

REZENSIONEN

Cara Röhner, Ungleichheit und Verfassung, Weilerswist (Velbrück Verlag) 2019, 373 S., € 44,90

Anzuzeigen ist ein in vielerlei Hinsicht bemerkenswertes Buch, das aus einer Frankfurter Dissertation hervorgegangen ist und mehrfach ausgezeichnet wurde. Cara Röhner unternimmt den Versuch, die hergekommene Gleichheitsdogmatik insbesondere des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, aber auch darüber hinaus konsequent an den sozial- und genderwissenschaftlichen „Achsen der Ungleichheit“¹ auszurichten und darüber hinaus intersektionalitätstheoretisch² aufzuklären. Dabei konzentriert sie sich auf die beiden Achsen soziales Geschlecht und soziale Klasse.³

Als nüchterner Kommentar zur aufgeheizten Identitätsdebatte der ideellen Gesamtlinken, ob es mehr auf Anerkennung oder Umverteilung ankomme, ob Identität und kulturelle Privilegien gegenüber den „old school“-materialistischen Fragen der Arbeiter*innenbewegung zuviel Gewicht erhalten hätten, ist dieses Buch gewiss nicht geschrieben worden (es wäre auch nicht nötig, weil fast alles schon vor 20 Jahren von Slavoj Žižek in „The ticklish subject“ vorweggenommen wurde),⁴ doch lässt es sich auch so lesen und erlangt dadurch eine über die Verfassungs- und Europarechtswissenschaft hinausreichende Relevanz. In der Rechtspraxis erweist sich nämlich wie in deren politischen Grundlagen, dass die genannten Unterscheidungen tatsächlich weitgehend bedeutungslos sind und es daher sinnlos ist, sie im Sinne von „Haupt- und Nebenwidersprüchen“ gegeneinander auszuspielen. In der Geschlechtergleichstellung geht es durchgehend nicht allein um kulturelle Anerkennung, sondern auch um damit verbundene materielle Vor- und Nachteile. In der Klassenpolitik drehte

sich die Bewegungsdebatte von Anfang an um „Klassenbewusstsein“, Arbeiter*innenstolz wie auch um sozialpolitische Leistung und einkommenspolitische Verteilung. Die Trennung der beiden Dimensionen erscheint allzu gewollt und künstlich. Privilegienkritik ist kein moralistischer Exzess, sondern materialistische Analyse, wenn man sie mit Nancy Fraser, der bekannten Kritikerin des „progressiven Neoliberalismus“, so wie Cara Röhner betreibt. Gleichzeitig wäre es fahrlässig, die insbesondere von Wallerstein/Balibar vor 30 Jahren auf den Begriff gebrachten Ungleichheitsdimensionen „Race/Geschlecht/Klasse“⁵ nicht als nebengeordnet betrachten zu wollen, sondern hier irgendwelche Hierarchien einzuziehen. Das liegt weniger an der individualistischen Schlagseite des modernen Rechts mit seiner Vervielfachung anerkannten Andersseins – zweifelsohne einem zivilisatorischen Fortschritt –, sondern an der hartnäckigen, soziologisch erweislichen Persistenz rassistischer oder sexistischer Stereotypisierungen oder Stigmatisierungen. Letztere begrenzen die Möglichkeiten der Einzelnen keineswegs nur bezogen auf die schimärenhafte besitzindividualistische „Chancengleichheit“ der Marktgesellschaft, sondern auch auf das politische Dasein als Citoyen und nach nonkonformer Selbstentfaltung strebendes menschliches „Gattungswesen“. Ungleichheit wird hier in der ganzen Bandbreite von fundamentaler Rechtsgleichheit über Anerkennung des Andersseins bis zur sozial-ökonomischen Verteilungsgleichheit thematisiert. Dass ein besonderer Schwerpunkt der Studie auf wirtschaftlicher Gleichheit liegt und deren mangelhafte juristische Adressierbarkeit skandalisiert wird, verarbeitet aber doch in anregender Weise die Einsicht etwa Vivek Chibbers, dass das Abtauchen der Klassenfrage im Verhältnis zu symbolischen Anerkennungskämpfen in erster Linie auf den hegemonialen defaitistischen Eindruck zurückgeht, der „große Kampf“ sei ohnehin verloren oder jedenfalls unter den derzeitigen Umständen nicht gewinnbar.⁶

1 Cornelia Klinger u.a., Achsen der Ungleichheit, Frankfurt a. M. 2007.

2 Zuerst: Kimberlé Crenshaw, Demarginalizing the intersection of race and sex, The University of Chicago Legal Forum 1989, 139 ff.

3 Ergänzend wären zur Achse Race/Rassismus etwa die pionierhaften Arbeiten von Cengiz Barskanmaz (Recht und Rassismus, Berlin 2019), Doris Liebscher und anderen heranzuziehen.

4 Slavoj Žižek, Die Tücke des Subjekts, Frankfurt a. M. 2000.

5 Immanuel Wallerstein/Etienne Balibar, Rasse, Geschlecht, Klasse, Hamburg 1992.

6 Vivek Chibber, Postkoloniale Theorie und das Gespenst des Kapitals, Berlin 2018.

Cara Röhner zeigt demgegenüber eindrücklich, dass die beiden Dimensionen der Anerkennung und Verteilung im Gleichheitsrecht gleiches Gewicht haben, aber juristisch höchst unterschiedlich erfolversprechend thematisierbar sind. Woran das liegt, ist nicht primärer Gegenstand ihres Buchs; aber der Befund auf der Grundlage des positiven Rechts ist Erkenntnis genug. Darüber hinaus bereichert sie die gleichheitsrechtliche Diskussion mit der dritten, innovativen Dimension der Repräsentation. Sie nimmt damit eine Großdebatte vorweg, die auf die staatlichen Institutionen zurollt (deutscher Pionier ist das Land Brandenburg):⁷ welche Form von Gender-Parität insbesondere in repräsentativ-demokratischen Parlamenten ist verfassungsrechtlich erlaubt oder sogar geboten? Muss es darüber hinaus Quotensitze für Minderheiten geben – ein im Ansatz gar nicht ungewöhnliches Phänomen, wenn man etwa an die fehlende Sperrklausel für den Südschleswigschen Wählerverband denkt? Damit werden sensible Fragen der Identitätsrepräsentation berührt, die nach Ansicht mancher gar nicht Gegenstand der modernen demokratischen Repräsentationsidee sind oder sein können – namentlich den Anhänger*innen der Differenzrepräsentation, denen es nicht auf die Abbildung der Bevölkerung ankommt, sondern auf die Wechselwirkung zwischen Repräsentant*innen und Repräsentierten. Danach wäre angesichts der Vielheit, die politisch repräsentiert werden muss, ein Streben nach Identität von vornherein vergeblich. Schließlich geht es im Politischen nicht um Selbstidentifikation wie in der Kultur, wenn man in der Rolle des Publikums ist, sondern um das Aufnehmen *individueller* Belange und Interessen, die aggregiert, im öffentlichen Forum weiterentwickelt und „geläutert“ werden. Dass ich mich mit bestimmten Menschen aufgrund gemeinsamer Merkmale besser identifizieren kann, müsste dann demokratisch irrelevant sein. Auf der anderen Seite ist es aus pluralistischer Sicht sicher, dass Läuterungs- und Gemeinwohlfindungsprozesse gewinnen, wenn eine Vielfalt an Hintergründen zusammenkommt. Anders als zunächst angenommen, kann man daher gerade aus dem „aufgeklärteren“ und individualistischeren Theorem der Differenzrepräsentation – im Gegensatz zur Identitätsrepräsentation! – ein starkes Argument für Paritäts- und Quotenbestimmungen im Wahlvorfeld ge-

winnen. Wie weit kann folglich ein solches deziert nicht-identitäres Spiegelbildprinzip reichen? Ist es logisch stimmig und normativ verteidigbar? Und kommt es hier auf Logik an? Jedenfalls im kulturellen Raum ist die Relevanz der Repräsentation evident. Dass sich die Vielfalt der Gesellschaft medial, literarisch und künstlerisch endlich bemerkbarer macht, kann man nur als großen zivilisatorischen Fortschritt werten. Lässt sich das auf die (Partei-)Politik übertragen? Solch brisante politische und verfassungsrechtliche Fragen wirft Röhners Buch zuhauf auf. Dennoch sei vorab als größtes Verdienst gerade die erörterte innovative Einführung der Repräsentation als dritte, genuin macht- und institutionenpolitische und deshalb nicht der individuellen Anerkennung oder sozialen Umverteilung schlicht subsumierbare Ungleichheitsdimension hervorgehoben; während die Vorzüge der „relationalen Rechtsanalyse“, welche die Verfasserin als *methodische* Neuerung vorschlägt, nicht vollständig zu überzeugen vermögen.

Achsen der Ungleichheit und duale Perspektivität

In der *Einleitung* formuliert Röhner ihr materialistisches Credo, dass die Verfassung dasjenige als relevant ausweise, was zum Zeitpunkt der Verfassungsgebung den gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen entsprochen habe. Schon daraus erwächst ein beständiger Anpassungsbedarf. Vorweggenommen ist damit auch, dass anders als 1989 ff. bei den neuen Landesverfassungen im Falle des Grundgesetzes 1949 ein einseitig liberales Modell von Verfassungsstaatlichkeit dominierte – die Thematisierung von „identitätsbasierter Herabsetzung, die auf einer hierarchisierenden kulturellen Statusordnung basiert“ (S. 12) wird dadurch verfassungsrechtlich gegenüber derjenigen von sozioökonomischer Ungleichheit erleichtert. Denn die Eigentumsordnung wird als private stärker ordnend-rechtlich abgesichert als die von vornherein öffentlichem, auch aufhebungsrechtlichem Zugriff unterliegende Anerkennung als gleiche Person. Wie können gesellschaftliche Ungleichheitsverhältnisse zu Verfassungsfragen werden, lautet folgerichtig das übergreifende Erkenntnisinteresse der Autorin.

