen Kommunikationstheorie*, Berlin 1966, S. 147 ff., und H. Rodingen, *Pragmatik der juristischen Argumentation: Was Gesetze anrichten und was rechtens ist*, Freiburg und München 1977, S. 147 ff.
- 14 F. Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, 2. Aufl., Berlin 1994, insbes. S. 225 ff.
- 15 Vgl. nur J. Boyle, *The Politics of Reason: Critical Legal Studies and Local Social Thought*, *University of Pennsylvania Law Review* 133, 1985, S. 685–780 (691 ff., 746 ff.); R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1986, S. 1 ff.; D. Kennedy, *Legal Reasoning: Collected Essays*, Aurora: The Davies Group 2008. Im (deutschen) Überblick S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl., Stuttgart 2008.
- 16 Siehe etwa B. de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, New York: Routledge 1995; P. Schiff Berman, *Global Legal Pluralism*, *Southern California Law Review* 80, 2007, S. 1155–1237; ders., *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge: Cambridge University Press 2012; P. Zumbansen, *Transnational Legal Pluralism*, *Transnational Legal Theory* 1, 2010, S. 141–189; J. Klabbers/T. Piiparinen (Hrsg.), *Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance*, Cambridge: Cambridge University Press 2013. Zum „Pluralismus der Pluralismen“ in der wissenschaftlichen Debatte vgl. Überblick bei N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford: Oxford University Press 2010, S. 71 ff.
- 17 Vgl. m.w.N. C. Sorge, *Zwischen Kritik, Konsens und Reflexion: Hermeneutisch-rhetorische Traditionen der Rechtsfindung*, in: G. Carlizzi/C.-E. Mecke/S. Meder/C. Sorge (Hrsg.), *Juristische Hermeneutik zwischen Vergangenheit und Zukunft*, Baden-Baden 2013, S. 137 ff.

weg<sup>18</sup> und Chaim Perelman<sup>19</sup> in Anknüpfung an die aristotelische Rhetorik begründet wurden. Viehwegs Topik geht vom Problem aus, nicht von einer als fixiert gedachten Norm. Nicht das allgemeine Gesetz gibt eine „Lösung“ für den „Fall“ vor, die „Lösung“ ist vielmehr ein diskursiver Prozess des Überzeugens. Dessen Argumente werden aus einem Reservoir von Topoi gewonnen, die sich im juristischen wie im allgemeinen Diskurs herausgebildet haben: „concepts, subjects, or maxims that are widely shared.“<sup>20</sup> Diesen Topoi ist zwar eine gewisse Allgemeinheit eigen, sie sind jedoch unscharf und so offen in ihrer Verwendung und Kombination, dass es nicht zu der Idee passt, sich „das Besondere als [bereits] *enthalten* unter dem Allgemeinen zu denken“.

Lothar Bornscheuer fasst diesen ambivalenten Charakter von Topoi als „Konzentrationspunkt[en] eines Bedeutungshorizonts“<sup>21</sup> mit den Begriffen der Habitualität und der Potentialität.<sup>22</sup> Habituell sind Topoi, weil sie sich in den kommunikativen Praktiken einer Diskursgemeinschaft als Elemente für Begründungen etabliert haben; ihre Potentialität, ihre „polyvalente Interpretierbarkeit“, die auch Innovation ermöglicht, bewahrt sie davor, zu Klischees zu werden. Als weitere Eigenarten von Topoi benennt Bornscheuer deren Intentionalität – dass sie im Prozess des Begründens performativ Sinn erhalten und stiften – und Symbolizität, ein evokativer Charakter, der das Argument mit einem *Bedeutungshorizont* verbindet. Dass Bornscheuers Topik Jurisprudenz, Politologie und Soziologie mit der Literaturwissenschaft und der Logik verklammert, deutet an, dass hier die (vermeintliche) Kluft zwischen juridischem und ästhetischem Urteilen über-

---

18 T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl., München 1974.

19 C. Perelman/L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric: A Treatise on Argument*, übers. von J. Wilkinson und P. Weaver, Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press 1969.