Freilich sind die genannten Ungleichheitsverhältnisse miteinander verbunden und vielfach abhängig voneinander, was die Autorin wohlweislich nicht näher behandelt, weil die zugehörigen soziologischen Ableitungsdebatten endlos sind. Juristisch liegt ohnehin eine begriffliche Ausdifferenzierung näher, die man dann allerdings teilweise intersektionalitätstheoretisch – über sog.

7 Uwe Volkmann, <https://verfassungsblog.de/notizen-aus-der-provinz-brandenburg-gibt-sich-ein-paritaetsgesetz/>.

Klassismus als reine Anerkennungsfrage – doch wieder einholen kann und muss. Der Klassismus fungiert insofern als Problemanzeige: Die Trennung des Verteilungs- als Klassenproblem von der Anerkennung kehrt über das Gebot der Anerkennung des sozial Deklassierten in die kulturelle Statushierarchie zurück. Politisch führt daher an der umverteilenden Klassenpolitik kein Weg vorbei, während verfassungsrechtlich ein vermeintlich selbstständiger Klassismus vorrangig adressierbar wäre.

Die genetisch, strukturell und in der individuellen Erfahrung verbundene kulturelle und sozioökonomische Statusordnung bleibt daher in ihrer intrikaten Synthese ein Stachel für jedes antidiskriminierungsrechtlich reduzierte Gleichheitsrecht. Die analytisch trennbaren Fragen von Anerkennung und Eigentum sind folglich in einer aufgeklärten Rechtsanwendung synthetisch aufeinander zu beziehen. Nicht zuletzt deshalb, weil das Verfassungsrecht nicht nur Ungleichheitsprobleme in seiner Praxis „bearbeitet“, wie die Autorin nahelegt, sondern begrifflich mit konstituiert – gerade durch Gleichfreiheit (Etienne Balibar) als totales Strukturmerkmal der Rechte und die Ausgestaltung des Eigentumsrechts bereits im Verfassungstext. Verfassungsbegriffe können zurückschlagen, sie sind nicht nur leere, flottierende Signifikanten im „Diskurs“. Die Verfasserin stellt sich allerdings auf den sozialtheoretisch begründbaren Standpunkt, dass Verfassungsnormen in der Praxis wirken und ein „inequality audit“ (in Anlehnung an Helen Irvings „Gender-Verfassungsaudit“)⁸ gerade diese Wirkweise von Normen betrifft. Daraus würde allerdings konsequenterweise ein empirisches Forschungsdesign folgen, das Rechtsmaterial auch auf der Ebene der Rechtsanwendung in der Rechtsprechung nicht beim Wort nimmt, sondern Wirkungen soziologisch weiter nachspürt. Röhner treibt indes die Analyse nur soweit, wie sie mit juristischen Mitteln durchführbar ist. Das irritiert, lässt sich aber doch erklären: Man kann schließlich gerade mit Blick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung und die von Röhner ebenfalls untersuchte Kommentarliteratur annehmen, dass eine gleichheitliche oder ungleichheitliche Wirkung nicht nur im entschiedenen oder dogmatisierten Einzelfall, sondern auch in vielen vergleichbaren Fällen eintritt. Insoweit bereitet Röhners Untersuchung weiteren rechtssoziologischen Studien den Weg.

8 Helen Irving, *Gender and the Constitution*, Cambridge 2008.

Weitere Impulse bezieht die Studie aus dem ebenfalls von Helen Irving übernommenen relationalen Rechtsverständnis, das durch die Überwindung abstrakter Rechtssubjektivität die „Thematisierung“ – das Leitmotiv von Röhners Denken – von Ungleichheit erleichtern soll, sowie aus Nancy Frasers Tanner Lectures von 1996 und jüngeren Arbeiten, in denen die drei Ungleichheitsdimensionen Röhners bereits sozialphilosophisch entwickelt wurden.⁹

Mit Athena D. Mutua, Karl Marx und Crawford B. Macpherson¹⁰ begründet Röhner die Verschränkung von kultureller und wirtschaftlicher Privilegierung, wobei der Begriff der Privilegierung oder Ungleichheit gerade auf der Sichtbarmachung – Thematisierung! – des Zusammenhangs (Relation!) von Reichtum der einen und Armut der anderen, kultureller Hochschätzung und Herabsetzung beruht. Formale Gleichheit invisibilisiert strukturelle Ungleichheit aufgrund hegemonialer Normen in sozialen Machtbeziehungen. Diese Formalisierung des Rechts kann man mit dem neuen Buch Thomas Pikettys¹¹ auch als ungleichheitsstützende Ideologietechnik verstehen; die Ideologie bestünde darin, dass eine auf formaler Gleichheit beruhende Marktordnung die „bloße Leistung“ prämiere. Neben die bourgeoisie tritt zudem eine maskuline Subjektivität des formal gleichen Rechts, wie man von Olympe de Gouges, Carole Pateman, Andrea Maihofer und Jennifer Nedelsky in ihren Ausführungen zum unsichtbar gemachten patriarchalen Gesellschaftsvertrag und zu asymmetrischen Machtbeziehungen lernen kann.¹²

Bei der Entfaltung der Analyseperspektive wird die „Achsen der Ungleichheit“-Perspektive um eine „duale Perspektivität“ ergänzt. Die Achsen der Ungleichheit (Klinger et al.) gehen davon aus, dass es binäre, asymmetrische Differenzrelationen gibt, die Dominanz und Normalität strukturieren. Die zugrunde liegenden Kategorien sollen analytisch und nicht alleinstehend (relational)

9 Nancy Fraser, *Social justice in the age of identity politics*, Stanford 1996; *Reframing justice*, Assen 2005.

10 Athena D. Mutua, *Introducing ClassCrits*, Buffalo Law Review 2008, 859 ff.; Karl Marx, *Zur Judenfrage*; Crawford B. Macpherson, *Die politische Theorie des Besitzindividualismus*, Frankfurt a. M. 1973.

11 Thomas Piketty, *Capital et idéologie*, Paris 2019.

12 Carole Pateman, *The sexual contract*, Cambridge 1988; Andrea Maihofer, *Geschlecht als Existenzweise*, Frankfurt a. M. 1995; Jennifer Nedelsky, *Law's relations*, Oxford 2011.

sein. Ihr wissenschaftlicher Status erscheint allerdings insgesamt etwas prekär: männlich/weiblich, weiß/Schwarz, homo/hetero sind nicht erschöpfend. Es gibt das dritte Geschlecht, Race-Schattierungen (Hispanics, mixed race, Araber*innen, Shadeism etc.), Bisexuelle. Lässt sich das alles auf Skalen mit klaren Polen und eindeutigen Auf- bzw. Abwertungen im Sinne von Louis Dumonts „homo hierarchicus“ unterbringen? Besteht hier nicht die in rechtsnormativer Hinsicht vielleicht wünschenswerte (keine Hierarchisierung der Diskriminierungskategorien!), aber empirisch fragwürdige Tendenz zur Gleichsetzung verschiedener Diskriminierungserfahrungen? Verdient Rassismus nicht eine völlig andere Analyse als Sexismus oder Transphobie? Kontextualisiert man, wie es Jurist*innen gewohnt sind, deutlich stärker, gewinnt das Schema indes an Plausibilität. In der Beziehung von einzelnen Personen dürfte es hier in je bestimmten Hinsichten klare Vorrangrelationen geben – aber nie in allen. Spricht man über die Gesamtgesellschaft, also makrosoziologisch, wird es ohnehin deutlich schwieriger. Gibt es eine Art Kastensystem, das hier stabile, übergreifende Hierarchien erkennen lässt? Es bleibt bei Röhner etwas undeutlich, welchen epistemischen Status die „Achsen der Ungleichheit“-Idee hat. Sie verweist auf die Anerkennung in der „kritischen Gesellschafts- und Rechtsanalyse“ (S. 22). Geht es um Sozialtheorie, politische Philosophie oder empirische Soziologie? Wäre eine derart normativ aufgeladene Theorie überhaupt soziologisch überprüfbar? Wenn es – so meine Vermutung – um eine begriffliche Heuristik geht, ist hingegen fraglich, welche rechtlichen Schlüsse aus ihr gezogen werden dürften. Kommt man mit derartigen heuristischen Kategorien um erst noch nachzuprüfende soziologische Hypothesen bezogen auf den rechtlichen Einzelfall herum? Es scheint so, dass je historisch oder soziologisch nachzuweisen bleibt, inwiefern in der Vergangenheit strukturelle Diskriminierung in einer bestimmten Hinsicht bestanden hat bzw. in der Gegenwart statistisch vorkommt. Die Achsen-Vorstellung ist metaphorisch bestehend, aber soziologisch unterkomplex. Eine sozialhistorisch-strukturelle oder mikrosoziologische Perspektive wäre daher unabdingbar, um tatsachenbasiert juristisch urteilen zu können. Auf eine Heuristik allein könnte man sich gewiss nicht berufen. Daher wird auch die relationale Rechtsanalyse in ihrer scheinbaren Eindeutigkeit brüchig. Sie ist aber auch nicht notwendig, um gegen Diskriminierungen weiterzukommen, weil anhand verfassungstextlich ab-

gesicherter Kategorien (Geschlecht etc.) historisch-soziologisch argumentiert werden kann. Es zeigt sich dann etwa schnell, dass Frauen in sehr vielen, wenn auch nicht in allen Hinsichten (z.B. evtl. in Sorgerechtsstreitigkeiten) statistisch nachweisbar benachteiligt werden und keine andere Erklärung als eine strukturelle, auf kulturellen Stereotypen und/oder wirtschaftlicher Deprivilegierung beruhende Diskriminierung plausibel argumentierbar ist.

Anders als die Orientierung an den wissenschaftstheoretisch prekären Achsen der Ungleichheit überzeugt die an Fraser angelehnte duale Perspektivität vollkommen. Denn diese insistiert auf der wechselseitigen Verbundenheit von kultureller und ökonomischer Abwertung.

Ein weiterer Baustein des Theoriegebäudes von Röhner besteht in der Konzentration auf die Rechtspraxis: „Das Verfassungsrecht kann folglich als eine Praxis verstanden werden, die dominante gesellschaftliche Diskurse und gängige Grenzziehungen aufnimmt, rechtsspezifisch reproduziert und die auf diese Weise die konstitutionelle Ordnung von Ungleichheitsbeziehungen herstellt. Über die juristische Argumentation wird also eine historisch-spezifische Ordnung, d.h. ein Feld des Sag- und Sichtbaren im Recht, konstituiert.“ (S. 25) Das begründet eine produktive Perspektive, die allerdings stets in Gefahr gerät, die Eigenlogik und begriffliche Natur des Rechts aus dem Blick zu verlieren. Dieses Problem verstärkt sich in der Begründung einer „relationalen Methodik“, deren Leitprinzip die Überwindung von „Dethematisierung“ in der „individualisierenden Methodik“ darstellt. Wird Ungleichheit überhaupt erörtert? Wird mit Bezug auf konkrete Dominanzverhältnisse argumentiert? Wird die Perspektive der Betroffenen eingenommen?

Die politisch sympathische Option für die Schwachen krankt an einer gewissen Zirkularität. Die Frage ist, wie die Perspektiven von Betroffenen einerseits oder der „Rechtfertigung“ von herrschaftsnahem Recht andererseits eigentlich „methodisch“ dominieren können. Dominiert stets die Seite, die gewinnt? Bestätigt jede verlorene Entscheidung, dass die Verlierer*innen dominiert worden sind und ihre Perspektive übergangen wurde? Muss nicht jedes Urteil aus rechtsimmanenten Gründen Partei ergreifen? Kann es sein, dass weniger Überzeugendes unter Umständen ungesagt oder dethematisiert bleibt? Oder dasjenige, das von den Prozessvertreter*innen nicht in hinreichend überzeugender Form in einen Rechtsstreit eingeführt wird? Diese viel-

leicht allzu liberalistischen Einwände sollen nur andeuten, dass das Vokabular der relationalen Rechtsanalyse sich (im Fall der Niederlage) nicht begrifflich in das bestehende Rechtssystem fügt – oder aber (im Siegesfalle) allzu sehr anschmiegt. Ein Beispiel sind die Ausführungen der Verfasserin zum Teilzeitbeamtentum (S. 222). Wenn die „Perspektive der Rechtfertigung“ dominiert, bleibt konkrete Ungleichheit dethematisiert – sofern die „Perspektive der Betroffenen“ vorherrscht, wird genau darüber gesprochen. Die Frage ist, was mit diesem Vokabularwechsel gewonnen ist. Denn ein Gericht darf streng genommen gar keine Betroffenenperspektive einnehmen, sondern nur je eine Seite im Rechtsstreit überzeugender finden. Die Rede von „Betroffenen“ wirkt zudem seltsam passiv, als wären sie als (cartesianische) Subjekte des politisch-juristischen Kampfes ausgelöscht; als wären sie eben rein „subjektiviert“ und im Grunde willenlos. Dieses Problem teilt der relationale Ansatz in seiner diskursanalytischen Ausrichtung mit der gesamten marionettentheoretischen Linie Althusser – Foucault – Butler. Die kontroversen Fundamente dieser Denktradition kann man gewiss zuletzt der Autorin vorhalten, deren sachliche Thesen davon völlig unberührt sind.

In der Sache hat Röhner nämlich völlig Recht. Die gerichtliche Beweisaufnahme muss sich für soziologische und historische Erkenntnisse stärker öffnen und auch „Sozialdaten“ hinzuziehen, statt sich allzu oft in unbewusst-bewusster Wirklichkeitsblindheit und faktischer Wissensskeptik zu ergeben. Der locus classicus für solche Forderungen sind natürlich die Brandeis Briefs, mit denen der berühmte US-Richter Brandeis vor einem Jahrhundert allzu abstrakte Verständnisse von Vertragsfreiheit zu erschüttern suchte. Die vor dem Bundesverfassungsgericht noch vergleichsweise häufigen sozialwissenschaftlichen Sachverständigeneinschätzungen müssten auch vor unteren Gerichten, zumindest aber den obersten Gerichten der Fachgerichtsbarkeit Standard werden – jedenfalls in den Fällen, in denen entsprechend einschlägige Expertise wie oft bei Gender-Paritätsfragen oder etwa auch bei rassistischer Diskriminierung unsicher erreichbar ist. Es geht nicht an, dass Richter*innen anders als bei naturwissenschaftlichen Fragen bei sozialwissenschaftlichen Einschätzungen oft eine sog. Alltagskenntnis als vermeintliche Sachkenntnis für sich beanspruchen, die sich nicht objektivieren lässt. In diesem geforderten Streben nach Objektivität, wie es dem öffentlich-rechtlichen Prozessrecht entspricht, liegt allerdings auch die

bessere Alternative zur „Perspektivumkehr“ der relationalen Rechtsanalyse. Denn das „Verfassungsaudit“ der Autorin soll die Rechtspraxis mit dogmatischen Anstößen durchaus methodisch verändern (S. 22), statt sie diskursanalytisch bloß treffender zu beschreiben. Der Grad an Normativierung dieses Analyseschemas ist daher nicht zu unterschätzen. Es geht um ein selbstreflexiveres Urteilen, das die „Subjektposition“ dessen ins Licht rückt, der allzu oft von hegemonialer Normalität überschattet wird. Das wäre wohl am besten durch ein inklusiveres, objektivierendes Rechtsgespräch zu erreichen, das nicht „jurispathisch“ allzu schnell Argumente und Perspektiven abschneidet.¹³ Die Frage, inwiefern ein ordnendes Recht dazu nach seiner Form überhaupt fähig ist, das nicht mehr das Thema der Studie, drängt sich jedoch im Anschluss auf. Denn weder die Perspektivumkehr als abstraktes Sollen noch die in die Zeit neuer Kräfteverhältnisse aufgeschobene Diskursverschiebung im Medium des Rechts können heutige Jurist*innen wirklich zufrieden zurück lassen, was an der Sache selbst liegen dürfte.

Umverteilung

Im ersten Teil zur *Umverteilung* geht die Verfasserin von einem an Erik Olin Wrights grundlegenden Arbeiten zum Klassenbegriff unter Gegenwartsbedingungen (des 20., aber auch des 21. Jahrhunderts)¹⁴ gebildeten Verständnis sozialer Herrschaft im Privateigentums-Kapitalismus (Relationalität!) aus. Wird die Primärverteilung naturalisiert, erscheint jede sozialstaatliche Leistung als rechtfertigungsbedürftig und begünstigt auch kulturelle Abwertung. Stattdessen wäre die Kritik ökonomischer Privilegien zu betreiben. Darin kann man eine Perspektivumkehr (Röhner) oder die objektive soziologische Analyse von Herrschafts- und Ideologiestrukturen (Naturalisierungskritik) sehen. Dazu gehört insbesondere auch die Invisibilisierung der Reproduktionssphäre. Die verfassungsrechtliche Übersetzung der Umverteilungsdimension sind soziale Rechte, deren rudimentäre textliche Normierung im Grundgesetz die Autorin ebenso festhält wie ihre gängige Verniedlichung zu schwach normativen Programmsätzen, etwa in Landesverfassungen. Röhner streicht die ökonomisch-kulturelle Doppelperspektive und deren Produktivität

13 Robert Cover, *Nomos und Narrativ*, hrsgg. v. Benedict Vischer, Berlin 2020 (i. V.).

14 Erik Olin Wright, *Approaches to class analysis*, Cambridge 2007.

etwa im Recht der Existenzsicherung heraus, was z.B. die Stigmatisierung von Alg II-Bezieher*innen anbetrifft. Anschließend untersucht sie ausführlich das etwa gegen Menkes Generalkritik¹⁵ anzuerkennende emanzipatorische Potential sozialer Rechte in den drei Referenzgebieten des Sozialstaatsprinzips, der Entwicklung materialer Grundrechtsgehalte und des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots aufgrund der Staatsbürgerschaft. Die Ausführungen der Verfasserin zu diesen Gegenständen sind glänzend und füllen eine bisher gähnende Forschungslücke, da der synthetische sowie rechtsebenenübergreifende Zugang Röhners mittels sozialtheoretischen Rüstzeugs ganz neue Blickwinkel eröffnet und normative Desiderata einmalig klar hervortreten lässt. Sie verarbeiten die maßgeblichen Studien etwa Robert Castels, Thomas Marshalls, Gosta Esping-Andersens oder Stephan Lessenichs.¹⁶ Deutliche Thesen scheut die Studie nicht und begründet sie überzeugend, etwa: „Nach über 70 Jahren Grundgesetz verfügt das Sozialstaatsprinzip über einen kaum benennbaren Inhalt.“ (S. 57) Röhner sagt, was ist, und lässt so die klaffenden Leerstellen der selbstgewissen deutschen Verfassungsdogmatik offenbar werden, nicht zuletzt die Naturalisierung der finanziellen Ressourcen des Staates im Sozialverfassungsrecht, die – wie man vor allem bei Thomas Wischmeyer nachlesen kann¹⁷ – in einem seltsamen Kontrast zur Schweigsamkeit der Gerichte zu den Kosten des liberalen Grundrechtsschutzes steht.