20 J. M. Balkin, *A Night in the Topics: The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason*, in: P. Brooks/P. Gewirtz (Hrsg.), *From Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven: Yale University Press 1996, S. 211–224 (212).

21 L. Bornscheuer, *Topik: Zur Struktur der gesellschaftlichen Einbildungskraft*, Frankfurt a. M. 1976, S. 105.

22 Bornscheuer, *Topik* (Fn. 21), S. 95 ff. mit Zuspitzung auf S. 107. Für einen Überblick A. von Arnould/J. Theilen, *Rhetoric of Rights: A Topical Perspective on the Functions of Claiming a 'Human Right to...'*, in: A. von Arnould/K. von der Decken/M. Susi (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric*. Cambridge: Cambridge University Press 2020, S. 34–55 (36 ff.).

brückt wird. Beide Urteilsformen werden hier auf gemeinsame kommunikative Praktiken zurückgeführt.

Die Nähe zwischen juridischem und ästhetischem Urteilen wird vielleicht noch deutlicher, wenn wir uns dem zuwenden, was Juristinnen „Judiz“ nennen. Das „Judiz“ ist das unerlässliche *je-ne-sais-quoi* des juristischen Urteilens. Klaus Günther bezeichnet es als jenen „Sinn für Angemessenheit“, der sich erst im Laufe der intensiven Beschäftigung mit dem Recht einstellt.<sup>23</sup> Während Studierende zunächst noch lernen, im Maschinenraum des Rechts die Hebel zu bedienen, hat das Judiz die „angemessene“ Lösung schon im Blick und vermag sie über den Einsatz korrekter Topoi wie „Treu und Glauben“, „Billigkeit“ oder „teleologischer Reduktion“ dem Gesetz abzutrotzen. Das Judiz beschreibt eine intuitive Rechtskenntnis, die auf praktischer Erfahrung und jenem habituell vermittelten „Sinn für Angemessenheit“ beruht.<sup>24</sup> Klaus und Hans Christian Röhl bezeichnen es treffend als das „juristische Geschmacksurteil“.<sup>25</sup>

### III. Einige Berührungspunkte

Verlassen wir die Ebene des Urteilens an sich und wenden uns einigen Topoi zu, auf die im Prozess der Urteilsbildung zurückgegriffen wird und die ihrerseits Berührungspunkte zwischen ästhetischem und juridischem Urteilen reflektieren.

#### 1. Verhältnismäßigkeit, Angemessenheit

Da ist zunächst der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>26</sup> Er gebietet, die Relation zwischen Mittel und Zweck „angemessen“ zu bestimmen. Im

---

23 K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt a. M. 1988.

24 Durchaus im Sinne von Bourdieu „sens pratique“, vgl. P. Bourdieu, *Le sens pratique*, Paris: Les Éditions de Minuit 1980. Vertiefend H.-J. Strauch, *Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens: Prozesse richterlicher Kognition*, Freiburg 2017, S. 71 ff.

25 K. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 4. Aufl., München 2020 (i.V.) (<https://ssrn.com/abstract=3191176>, Stand: Januar 2020), S. 275.

26 Zu dessen ästhetischer Dimension T. Tetzlaff, *Der Sound des Rechts: Rechtsästhetik und Rechtsakustik*, in: G. Kreuzbauer/S. Augeneder (Hrsg.), *Der juristische Streit: Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik*, ARSP Beiheft 99, Stuttgart 2004, S. 86–110 (106). Aus rhetorischer Perspektive A. von Arnould,

Recht ist dies primär ein Gebot der „Gerechtigkeit“: Eine Sanktion hat dem Anlass gebenden Rechtsverstoß angemessen zu sein, die Bürgerin soll in ihren Rechten nicht weiter beschnitten werden, als es die Förderung des Gemeinwohls verlangt, usw. Was aber im Einzelfall angemessen ist, vermag allenfalls – erneut – das Judiz zu sagen. Der Maßstab ist unscharf<sup>27</sup> und seine Bezeichnung letztlich demselben Metaphernschatz der Geometrie entlehnt, dessen sich auch die Künste bedienen. In der alternativen Bezeichnung des Grundsatzes als „Proportionalität“ schwingt diese Verwandtschaft zu einem Topos der Ästhetik noch deutlicher mit.