Sodann wendet sich Röhner drei Konkretisierungsversuchen in bisher zu wenig beachteten Sondervoten zu: Wiltraut Rupp-von Brünneck zur Nachentrichtung von Beiträgen in der Sozialversicherung (Sozialstaatsprinzip als soziale Gleichheit, 1973), Ernst-Wolfgang Böckenförde zur Vermögensteuer (Konzentration des Reichtums als Verfassungsfrage, 1995) und Reinhard Gaier/Johannes Masing/Susanne Baer zur Erbschaftsteuer (Verfestigung ökonomischer Ungleichheit führt zu stärkerem Prüfungsmaßstab im Gleichheitsrecht, 2014). Gerade derartige konsequent hergeleitete Triaden machen die Eleganz der Untersuchung aus. Röhner erinnert –

teils angelehnt an John Philipp Thurns maßgebliche Studie¹⁸ – im folgenden daran, wie fortschrittlich die Anfänge der Sozialstaatsdiskussion nach 1949 waren – geprägt von Ipsen, Ridder und Abendroth – und wie wenig davon seit der Wende zum Wirtschaftsliberalismus ab Mitte der 1970er Jahre übrig blieb. Die privatwirtschaftliche Primärverteilung und die Demokratisierung der Wirtschaft – großes Thema der ersten Jahre der BRD – verschwanden völlig aus dem Sozialstaatsdiskurs. Die unternehmerfreiheitlich begrenzte Sozialstaatlichkeit setzt letztlich eine etatistisch-autoritäre deutsche Sozialstaatlichkeit der „longue durée“ fort, die von Bismarck über den Ordoliberalismus teils bis in die EU-Verträge reicht, jedenfalls aber keine Tradition eines auf individuellen Rechten basierten Sozialverfassungsrechts kennt.

Fällt das Sozialstaatsprinzip also aus, könnten eventuell material verstandene Freiheitsrechte in die Bresche springen. Dazu gehören die „Materialisierung“ (Dieter Grimm/Peter Häberle) des Eigentums und die Einbeziehung von Sozialversicherungsanwartschaften in den Schutzbereich des Art. 14 GG, Angleichungen des Rechtsschutzes über Art. 3 Abs. 1 GG und das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum. Die Verfasserin bekräftigt die These Ulrike Davys von 2008,¹⁹ dass Leistungskürzungen und Leistungsausschlüssen verfassungsrechtlich kaum Grenzen gesetzt werden könnten, weil „Finanzierungsargumente regelmäßig die grundrechtliche Position überbieten.“ (S. 92) Sie zeichnet übersichtlich die Meilensteine in der BVerfG-Judikatur nach und analysiert scharf, wie soziale Überlegungen über objektive Gehalte etwa der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), Sozialbindungsgedanken oder Überlegungen zu Funktionen des Eigentums in die Rechtsprechung Eingang finden. Soziale Egalisierung über Art. 3 Abs. 1 GG findet hingegen nur im kernliberalen rechtsstaatlichen Feld der Prozesskostenhilfe statt, während das allgemeine Gleichheitsrecht unter Klassengesichtspunkten ansonsten wertlos scheint.

Die Menschenwürde als (ohnehin fragwürdige) Quelle eines Existenzminimums wird allzu abstrakt-individuell angewendet, berücksichtigt daher nicht ausreichend Stigmatisierungen, Paternalismus und Stereotypen und bleibt zudem hin-

15 Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015.

16 Robert Castel, *Die Metamorphosen der sozialen Frage*, Konstanz 2000; Thomas H. Marshall, *Citizenship and social class*, London 1950; Gosta Esping-Andersen, *The three worlds of welfare capitalism*, Princeton 1990; Stephan Lessenich, *Die Neuerfindung des Sozialen*, Bielefeld 2013.

17 Thomas Wischmeyer, *Die Kosten der Freiheit*, Tübingen 2015.

18 John Philipp Thurn, *Welcher Sozialstaat?*, Tübingen 2013.

19 Ulrike Davy, *Soziale Gleichheit*, VVDStRL 2008, Berlin 2009, 122 ff.

sichtlich ihrer Bedarfsorientierung unentschlossen opak. „Der Würdebegriff bleibt im Bereich der Sozialpolitik normativ unkonkretisiert und stellt keinerlei Bezug zu klassenbedingter Ungleichheit her“ (S. 126).

Warum sollte man das Recht auf Sozialleistungen nicht als Gegengewicht zu Eigentumsprivilegien verstehen? (S. 129) Interessant ist diese Frage unter dem Gesichtspunkt, ob eine entsprechende Rechtsordnung eigentlich noch eine „bürgerliche“ wäre. Daraus scheint die Antwort unmittelbar zu folgen. Und doch zeigt Röhner, dass es so einfach nicht ist. Denn ein „soziales Recht“ in den bürgerlichen Formen wäre jedenfalls auf verfassungs-/aufhebungsrechtlicher Ebene unschwer vorstellbar (über Gesamtverfassungsideen auch indirekt im einfachen Recht) und ist in Ansätzen sogar bereits Wirklichkeit. Die Untersuchung entbirgt daher ex negativo die revolutionären Potentiale der geltenden Rechtsordnung, in der herrschendes und befreiendes Recht kontinuierlich miteinander ringen. Die von Röhner eingeforderten Perspektivwechsel können daher erst das Ergebnis verrückter Kräfteverhältnisse sein.

Da die Studie auf der Höhe ihrer Zeit ist, befasst sich das anschließende Kapitel mit unionsbürgerlicher Freizügigkeit, in der wir in den vergangenen Jahren eine Regression der europäischen Sozialbürgerschaft zur Marktbürgerschaft erleben mussten (EuGH-Rs. Dano, Alimanovic, Peña-García). Die Dramatik dieses Kampfs wird im anschließenden Konflikt zwischen BSG und Gesetzgeber 2015/16 deutlich.

Resümierend wird Wiltraut Rupp-von Brünneck mit ihrem Sondervotum von 1973 als einsame Pionierin des Sozialverfassungsrechts erkennbar. Sie wollte nicht nur strukturelle Fragen sozialer Gleichheit erörtern haben, um zu einem angemessenen Leistungsniveau (nicht: Minimum) zu gelangen, sondern thematisierte auch bereits die Verbindung von ökonomischer und gesellschaftlicher Ungleichheit in der Erwerbsarbeitsgesellschaft. Ebenso wäre kulturelle Abwertung in dieser Linie sozial(demokratisch)en Rechts selbstverständlicher thematisierbar.

Anerkennung

Die zweite Ungleichheitsdimension, die *Anerkennung*, hier anhand der Gender-Diskriminierung dargestellt, bietet ein völlig anderes, weit weniger erüchterndes Bild. Mit Nancy Fraser geht es um die „Kritik von Statusordnungen, in denen sich die kulturelle Abwertung von Menschen aufgrund (vermeintlicher) Zugehörigkeiten manifestiert.“ (S. 161)

Die Kritik „hegemonialer Subjektpositionen“ ist mit einem Globalkapitalismus weitaus kompatibler als die Verteilungsanalyse und vermutlich deshalb juristisch erfolgversprechender adressierbar – das vermutet auch die Autorin im Gefolge von Fraser und Luc Boltanski/Ève Chiapello²⁰ in einem besonders starken, zusammenfassenden Abschnitt (S. 254 ff.). Das macht sie freilich nicht weniger bedeutsam und komplex, zumal Röhner zu Recht darauf insistiert, dass die Geschlechterdifferenz mit einer ökonomischen Arbeitsteilung und der Abwertung der Reproduktionssphäre einhergeht. Es kann nicht einfach darum gehen, eine „marktkonforme Emanzipation“ (S. 164 f.) ins Werk zu setzen; die Neubewertung der Care-Arbeit und das Aufsprengen der Vollerwerbstätigkeit wären gleichzeitig von Nöten.

Anerkennung befördert ein Gleichheitsrecht, das als Antidiskriminierungsrecht verstanden wird. Dieses ruht „material“ auf einer asymmetrischen Gleichheitsvorstellung auf – bei der es wiederum darauf ankommt, vergangene Erfahrungen und gegenwärtige Sozialdaten, also strukturelle Erkenntnisse, in die Rechtsfindung einzubeziehen. Kategorien können nicht als hegemonial gesetzt, sondern müssen als solche empirisch in einer Beweisaufnahme nachgewiesen werden – was in der Regel in materiellen Verteilungskonflikten (Arbeitsmarkt etc.), jedoch selbst in als Verteilungsauseinandersetzung darstellbaren symbolischen Konflikten (Redezeit etc.) unschwer möglich ist. Im Einzelnen bedeutet das, machttheoretische, mithin gruppenbezogene Analysen (empirisch) durchzuführen – im Anschluss an Catharine MacKinnon, Ute Sacksofsky und Susanne Baer²¹ –, die „marginalisierte Perspektive“ einzunehmen, und zwar als „corrective lens“ und „another partial view“ (Martha Minow), sowie „proaktives Gleichstellungsrecht“ (Anna Katharina Mangold) zu fordern. Doch damit hat es nicht sein Bewenden. Es gilt, die selbst hier noch produzierten Ausschlüsse zu reflektieren, was laut Röhner eher über Intersektionalitäts- als über postkategoriale Ansätze gelingt.