Im Vergleich zum Feld der Kunst ist im Recht der Zweck meist schärfer konturiert („definiert“). Für die Kunst ist einer nach wie vor unterschwellig pulsierenden romantischen Auffassung zufolge die Zweckfreiheit dagegen geradezu Wesensmerkmal.<sup>28</sup> Wenn aber Stendhal in jenem berühmten Brief an Balzac schreibt, er habe während seiner Arbeit an der „Kartause von Parma“ jeden Tag im Code civil gelesen „pour en prendre le ton“,<sup>29</sup> dann blitzt auf, dass es ihn doch gibt, den „angemessenen“ Ton. Nur ist das Feld der Kunst spätestens seit dem 20. Jahrhundert stärker von einer Konkurrenz ästhetischer Normen geprägt als das Recht. Dass sich im Laufe der Zeit die Vorstellung davon, was „angemessen“ ist, wandeln kann, ist indes Kunst und Recht gemein. Man denke hier nur an die Abkehr von den „spiegelnden Strafen“ des Mittelalters, an deren Stelle das moderne „symbolisierende“ Strafrecht Eingriffe in Freiheit (Freiheitsstrafe) und Vermögen (Geldstrafe) gesetzt hat.

---

Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit, in: M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, Tübingen 2015, S. 276–292.

27 Den „Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe“ hat ihn F. Ossenbühl genannt: Diskussionsbeitrag, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 39, 1981, S. 189–190 (189).

28 Vgl. die berühmte Wendung bei Kant, *Urteilkraft* (Fn. 6), S. 179 (= § 44), wonach die „schöne Kunst“ „für sich selbst zweckmäßig“ sei. Zu dieser Autonomietheorie W. Busch, *Die Autonomie der Kunst*, in: ders. (Hrsg.), *Eine Geschichte der Kunst im Wandel ihrer Funktionen* (1987), Weinheim 1997 (Neudruck), S. 230 ff.; W. Ullich, *Kunst/Künste/System der Künste*, in: K. Barck/M. Fontius/D. Schlenstedt/B. Steinwachs/F. Wolfzettel (Hrsg.), *Ästhetische Grundbegriffe: Historisches Wörterbuch in sieben Bänden*, Bd. 3: *Harmonie bis Material*, Stuttgart u. a. 2001, S. 556–616 (588 ff.) m.w.N. Zur Kritik A. von Arnould, *Freiheit der Kunst*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 167, Rn. 2.

29 Stendhal, Brief vom 16.-29.10. (30.10.) 1840 aus Civita-Vecchia an Honoré de Balzac, Nr. 3084, in: *Correspondance générale*, Bd. VI, Paris: Honoré Champion 1999, S. 410: „En composant la Chartreuse, pour en prendre le ton je lisais chaque matin 2 ou 3 pages du code civil.“

## 2. Stimmigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mag in anthropologischer Perspektive die Sehnsucht nach dem „großen Gleichgewicht“ spiegeln, wie Jan Broekman vermutet, der hier den Bogen vom antiken Traum vom ursprünglichen Gleichgewicht über das bürgerliche Lebensgefühl des *juste milieu* bis in die Techniken des modernen Rechts schlägt.<sup>30</sup> Unzweifelhaft prägt aber die zu Grunde liegende ästhetische Idee von Stimmigkeit,<sup>31</sup> die der – eher der Musikästhetik entstammenden – Harmonie wie der – eher dem Bereich der visuellen Künste zuzuordnenden – Symmetrie innewohnt,<sup>32</sup> seit alters her auch das Recht. Noch heute zeigt sie sich in der Harmonie von Schuld und Sühne, der Negation eines Aktes durch den *actus contrarius* – und eben in den Figuren von Verhältnismäßigkeit und praktischer Konkordanz.