Im anschließenden „Praxisteil“ weist die Verfasserin nach, dass das Bundesverfassungsgericht

20 Luc Boltanski/Ève Chiapello, *Der neue Geist des Kapitalismus*, Konstanz 2003.

21 Catharine MacKinnon, *Toward a feminist theory of the state*, Cambridge 1989; Ute Sacksofsky, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, Baden-Baden 1996; Susanne Baer, *Würde oder Gleichheit?*, Baden-Baden 1995.

seit jeher einem materialen Diskriminierungsverständnis folgt und entgegen eigenen Bekundungen keineswegs einem stumpfen Anknüpfungs-/Differenzierungsverbot; gleichwohl war die Nacharbeit-Entscheidung von 1992 eine bedeutende Zäsur, vor allem wegen ihrer Stereotypensensibilität. Positive Maßnahmen müssten heute konsequent als Gleichheitsverwirklichung (nicht: -gefährdung!) mit Zumutbarkeitsgrenze (Susanne Baer/Nora Markard)²² erscheinen. Die mittelbare Diskriminierung ist unterdes ebenfalls mittels eines nachvollziehbaren Instrumentariums durchgehend dogmatisiert. Intersektionalität schließlich müsste nicht zuletzt in Kopftuchfällen (zuletzt zu Rechtsreferendarinnen) ernst genommen werden, in denen ein „Kultur-/Neo-Rassismus“ gegen Muslime (Etienne Balibar) mit Sexismus (Verweigerung der Chancengleichheit für Frauen) zusammentrifft und Rosa-Parks-Situationen hervorruft (Nahed Samour). Die UN-Frauenrechtskonvention könnte dabei helfen, die Privat-öffentlich-Grenze weiter zu destabilisieren, weil sie im Einklang mit der völkerrechtlichen Trias „Respect, protect, fulfill“ abgefasst ist.

Repräsentation

Mit der quer liegenden Dimension der *Repräsentation* wagt sich Röhner in § 4 nach Umverteilung und Anerkennung an das heißeste Eisen, die Präsenz in staatlichen Institutionen, im Zentrum der politischen Macht. Ihre Anregungen bezieht sie hier überwiegend von Anne Philipps' „Politics of presence“.²³ Die Frage nach dem Was ist danach von der nach dem Wer nicht trennbar. „Wenn Subjekte mit einem anderen Erfahrungswissen politisch präsenter werden, dann können potentiell auch andere Erfahrungen sichtbar werden“ (S. 260). Besonders verdienstvoll ist, dass Röhner trotz bisher unzureichendem erreichbarem Material mit Beispielen aus dem globalen Süden einen Ausblick auf die Repräsentation von sozialen Klassen wagt; diese Diskussion hat trotz einer ungleichmäßigen Gesellschaftsordnung noch gar nicht begonnen. Etwas anders sieht es bei der Geschlechterparität aus, wie die Autorin anhand der Ideen etwa von Silke Ruth Laskowski ausführt. Der Clou ihrer Darstellung liegt nun darin, dass sie selbst vor den föderalen Kompetenznormen des Grundgesetzes (wie auch der US-Verfassung im Morrison-Fall) nicht haltmacht und etwa

in der BVerfG-Entscheidung zum Betreuungsgeld Potentiale für eine gendersensible Umdeutung etwa des Titels „Recht der Wirtschaft“ aufspürt. Mehr Raum hätte indessen der Widerlegung demokratie- und repräsentationstheoretischer Einwände eingeräumt werden müssen, wie sie Anhänger*innen der Differenzrepräsentation, etwa die Founding Fathers, Nadia Urbinati oder Claude Lefort formuliert hätten. „Politische Repräsentation offenbart [...] eine prinzipielle Nichtidentität von gesellschaftlicher Realität und politischer Form, da sie der anvisierten Aufhebung aller Entzweiung natürlich entgegensteht“, schreibt Winfried Thaa in diesem Sinne.²⁴ Repräsentation schafft einen symbolischen Raum und die Chance der Distanz; dadurch wird erst ein Prozess der Wechselwirkung, politischen Performanz und der Herstellung von Allgemeinheit möglich. Wie oben bereits ausgeführt, ist der Widerspruch mit der Präsenzpolitik jedoch letztlich wohl ein vermeintlicher, weil symbolische Läuterungsprozesse samt der parlamentarischen/politischen Ideenkeimung durch im Vorhinein organisierte Vielfalt erleichtert und verbessert werden.

Es ist beachtlich, was Cara Röhner in nur einem Buch gleichzeitig gelingt: ein Methodenprogramm, eine Rechtsprechungsanalyse mit prägnant-pointierten Synthesen und die Entfaltung einer dritten Ungleichheitsdimension in ihrer juristischen Bedeutung. Dieses Werk wird noch lange Stoff für fundierte Diskussionen (und intelligente Polemik?) liefern.

Tim Wihl

Alexander Hoeppel, *NS-Justiz und Rechtsbeugung*, Tübingen (Mohr Siebeck) 2019, 585 S., € 109,--

1. Annäherungen an das Thema

„NS-Justiz und Rechtsbeugung“ – so der Haupttitel der hier zu besprechenden Arbeit. Eine solche Formulierung lässt auf den ersten Blick verschiedene Deutungen des Untersuchungsgegenstandes zu. Der Untertitel macht deutlich, worum es geht: „Die strafrechtliche Ahndung deutscher Justizverbrechen nach 1945“. Man ist geneigt zu fragen, warum der Autor nicht dem Un-

22 Susanne Baer/Nora Markard, Artikel 3 II, III GG, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 2018.

23 Anne Philipps, *The politics of presence*, Oxford 2004.

24 Die Krise demokratischer Repräsentation als Krise ihrer konfigurativen Funktion, Policy Paper der Heinrich-Böll-Stiftung, abrufbar unter https://gutv.ertreten.boell.de/sites/default/files/policy_paper_10_winfried_thaa.pdf.

tertittel die Priorität eingeräumt hat. Denn bei dem Buch handelt es sich um ein umfangreiches und reflektierendes Kompendium über das (west-)deutsche Nachkriegsstrafrecht in Reaktion auf NS-Rechtsbeugung, dem die Dissertation des Autors zugrunde liegt. In dem Vorwort hebt Hoeppel die wissenschaftliche Unterstützung durch den Zweitgutachter *Horst Dreier* besonders hervor.

Die fast 600seitige Publikation Hoeppels, der Neuere und Neueste Geschichte, Politische Wissenschaft und Philosophie studiert hat, gliedert sich in sechs Kapitel. Dem vorangestellt ist eine *Einleitung*, mit der das Thema einerseits in den Stand der Forschungen zur NS-Justiz eingeordnet und es andererseits entlang der Bedeutung der strafrechtlichen Aufarbeitung der NS-Justiz diskutiert wird.

Der Bogen wird dabei gespannt von der Auseinandersetzung mit Radbruchs Positivismus und mit der „Radbruchschen Formel“, über Leerstellen der Forschung wie die Problematik personeller Kontinuität. Durch eine Reihe bedeutsamer Publikationen ab Mitte der 1960er Jahre sei die Frage nach der Rolle der Justiz und nach dem Verhalten einzelner Akteure jenseits der Deutung einer dem „Nationalsozialismus“ als Opfer anheimgefallenen und durch den Rechtspositivismus wehrlos gemachten Rechtsprechung aufgeworfen worden (6 f.). In der zweiten Ausgabe der erstmals 1968 erschienenen Zeitschrift „Kritische Justiz“ setzten sich gleich drei Beiträge mit rechtshistorischen Fragestellungen zum Nationalsozialismus auseinander. Das Gros erwähnenswerter Darstellungen aus den 1970er Jahren stamme von Juristen, wie die Arbeit von *Bernd Rütters* „Unbegrenzte Auslegung“ (1968) und von *Michael Stolleis* zu „Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht“ (1974).

Hoeppel sieht mit Erscheinen von *Ingo Müllers* Buch „Furchtbare Juristen“ im Jahre 1987 eine Zäsur in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der justiziellen Aufarbeitung und dem Wiederaufbau der Justiz nach 1945. Hoeppel nennt den langen Atem erstaunlich, mit dem sich die Rechtswissenschaft bis dahin einer kritischen Selbstreflexion entzog (17). Inzwischen sei das Bild von einigen Akteuren der Justiz und der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus durch die Forschung zurechtgerückt und die über 1945 hinausreichenden personellen und inhaltlichen Kontinuitätslinien nachgezeichnet (18 f.).

Erst jetzt erfährt man von dem eigentlichen Anliegen des Buches, einen umfassenden Über-

blick über die gesamte Entwicklung der Rechtsdogmatik zur Aufarbeitung der Rechtsbeugung der NS-Justiz nach 1945 zu geben (30 f.). Methodisch gesehen soll der zeithistorisch bedingte Kausalzusammenhang der Rechtsprechung berücksichtigt werden. Zum besseren Verständnis der justiziellen Aufarbeitung könnten nur jene gelangen, die Zeitumstände, individuelle Eigenschaften, etwa Herkunft, nationalsozialistische Vorbelastung oder philosophische Grundüberzeugungen des Richters, politische Einflussnahme und rechtliche Bestimmungen, kurz: alles, was Geschichte auf der Mikro-, Meso-, und Makroebene umfasse, mit einbezogen (33). Gegenstand der Untersuchung seien damit die Gründe, nicht die Motive, die von der Rechtsprechung präferiert würden und so zu einer weitreichenden Exkulpation der NS-Justiz führten (33).