Diese Idee von Stimmigkeit ist bis heute prägend für die Jurisprudenz als eine dogmatische Rechtswissenschaft, indem sie das Recht als System denkt, in das sich die einzelnen Rechtssätze zu fügen haben.<sup>33</sup> Allen dekonstruktivistischen Ansätzen zum Trotz ist diese Vorstellung in Deutschland bis heute tonangebend. In zahllosen Monographien, Kommentierungen, Aufsätzen werden Rechtsvorschriften und Urteile systematisiert und harmonisiert, auf übergeordnete Prinzipien bezogen, Ausreißer wie Unkraut gejätet. Diese Aufgabe ist unter dem Einfluss eines wachsenden normativen Pluralismus (Stichworte: Europäisierung und Internationalisie-

---

30 J. M. Broekman, *Recht und Anthropologie*, Freiburg 1979, S. 14 ff.

31 Hierzu auch von Arnauld, *Rechtssicherheit* (Fn. 12), S. 252 ff., 261.

32 Näher E. Cassirer, *Der Mythos des Staates: Philosophische Grundlagen politischen Verhaltens* (1946), 2. Aufl., Zürich/München 1978, S. 129 ff.; S. Andriani, *Le miroir du réel: Essais sur l'esthétique du droit*, Paris: LGDJ 1997, S. 167 ff.

33 Unter Juristen berühmt ist das Apodiktum von H. J. Wolff, *Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft*, *Studium Generale* 1952, S. 195–205 (205): „Rechtswissenschaft ist systematisch oder sie ist nicht!“ Vgl. auch H.-J. Strauch, *Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz – eine Bindung durch Kohärenz*, *KritV* 85, 2002, S. 311–333, auf allgemeinerer kognitionswissenschaftlicher Grundlage im Anschluss an O. Neurath, *Soziologie im Physikalismus*, *Erkenntnis* 2, 1931, S. 393–431 (403): „Richtig heißt eine Aussage dann, wenn man sie eingliedern kann. Was sich nicht eingliedern kann, wird als unrichtig abgelehnt.“ Eingehend zur Kohärenz im Rahmen juristischer Methodenlehre und gerichtlicher Erkenntnis Strauch, *Methodenlehre* (Fn. 24), S. 104 ff., 119 ff., 246 ff., 435 ff., passim.

rung) schwieriger geworden. Das wird natürlich auch in der Rechtswissenschaft rezipiert.<sup>34</sup>

Modellhaft treten an die Stelle einer statisch(er) gedachten Systemarchitektur<sup>35</sup> daher zunehmend auf Verknüpfung und Anschluss hin<sup>36</sup> orientierte Konzeptionen, wie sie z.B. in der Kettenroman-Metapher bei Ronald Dworkin zum Ausdruck kommen:<sup>37</sup> Wie bei einem „Kettenroman“ (*chain novel*) treiben die Interpreten des Rechts zwar das Romangeschehen voran, können also innovativ sein, bleiben dabei aber in den Bahnen, die in den früheren Kapiteln von anderen vorgezeichnet sind. Wenn Ino Augsberg solchen Modellen in poststrukturalistischer Betonung der Textualität von Recht und Rechtserkenntnis (in Anlehnung an Deleuze und Guattari<sup>38</sup>) das Rhizom entgegenstellt,<sup>39</sup> werden hier durchaus auch ästhetische Präferenzen sichtbar: nachgerade klassizistische Ausgewogenheit trifft auf die „Ästhetik der Paradoxie“.<sup>40</sup>

In dieser Perspektive scheint auch im historischen Kodifikationsstreit<sup>41</sup> zwischen Thibaut und Savigny eine ästhetische Dimension auf:<sup>42</sup> Während Thibaut auf eine systematische Kodifikation des gesamten deutschen

---

34 Näher zum Folgenden A. von Arnould, Die Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, VVDStRL 74, 2015, S. 39–87 (55 ff., 61 ff.).

35 Kritisch dazu etwa C. Möllers, Methoden, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, § 3, Rn. 37.

36 Vgl. z.B. K.-H. Ladeur, Methodendiskussion und gesellschaftlicher Wandel, RabelsZ 64, 2000, S. 60–103 (67): „transsubjektive[s] Netzwerk von Anschlußzwängen und -möglichkeiten“.

37 R. Dworkin, Law's Empire, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1986, S. 229 ff. Legendäre Erweiterung von S. Fish, Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism, Critical Inquiry 9, 1982, S. 201–216. Vermittelnde Deutung von J. M. Schelby, Interpretation in Law: The Dworkin-Fish Debate (or, Soccer amongst the Gahuku-Gama), California Law Review 73, 1984, S. 158–180.

38 G. Deleuze/F. Guattari, Rhizom (1976), in: dies., Tausend Plateaus: Kapitalismus und Schizophrenie, übersetzt von G. Ricke und R. Voullié, Berlin 1992, S. 11 ff.

39 I. Augsberg, Lesbarkeit des Rechts: Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist 2009, S. 168 ff.

40 Begriff nach H. K. Kim, Ästhetik der Paradoxie: Kafka im Kontext der Philosophie der Moderne, Würzburg 2004, S. 24 f.

41 Dazu u.a. S. Meder, Rechtsgeschichte: Eine Einführung, 6. Aufl., Köln u.a. 2017, S. 299 ff. Zur mythischen Dimension des Streits I. Kroppenberg, Mythos Kodifikation – ein rechtshistorischer Streifzug, JZ 19, 2008, S. 905–912 (905 ff.).

42 Zum Einfluss von Kants Ästhetik auf Savigny siehe S. Meder, Mißverstehen und Verstehen: Savignys Grundlagen der juristischen Hermeneutik, Tübingen 2004,

Rechts drängte, lehnte Savigny es als lebensfremd ab, das Recht als ein stimmig zu fassendes System zu imaginieren. Der Volksgeist bilde das Recht in einem organischen Prozess fort: „Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigenthümlichkeit verliert.“<sup>43</sup> Aufgabe der Rechtswissenschaft sei die historische Erforschung der Quellen, aus denen sich der Volksgeist speise und in denen er sich manifestiere. Der Einfluss Savignys und seiner historischen Rechtsschule auf Jakob Grimm sind bekannt, ebenso die Wurzeln der „Germanistik“ in der Rechtswissenschaft. Dass getreu dem viel zitierten Satz Grimms Recht und Poesie „aus einem bette aufgestanden“<sup>44</sup> sind, schlägt erneut die Brücke zwischen Recht und Ästhetik, zwischen ästhetischem und juridischem Urteilen.

### 3. Ausnahmezustand

Gewissermaßen als symbolisch-ästhetischer Gegenentwurf zu solchen Modellen synchroner oder diachroner Harmonie und Stimmigkeit kann schließlich die Figur des Ausnahmezustands gelten.<sup>45</sup> In ihr spiegelt sich das vor allem von den Erfahrungen des 20. Jahrhunderts geprägte Interesse an den Grenzen des Sagbaren. Bei Carl Schmitt als dem Panegyriker des Ausnahmezustands ersetzt die Entscheidung das Regelsystem des Rechts und der Sprache. Überhaupt Carl Schmitt: Bei ihm lassen sich Rechtswissenschaft und Ästhetik kaum voneinander trennen. Bei wenigen Rechtswissenschaftlern tritt der Zusammenhang zwischen Sprache und Argument so deutlich hervor: Von „changierende[n] Farben, scharfe[n] Kan-

---

S. 57 f. Zum musikalisch-ästhetischen wie juristischen Reinheitsideal Thibauts *R. Polley*, Anton Friedrich Justus Thibaut (AD 1772-1840) in seinen Selbstzeugnissen und Briefen, Bd. 1: Abhandlung, Frankfurt a. M. u.a. 1982, S. 91 ff., 125 ff.

43 *F. C. von Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 11.

44 *J. Grimm*, Von der Poesie im Recht, Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. II (1816), Heft 1, S. 25–99 (8, 23 ff.).