Da Hoeppel seinen Ansatz „interdisziplinär“ nennt, will er zunächst eine Einordnung in den größeren Zusammenhang der „Aufarbeitung“ vornehmen. Diesen Teil (35 bis 53) hat er in Anlehnung an einen Aufsatz von *Stolleis* überschrieben mit „Der Historiker als Richter – der Richter als Historiker“.¹ Mit seinen darauf bezogenen Abhandlungen spürt Hoeppel Gemeinsamkeiten und Unterschieden der historischen und juristischen Aufarbeitung nach.

Im 2. Kapitel zeigt Hoeppel historische Entwicklungslinien „Von der Erklärung von St. James bis zum Nürnberger ‚Hauptkriegsverbrecherprozess‘ im Hinblick auf Verbrechen gegen den Frieden“ (Teil A.), über „Die Entwicklung des Tatbestands der Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Spannungsfeld zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus während des Internationalen Military Tribunal und der Nürnberger ‚Nachfolgeprozesse‘“ (Teil B.), bis zu „Nachlassende Akzeptanz – Der High Command Case“ (Teil C.) und die „Schrittweise Übergabe der Verantwortung an die bundesrepublikanische Gerichtsbarkeit“ (Teil D.) auf (181-210). Hierin sind viele wichtige Gedanken enthalten. Insgesamt aber fehlt Kapitel 2 eine stringente Struktur. Man fragt sich, wonach sich die Auswahl der zu behandelnden Aspekte gerichtet hat.

1 Vgl. *Stolleis*, in: Frei/van Laak/Stolleis (Hrsg.), Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit, 2000, 173-182.

2. Die beiden „Formeln“ der „Radbruchschen Formel“

In einem Abschnitt des 1. Kapitels, das „Die Quelle des Rechts“ genannt wird, meint Hoeppel, am Anfang der Aufarbeitung des NS-Unrechts durch die Alliierten habe dieselbe Frage gestanden, die bis heute die Diskussion um den adäquaten Umgang mit Systemunrecht bestimme, nämlich, was die Quelle des Rechts sei; oder spezifischer, auf welcher Grundlage geschehenes Unrecht strafrechtlich bewertet werden könne, wenn es staatlich legitimiert oder scheinbar legitimiert war. Von dieser Frage ausgehend gelange man unversehens in die „Untiefen“ des rechtsphilosophischen Grundlagenstreits zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht (56). Hoeppel vertritt die Auffassung, dass die wichtige Fragestellung, ob es zur strafrechtlichen Verfolgung bestimmter Verbrechen eines auf überpositive Rechtsnormen rekurrierenden Ansatzes bedurfte, häufig vernachlässigt worden sei. Dabei gelangt er schnell zu *Gustav Radbruch* und setzt sich mit der sog. „Radbruchschen Formel“ aus dessen Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ aus dem Jahre 1946 auseinander. Hierin sieht Hoeppel eines der Schlüsseldokumente des Grundlagenstreits zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht. Die „Radbruchsche Formel“ habe sich von herausragender Bedeutung für die Bewertung staatlichen Unrechts im Allgemeinen und die Rolle der NS-Justiz im Besonderen erwiesen. Hoeppel rekonstruiert die unterschiedlichen Interpretationen der „Radbruchschen Formel“ (57 ff.). Dabei Vollständigkeit zu erwarten, wäre vermessen, aber die umfangreiche strafrechtliche Literatur dazu hätte einer stärkeren Berücksichtigung bedurft, zumindest in Bezug auf grundlegende Arbeiten zum strafrechtlichen Umgang mit der DDR-Vergangenheit, denn in diesem Zusammenhang erlebte die „Radbruchsche Formel“ eine Renaissance,²

2. Darauf geht Hoeppel vor allem auch unter Bezugnahme auf *Horst Dreier* im Hinblick auf die „rückwirkende Auslegung“ beim strafrechtlichen Umgang mit den Tötungen an der DDR-Grenze zur Bundesrepublik ein (168 ff.). Unter Kritik auch der Entscheidungen des BVerfG und des EGMR zu den Totschüssen an der DDR-Grenze zur BRD hebt Hoeppel in Abgrenzung zu anderen Stimmen in der Literatur zu Recht hervor, dass es nicht um die Frage der Anerkennung totalitären Rechtsverständnisses (gehe), sondern um die Frage der individuellen Verantwortlichkeit für den einzelnen „Mauerschützen“ (174). Hinzuzufügen ist, dass sich Hoeppel damit (so wie auch Dreier und andere) von den die Schuld der

was aus gutem Grund sehr kritisch beurteilt worden ist, namentlich neben *Horst Dreier*³ beispielsweise auch von *Ingo Müller*⁴. Eine kontroverse Debatte aus jüngster Zeit, bei der es auch um die rechtsphilosophische Einordnung von Radbruch ging – angestoßen von *Monika Frommel*⁵ –, wurde leider nicht berücksichtigt.

Gleichwohl verdient die von Hoeppel vorgenommene ausführliche textnahe Analyse (64 ff.) der Radbruchschen Formel Zustimmung. Hoeppel bezieht sich vor allem auf die Kriterien Radbruchs zur Qualifizierung gesetzlichen Unrechts. Sobald ein Gesetz ein unerträgliches Maß an Ungerechtigkeit erreicht habe, müsse es der Gerechtigkeit weichen („Unerträglichkeitsformel“) (65 f.). Überwiegend darauf hätten sich die Interpreten der „Radbruchschen Formel“ bisher fokussiert. Demgegenüber existiere aber die bislang nicht ausreichend beachtete „Verleugnungsformel“ (71 f.). Nach dieser sei – im Gegensatz zum Kriterium der „Unerträglichkeit“ – eine Grenzziehung möglich, indem Radbruch schreibt: „wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur“ (66). Nach Radbruch könne „Recht“ als der Inbegriff genereller, positiver Normen für das soziale Leben definiert werden (71), Willensäußerungen des Staates aber, die eines dieser Merkmale entbehren, seien nur Machtansprüche ohne Rechtsnatur (71 f.).

Für Hoeppels Untersuchungsgegenstand des nationalsozialistischen Unrechts ergaben sich daraus folgende Fragestellungen: Zum einen ob sich die „Verleugnungsformel“ zur Disqualifizierung derjenigen „Rechtsgrundlagen“ eigne, die vermeintlich oder tatsächlich nationalsozialistische Verbrechen als „Nicht-Recht“ legalisierten bzw. legitimierten, oder ob es des Rückgriffs auf die „Unerträglichkeitsformel“ bedurfte; zum anderen welche strafrechtlichen Konsequenzen aus

DDR-Grenzsoldaten überwiegend unterstellenden Stimmen in der Literatur abhebt.

3. *H. Dreier*, JZ 1997, 421.

4. *I. Müller*, in: Das 10. Gustav-Radbruch-Forum 1978-1997 – dem Rechtsdenker verpflichtet, Dokumentation, 27. September 1997 Heidelberg, 9-17.

5. *Frommel*, JZ 2016, 913; Erwiderungen von *Braun*, *Hollerbach* und *Rüthers*, JZ 2017, 451; Schlusswort *Frommel*, JZ 2017, 460; vgl. dazu *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht, 2019, 83 ff., insb. Fn. 417-420.

einer möglichen rechtsphilosophisch begründeten Disqualifizierung durch die „Unerträglichkeitsformel“ oder die „Verleugnungsformel“ zu ziehen sind; ferner welche Rolle Radbruchs Überlegungen für die Praxis der rechtlichen Aufarbeitung spielten und schließlich, ob das Spezifikum nationalsozialistischer Justiz-Verbrechen in der blinden Anwendung unerträglich ungerechten Rechts oder „Nicht-Rechts“ lag. (80).

Soweit zu sehen ist, geht Hoepfel damit über bisherige Analysen hinaus, die sich – wie oben erwähnt – vor allem auf die sogenannte „Unerträglichkeitsformel“ bezogen hätten. Der Autor liefert damit wichtige Impulse für die weitere theoretische Befassung mit der „Radbruchschen Formel“, wie auch mit Radbruchs Rechtsphilosophie.⁶

3. Entscheidungsanalyse

Mit Kapitel 3 (211-484) ist Hoepfel nun bei seinem eigentlichen Thema angelangt. Das heißt ganz und gar nicht, dass alles Bisherige etwa überflüssig ist, dennoch fällt es nicht leicht, die ersten 209 Seiten von insgesamt 585 Seiten als eine wirklich konzise Hinführung zu dem Hauptthema zu lesen. Im Mittelpunkt des 3. Kapitels steht die Analyse der mit der NS-Justiz befassten Urteile des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone, des BGH und der Untergerichte. Hoepfel hebt ausdrücklich hervor, dass die moralische Bewertung, wonach die Aufarbeitung der NS-Justiz desaströs verlief, kein Gegenstand der Auseinandersetzung sein dürfe. Hier fragt man sich allerdings, ob Hoepfel tatsächlich eine moralische Bewertung meint, oder nicht viel eher emotionale Auseinandersetzungen. Moralische Bewertungen und emotionale Auseinandersetzungen können identisch sein, sie können aber auch auseinanderfallen.⁷