45 Vgl. *O. Ruf* (Hrsg.), Ästhetik der Ausschließung: Ausnahmezustände in Geschichte, Theorie, Medien und literarischer Fiktion, Würzburg 2009; *D. Mirbeth*, Suspendierung des Rechts – Kontinuität der Herrschaft: Das Wesen des Ausnahmezustandes und der Doppelcharakter des Gesetzes, in: M. Lemke (Hrsg.), Ausnahmezustand: Theoriegeschichte – Anwendungen – Perspektiven, Wiesbaden 2017, S. 57–70.

ten“ spricht Jannis Lennartz.<sup>46</sup> Und Bernhard Schlink schreibt: „Schmitts Schlagworte und -sätze [...] kommen mit knallenden Stiefeln daher, dulden keinen Widerspruch, bieten keine Begründung.“<sup>47</sup>

Man mag in dieser Ästhetik des Grenzfalles (oder des grenzaufhebenden Falls<sup>48</sup>) eine Verbindung zu der Faszination ziehen, die auf Kant in seiner „Kritik der Urteilskraft“ das Erhabene ausübt, das Maßstablose, das „was über alle Vergleichung groß ist“. Interessanterweise entnimmt Kant seine Beispiele hier (wie andernorts in seiner Ästhetik) nicht dem Bereich der Kunst, sondern dem der Natur (das Meer) oder – des Rechts: „Vielleicht gibt es keine erhabener Stelle im Gesetzbuch der Juden“, schreibt er, „als das Gebot: Du sollst dir kein Bildnis machen.“<sup>49</sup> Und, um ein weiteres Beispiel dem Alten Testament zu entlehnen: vielleicht ist es eben jenes Erhabene, das auch am Urteil des Salomon fasziniert: Das Entsetzliche der Zerteilung des Kindes trifft auf eine Gerechtigkeit, die das Gesetz übersteigt. Dass juristische Urteile auch inhaltlich ästhetischen Maßstäben zugänglich sind, das hat – nebenbei bemerkt – bereits Heinrich Triepel erkannt.<sup>50</sup>

#### IV. *Syn-Aisthesis?*

Auch wenn meine vorangegangenen Überlegungen ihrerseits eine systematische Gestalt vermissen lassen, so deuten sie doch zumindest darauf hin, dass Recht und Ästhetik, juridisches und ästhetisches Urteilen keineswegs so strikt voneinander geschieden sind, wie es etwa in einer systemtheoretischen Perspektive erscheinen mag.<sup>51</sup> Worin die Zusammenhänge wurzeln, was die *Syn-Aisthesis* trägt, dafür existieren verschiedene Erklärungsansätze, von denen ich drei herausgreifen möchte, die auf verschiedenen Ebenen operieren.

---

46 J. Lennartz, *Juristische Granatsplitter: Sprache und Argument bei Carl Schmitt* in Weimar, Tübingen 2018, S. 1.

47 B. Schlink, *Why Carl Schmitt?*, *Rechtshistorisches Journal* 10, 1991, S. 160–176 (167).

48 Zur Außerkraftsetzung des Verhältnisses von Regel und Ausnahme in Schmitts Verständnis vom Ausnahmezustand O. Gross, *The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the "Norm-Exception" Dichotomy*, *Cardozo Law Review* 2, 1999/2000, S. 1825–1867.

49 Kant, *Urteilskraft* (Fn. 6), S. 124 (= Allgemeine Anmerkung zu § 29).

50 Triepel, *Stil* (Fn. 5), S. 55 f.

51 Gegen den „rigiden Schematismus kybernetischer Systeme“ D. Damler, *Synästhetische Normativität*, *Rg* 25, 2017, S. 162–182 (166).

Da ist zunächst die *Ebene der gedanklichen Operation*, die Frage nach der „Natur“ des Urteilens selbst. Wie sich abzeichnet hat, überzeugt die Unterscheidung zwischen bestimmendem und reflektierendem Urteil bestenfalls im Sinne von Idealtypen. Sowohl im Recht als auch in der Ästhetik scheint das Urteilen zwischen diesen beiden Typen zu oszillieren. Daniel Damler<sup>52</sup> vermutet daher einen „einheitlichen Evaluationsmechanismus“: „Wertungen werden über zeitlich vorauslaufende Affekte reguliert. Die Zuordnung zu einer bestimmten Normenkategorie ist eine analytische Leistung, die erst in einem zweiten Schritt erfolgt.“ Aufgrund dieser „partiellen Identität der involvierten Abläufe“ hält Damler „analogische‘ Interferenzen“ zwischen juristischen und ästhetischen Wertungen für unvermeidbar.

Zusammenhänge zwischen Urteilen im Bereich des Rechts und der Ästhetik bestehen aber auch auf der *Ebene der kommunikativen Tiefengrammatik* im Prozess des Gründegebens. Das habe ich am Beispiel der Topik darzulegen versucht. Insbesondere Bornscheuers Untersuchung über die Verwendung von Topoi in verschiedenen Disziplinen und Feldern (als Sondertopiken) und über deren Grenzen hinweg (als allgemeine Topoi) scheint mir ein fruchtbarer Versuch, diese Zusammenhänge aufzuzeigen. Zu nennen wären hier aber auch Arbeiten von Bernard S. Jackson, der vor gut 30 Jahren dieser Tiefengrammatik aus semiotischer Perspektive und in Anlehnung an Greimas’ strukturelle Narratologie nachgespürt hat.<sup>53</sup> Danach ruht das Recht auf Mustern, „die zu einem großen Teil von den Regelförmigkeiten der allgemeinen Prozesse der Zeichensetzung vorgegeben werden, angefangen mit den Grundfiguren der Denk- und Sprechgrammatik bis hin zu den gleichförmigen Geschichten, die uns als Mythen, Märchen und Historien begleiten.“<sup>54</sup>

Auf einer dritten Ebene schließlich bewegen sich Syn-Aesthesien im *Bereich der Maßstäbe des Urteilens*, schleichen sich ästhetische Maßstäbe ins juristische, rechtlich-moralische ins ästhetische Urteil. Wie Ernst Gombrich es 1952 fasste: „Wesentlich ist, dass in unserem Erleben immer Resonanzen aus anderen Wertsystemen mitschwingen. Es gab einst gute Gründe, gegen eine Verwirrung der Werte in der Kunstkritik zu protestieren, vor allem gegen eine oberflächliche Verwechslung von Kunst und Moral. Aber heute, wo diese Gefahr nicht mehr besteht, sollten wir ohne Zögern die

52 Damler, Normativität (Fn. 51), 166.

53 B. S. Jackson, *Law, Fact, and Narrative Coherence*, Roby, Merseyside: Deborah Charles Publications 1988, S. 28 f. Dazu auch K. Sobota (*Gräfin von Schlieffen*), *Stimmigkeit als Rechtsstruktur*, ARSP 77, 1991, S. 243–256 (246 ff., insbes. 253 f.).

54 Sobota, *Stimmigkeit* (Fn. 53), 254.

Tatsache anerkennen, dass es wenige Menschen gibt, die Kunst niemals als sittlichen Wert erleben.<sup>55</sup> Man mag diese „kongruenten Wert-Erfahrungen“ (Damler) mit Phasen sozial-moralischen Lernens erklären und damit gleichsam im Individuum verankern;<sup>56</sup> man kann aber auch bei Triepel nachschlagen, bei dem die Wertungen aus den unterschiedlichen sozialen Feldern auf einer Metaebene zusammenfließen: „Genau wie die verschiedenen ‚Inhalte‘ des objektiven Geistes – Recht, Sittlichkeit, Kunst, Wissenschaft usw. – Einzelrichtungen dieses Geistes als einer Ganzheit sind, so sind auch jene Werte Einzelrichtungen eines absoluten Gesamtwertes, stehen mithin zueinander in inniger Verbindung.“<sup>57</sup> Die Befassung mit Zusammenhängen zwischen verschiedenen Kultur- und Gesellschaftszweigen und deren geistiger Verklammerung durch eine übergeordnete Idee war in der Geisteswissenschaft der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts durchaus verbreitet. Die diversen Schulen unterschieden sich vor allem in ihrem analytischen Instrumentarium und in ihrer Konzeption des einheitsstiftenden Prinzips. Triepel selbst entlehnt seine Konzeption eines „Kulturstils“ oder „Gesamtstils“, dem die Einzel-„Stile“ verpflichtet sind, der Geschichtsphilosophie Erich Rothackers.<sup>58</sup>