Ab Seite 222 wird in die konkrete Analyse der Verfahren eingestiegen. Allerdings erfährt man vorher nichts über die Methode der Auswertung. Auch der Einstieg in diesen größten Teil der Arbeit gerät zu unvermittelt. In methodischer Hinsicht hat Hoepfel eine Einzelfallanalyse vorgenommen, hinsichtlich der empirischen Methode würde man wohl von einer qualitativen Analyse sprechen. Leider erfährt man auch nichts über die Kriterien für die Auswahl der gerichtlichen Entscheidungen. Handelt es sich tatsächlich um alle Entscheidungen, wovon Hoepfel an anderer Stelle sprach, darum also, die gesamte Entwicklung der Rechtsdogmatik zur Aufarbeitung der Rechtsbeugung der NS-Justiz nach 1945 nachzuzeichnen? Die der Arbeit angefügte Übersicht der ausgewerteten Gerichtsurteile mit Entscheidungsdatum, Aktenzeichen, Gericht, Fundstellen, Gerichtsart beruht vor allem auf Rüter.⁸

Die Analyse der Einzelentscheidungen beginnt bei dem Verfahren um die Erschießung des Dompredigers Dr. Maier, dem ersten Verfahren zur NS-Justiz, in dem der Straftatbestand der Rechtsbeugung eine Rolle spielte (223 ff.), führt über den „Huppenkothen-Prozess“, einem – wie es Hoepfel formuliert – Schlüsselverfahren zum Verständnis der NS-Justiz (363 ff.), und endet bei dem Verfahren Ferber und Hoffmann, dem letzten BGH-Urteil zur NS-Justiz (475 ff.). Es steckt viel Stoff in der von Hoepfel vorgenommenen Analyse der Verfahren. Auch ist es verdienstvoll, dass der Autor dabei den Blick auf die Dogmatik des Rechtsbeugungstatbestandes gerichtet hat, womit er bei der historischen Betrachtung des Umgangs mit NS-Unrecht neue wissenschaftliche Akzente setzt, die bei weiteren Forschungen zu dieser Thematik zwingend Beachtung finden dürften. Allerdings vermisst man eine Systematisierung der Aufbereitung der Ergebnisse der Analyse und eine Herausarbeitung der wichtigsten inhaltlichen Punkte. Dies hätte zudem das Lesen erleichtert.

⁶ So auch *Ambos*, FAZ v. 3.4.2020, 10.

⁷ Das Beispiel für eine moralische Bewertung, das Hoepfel gibt – Publikationen von *Spendel* zur Rechtsbeugung, die von *Gribbohm* rezensiert worden sind – scheint eher dafür zu sprechen, dass *Spendel* sich vor allem als emotional Empörter äußert (*Hoepfel*, 211). Doch losgelöst davon, verdient die Feststellung von Hoepfel Zustimmung, dass die Perspektive des moralischen Werturteils zum einen deshalb problematisch sei, da der Eindruck entstehen könne, es handle sich bei der Rechtsprechungspraxis im NS-Staat vorrangig um moralische Verirrung der Richter und höchstens in zweiter Hinsicht um widerrechtliches Verhalten, zum anderen, da der Kritik an der strafrechtlichen Aufarbeitung die Möglichkeit einer Stilkritik eröffnet werde (211 f.).

⁸ *Rüter, Christiaan F./de Mildt, Dick W.* (Hrsg.), *Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung (west-)deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen, 1945-2012*. 49 Bde., Amsterdam/München 1968-2012; *Rüter, Christiaan F./Dempis, Laurenz*, *Die Verfahren Nr. 1780-1839 der Jahre 1945-1947 (DDR-Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung ostdeutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen XIII)*, 2009.

4. Dogmatik des Rechtsbeugungstatbestandes als Hauptursache für die Exkulpation der NS-Justiz?

Mit Kapitel 4 wirft Hoeppel nochmals die eingangs seiner Publikation bereits gestellte Frage nach den Gründen und Motiven auf, die zu einer weitreichenden Exkulpation der NS-Justiz geführt hatten. Die Detail-Analyse der Rechtsprechung habe gezeigt, dass die naturrechtliche Unterfütterung der Dogmatik im Falle der Verbrechen der Rechtsbeugung zur Exkulpation beitrug (487). Eine der für Hoeppel wichtigsten Ursachen für diese Exkulpation besteht in der fragwürdigen Dogmatik des Rechtsbeugungstatbestandes, „die vor dem Hintergrund eines in den meisten Fällen unerheblichen Gerechtigkeitsdiskurses auf holprigen Wegen bis zur endgültigen und nahezu unüberwindbaren Beschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit führte“ (490).

Diese Feststellung ist jedoch fragwürdig. Zu einer verlässlichen Aussage über die Exkulpationsursachen gelangt man nur dann, wenn die bisherigen Ergebnisse der NS-Justizforschung zu den biographischen Hintergründen und zu der nationalsozialistischen Vorbelastung der Richter mit den Ergebnissen von Hoeppel zum Rechtsbeugungstatbestand verglichen und miteinander in Beziehung gesetzt werden. Hoeppel setzt sich an einigen Stellen mit der bisherigen NS-Justizforschung auseinander, aber dabei handelt es sich nicht um einen wirklichen Vergleich, der zu der gesicherten Auffassung führen würde, dass der fragwürdige Rechtsbeugungstatbestand die Hauptursache für die Exkulpierung ist. Die Kritik Hoeppels an den Erklärungen mit dem Diktum „Krähenjustiz“, wie das insbesondere von Hubert Rottleuthner vertreten wird,⁹ überzeugt nicht (214 ff.). Rottleuthner bestätigt die Vermutung,

„dass die zurückhaltende Verfolgungs- und Bestrafungspraxis der west- und bundesdeutschen Justiz gegenüber dem NS-Justizunrecht ihren Grund“ darin hat, „dass die nach 1945/49 amtierenden Richter selbst in der NS-Justiz tätig waren, den Justizbetrieb im NS also aus der Nähe kennen gelernt hatten, mit ihm vertraut waren – auch mit den Schwierigkeiten und Anfechtungen, den Routinen und Machenschaften.“¹⁰

⁹ Rottleuthner, in: FS-Rüter, 2003, 158–172.

¹⁰ Rottleuthner, in: Rottleuthner, Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945, 2010, 95–115 (97). Im Hinblick auf die Beurteilung von Rechtsbeugung in der DDR ergänzt Rottleuthner zu Recht, dass dieses hohe Maß von

Es wird mit weiteren Untersuchungen auch danach zu fragen sein, ob und inwieweit sich diese unterschiedlichen Erklärungsansätze in Wirklichkeit gegenseitig bedingen und möglicherweise gerade nicht voneinander trennen lassen. Es fällt schwer, davon auszugehen, dass die Anwendung der Dogmatik des Rechtsbeugungstatbestandes beim faktischen Umgang mit der NS-Justiz ab 1945 ohne deren biographische, historische und politische Verortung erfolgt ist. Hoeppel behauptet das zwar nicht, sondern geht davon aus, dass es für eine adäquate Auseinandersetzung mit der strafrechtlichen Aufarbeitung des NS-Unrechts der methodischen Differenzierung nach rechtsdogmatischen, rechtshistorischen, prosopographischen und moralischen Gesichtspunkten bedürfe (507). Gleichwohl erhält die Rechtsdogmatik das Hauptgewicht seiner Erklärungen. Dadurch rücken die bisherigen wissenschaftlichen Erklärungen in den Hintergrund. Das aber steht im Widerspruch zu der bereits zu Beginn wiedergegebenen Feststellung von Hoeppel, wonach zum besseren Verständnis der justiziellen Aufarbeitung nur gelange, wer Zeitumstände, individuelle Eigenschaften, etwa Herkunft, nationalsozialistische Vorbelastung oder philosophische Grundüberzeugungen des Richters, politische Einflussnahme und rechtliche Bestimmungen, kurz: alles, was Geschichte auf der Mikro-, Meso-, und Makroebene umfasst, mit einbeziehe (33).

Die Ausführungen in Kapitel 5 sind entgegen Hoeppels Intentionen nur Andeutungen und keine Alternative für die Entwicklung eines wirksamen Tatbestandes der Rechtsbeugung.¹¹ Aber immerhin wird damit auch noch einmal die Dringlichkeit für die Entwicklung eines solchen deutlich.

Im abschließenden Kapitel 6 werden die Ergebnisse in Thesenform zusammengefasst. Zwei der besonders strittigen – weil zu einseitigen – Thesen seien stichwortartig herausgegriffen:

- Für eine Bestrafung derjenigen Angeklagten der NS-Justiz, die ersichtlich gegen formelles und materielles Recht verstoßen hatten, habe

„Verständnis“ gegenüber früheren Kollegen bei westdeutschen Strafrichtern gegenüber den DDR-Richtern kaum zu finden sein dürfte (ebd., 97).

- ¹¹ Darauf hat auch Kai Ambos in seiner Rezension der Arbeit von Hoeppel zu Recht hingewiesen: Ambos, FAZ v. 3.4.2020, 10. Es sei angemerkt, dass die Rezension zu Hoeppel von Lehmann, GA 2020, 386, überwiegend deskriptiv ausfällt und der einzige Kritikpunkt sich auf das Fehlen bestimmter Teile der Dogmengeschichte bezieht.

es keiner Berufung auf überpositives Recht oder der Verletzung des Rückwirkungsverbot bedurft, sondern lediglich einer abweichenden und denkgesetzlich möglichen Auslegung der einschlägigen Tatbestände (509).