Die dort wie bei Triepel mitschwingenden ontologischen Prämissen und die hegelianisch anmutende Rede vom „Objektiven“ und „Absoluten“ mögen heute etwas antiquiert anmuten. Zu einer ähnlichen „synästhetischen“ Sicht auf Kulturphänomene gelangt man aber auch in Fortführung der Gedächtnistheorie des Aby-Warburg-Kreises, namentlich Ernst Cassirers Philosophie der symbolischen Formen und den kunsttheoretischen Schriften Erwin Panofskys. Jene erschließen die Idee eines Ursache-Wirkungs-Zusammenhangs zwischen den Hervorbringungen einer bestimmten Kultur und einer bestimmten Epoche und deren genereller Weltansicht. Die von dieser Welt-Anschauung geprägten „Denkgewohnheiten“ wirken sich Panofsky zufolge auf alle Bereiche des Kultur- und Geisteslebens, einschließlich der Alltagskultur, aus.<sup>59</sup> Diese werden nicht im Wege förmlich

---

55 E. Gombrich, Wertmetaphern in der bildenden Kunst (Visual Metaphors of Value in Art, 1952), in: ders., Meditationen über ein Steckenpferd: Von den Wurzeln und Grenzen der Kunst, Wien: Europaverlag 1973, S. 31–56 (35).

56 So Damler, Normativität (Fn. 51), 166, unter Bezugnahme auf die einschlägigen Studien Jean Piagets.

57 Triepel, Stil (Fn. 5), S. 42.

58 Triepel, Stil (Fn. 5), S. 64. Begriffe bei E. Rothacker, Geschichtsphilosophie (1934; rev. 1952), Nachdruck München 1971, auf S. 54, 62, 83.

59 So der Ausdruck, den Panofsky in seinen späteren Schriften verwendet, namentlich in: E. Panofsky, Gotische Architektur und Scholastik (Gothic Architecture and Scholasticism, 1951), deutsche Ausgabe, Köln 1989, S. 18.

cher Schulung anerzogen, sondern über Sozialisierung im weitesten Sinne allgemein verbreitet<sup>60</sup> – sie werden „habituell“, wie Pierre Bourdieu dies in Übersetzung von Panofskys „mental habits“ taufte.<sup>61</sup> Zugleich bieten sie eine Erklärung dafür, warum juridische und ästhetische Wertungen ineinanderfließen können.

Ästhetisches und juridisches Urteilen, das habe ich hier zu plausibilisieren versucht, haben mehr miteinander zu tun, als es auf den ersten Blick scheinen mag.

---

60 Letztlich geht es um „Enkulturation“, d. h. um das Ergebnis „eines teils bewußten, teils unbewußten Lernprozesses, durch den die ältere die jüngere Generation mit oder ohne Zwang dazu bringt, traditionelle Denk- und Verhaltensweisen zu übernehmen“: M. Harris, *Kulturanthropologie: Ein Lehrbuch* (Cultural Anthropology, 2. Aufl., 1987), Frankfurt a. M./New York 1989, S. 21.

61 P. Bourdieu, *Strukturalismus und soziologische Wissenschaftstheorie* (Structuralisme et théorie de la connaissance sociologique, 1968), in: ders., *Zur Soziologie der symbolischen Formen* (1970), 6. Aufl., Frankfurt a. M. 1997, S. 7–41 (39 ff.); ders., *Der Habitus als Vermittler zwischen Struktur und Praxis* (Original als Nachwort zur französischen Ausgabe von Panofskys „Gotischer Architektur und Scholastik“, 1967), ebd., S. 125–158 (132, 138 ff.).