- Mit dem Diktum von der „Krähenjustiz“ werde die Frage vermieden, ob und inwiefern die Rechtsprechung nach 1945 bei der Aufklärung der Justizverbrechen nicht nur „tragisch“ gescheitert sei, sondern in potentiell rechtsbeugender Weise und mit Hilfe einer durch die Rechtswissenschaft vorgenommenen extralegalen unbegrenzten, das heißt restriktiven Auslegung des Tatbestandes der Rechtsbeugung den eigenen Berufsstand exkulpiert habe. Ausdruck dieser Verdrängung sei bis heute die im Wesentlichen unveränderte Rechtsdogmatik des Tatbestandes der Rechtsbeugung. Bis zu einer rechtsdogmatisch kohärenten Klärung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Judikative und der Überwindung einer exkulpierten Erinnerungsgeschichte liege „jener Wert im Argen, der die Funktion des Rechtsstaats gewährleistet und den Spruch des Richters legitimiert: Rechtssicherheit.“ (510f.)

5. Interdisziplinarität und methodenkritische Probleme

Am Ende der Rezension sollen noch zwei grundlegende methodenkritische Probleme angesprochen werden, die aber unmittelbar zusammenhängen:

Es drängt sich der Eindruck auf, dass Hoeppel Geschichtswissenschaft und Rechtswissenschaft sozusagen in einem behandelt, sie im Zusammenhang mit dem Umgang der Vergangenheit also nicht zunächst getrennt betrachtet. Das erscheint auch deshalb erwähnenswert, weil der Autor die Disparität zwischen rechtswissenschaftlicher und historiographischer Herangehensweise zuvor selbst explizit angesprochen hat (32). Es wäre konsequent gewesen, auf dieser Grundlage Gemeinsamkeiten und Unterschiede deutlicher herauszuarbeiten. Durch eine eher „eklektizistische“ Herangehensweise gehen aber beide Wissenschaften zu sehr ineinander über. Auf diese Weise wird nicht deutlich genug, welche Beiträge jede Disziplin für sich geleistet hat, welche Fragen noch offen sind und wo vor allem ein interdisziplinäres Agieren nicht nur durch einen Akteur der jeweiligen Wissenschaft vorlag, sondern wo es in Zukunft auf ein interdisziplinäres Miteinander von Historikern und Juristen deutlich stärker ankommt.

Hoeppel spricht offen an, dass dann ein Problem besteht, wenn sich ein Historiker ohne juristische Ausbildung mit der Dogmengeschichte auf ein für ihn ungewohntes und nicht ungefährliches Gelände begibt, da es des Verständnisses eines spezifischen Vorwissens und der intensiven Auseinandersetzung mit den rechtsdogmatischen und rechtsphilosophischen Fragestellungen bedürfe (212). Die Kenntnis der Rechtsdogmatik sei aber als Nachvollzug der Entscheidungen der Judikative notwendige Voraussetzung für das Verständnis und die Bewertung der Aufarbeitung historischen Unrechts. Umso mehr verdient – unabhängig von den mit der Rezension angesprochenen kritischen Aspekten – der Mut von Hoeppel Anerkennung, sich der Lösung dieser Aufgabe als Historiker ohne juristische Ausbildung zugewandt zu haben. Aber es wird dabei eben doch auch deutlich, und das kann auch gar nicht anders sein, dass das Thema NS-Justiz und Rechtsbeugung und die damit verbundenen Analysen der Rechtsdogmatik von einem Nicht-Juristen bearbeitet worden sind. Dabei ist Hoeppel uneingeschränkt zuzustimmen, wenn er kritisch schreibt, aufgrund der Spezifik juristischer Methodik sei es wenig erstaunlich, dass trotz eines „Booms“ der Justizgeschichte der NS-Diktatur und der Geschichte der Aufarbeitung die jeweiligen Fachdisziplinen unter sich bleiben.

Methodenkritisch auf den Punkt gebracht, heißt es bei Hoeppel:

„Während der Historiker Gefahr läuft, die rechtsdogmatischen Fragestellungen zu ignorieren oder die strukturellen und funktionalen Eigenarten von Rechtsprechungsakten zu unterschätzen, weist die juristische Auseinandersetzung bisweilen gravierende Mängel bei der historischen Einordnung auf“ (213).

Die Schlussfolgerungen, die daraus für Hoeppel zu folgen scheinen, nämlich dass zum einen die Historiker sich der Dogmengeschichte widmen sollten, wie umgekehrt die Juristen bei der Aufarbeitung von Dogmengeschichte die historische Einordnung beachten müssten, sind jedoch zu bezweifeln. Für den Rezensenten, der sich als Jurist über einen doch recht langen Zeitraum mit Fragen des strafrechtlichen Umgangs mit Systemunrecht wissenschaftlich befasst hat,¹² zeigte sich im Verlaufe der Forschungen immer stärker, dass bei einem derartigen komplexen

12 Vgl. u.a. Eser/Arnold, Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik (Teilbd. 14), in: Eser/Sieber/Arnold (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, 2012.

Thema nur das interdisziplinäre Zusammenwirken zwischen den verschiedenen Fachdisziplinen den historischen, politischen, gesellschaftlichen und juristischen Aspekten gerecht werden kann. Das betrifft im Übrigen auch die Notwendigkeit stärkeren Zusammenwirkens von Strafrechtswissenschaftlern mit Rechtshistorikern. Die Aussage von Hoepfel, es sei trotz der ubiquitären Anführung der Interdisziplinarität wenig erstaunlich, dass die Fachdisziplinen unter sich bleiben (213), ist nicht schlüssig. Zu fragen wäre eher, warum trotz Betonung von Interdisziplinarität die Fachdisziplinen nicht stärker interdisziplinär arbeiten. Unbeschadet dessen enthalten die von Hoepfel aufgezeigten Wechselwirkungen zwischen Geschichtswissenschaft und Rechtswissenschaft bei dem Umgang mit NS-Unrecht wertvolle Hinweise dafür, ein substantiiertes Plädoyer für wirkliche Interdisziplinarität in der NS-Forschung halten zu können (211-222). In ein solches Plädoyer ist auch das interdisziplinäre wissenschaftliche Zusammenwirken bei der Bearbeitung drängender aktueller Themen wie „Rechtsradikalismus und Strafrecht“ einzubeziehen. Aus der Arbeit von Hoepfel lassen sich auch insoweit wichtige Rückschlüsse ziehen.¹³

Jörg Arnold

Jonas Heller, *Mensch und Maßnahme. Zur Dialektik von Ausnahmezustand und Menschenrechten*, Weilerswist (Velbrück Wissenschaft) 2018, 385 S., € 34,90

Was könnte derzeit zeitgemäßer sein als eine Untersuchung des Zusammenhangs von Ausnahmezustand und Menschenrechten? Wird nicht die Pandemie zu einer exzeptionellen Bedrohung erklärt, die so tiefgehende und vor allem breitflächige Freiheitseinschränkungen erfordern soll, wie sie zuvor kaum auch nur vorstellbar schienen? Immerhin sahen manche Beobachter in der Situation im Frühjahr 2020 einen „quasi grundrechtsfreien Zustand“ (so etwa Christoph Möllers in einem Interview mit dem „Tagesspiegel“). Andere äußerten sogar (in einem betont abgeklärten, ostentativ anti-hysterischen, dabei aber

zum Inhalt der Aussage seltsam schräg stehenden Tonfall) eine noch schwerer wiegende Sorge: „Ungern befände man sich in einigen Wochen in einem Gemeinwesen wieder, das sich von einem demokratischen Rechtsstaat in kürzester Frist in einen faschistoid-hysterischen Hygienestaat verwandelt hat“ (so Hans Michael Heinig in einem Blogbeitrag). Sowohl die Diagnose des drohenden oder bereits weitgehend realisierten Ausnahmezustands mit der umfassenden Suspension fundamentaler Freiheitsrechte als auch das gegen derartige Maßnahmen aufzubietende Remedium in Gestalt einer Reaktivierung eben jener Freiheitsrechte erscheinen damit klar. Ein Buch, das genau diese Reaktivierung in Angriff nimmt, kommt somit absolut zur rechten Zeit.

Jonas Hellers Idee, die er in seinem (auf seiner Frankfurter philosophischen Dissertation basierenden) Buch entwickelt, ist jedoch deutlich origineller und interessanter als ein derartiges bekanntes Verfahren, das Ausnahmezustand und Menschenrechte im Sinne von Gift und Gegengift einander gegenüberstellt. Die Rede von der Dialektik zwischen diesen beiden Polen, wie sie prominent schon der Untertitel des Buches nennt, verweist bei Heller nicht nur auf eine schlichte, antithetische Fixierung des einen auf das jeweils andere. Sie indiziert vielmehr einen Zusammenhang, der in Hellers Interpretation die Gestalt einer wechselseitigen Stützung annimmt. Dialektisch ist der Gegensatz von Ausnahmezustand und Menschenrechten, weil er in sich selbst noch einen weiteren Gegensatz enthält, den Heller als einen Gegensatz von Gegensätzlichkeit einer- und Komplementarität andererseits aufschlüsselt (vgl. S. 12 f.).

Menschenrechte und Ausnahmezustand lassen sich danach natürlich kontrastieren; sie stehen vielfach zueinander „in direkter praktischer Opposition“ (S. 13). Aber bei dieser schlichten Gegenüberstellung droht ein bestimmter Effekt aus dem Blick zu geraten, der die einfache Verteilung von Helden- und Schurkenrolle unterminiert. Die scheinbar das schlechthin Positive, Progressive und politisch Wünschenswerte verkörpernden Menschenrechte haben eine dunkle Seite, die in der Reduktion des Menschen zur bloßen Rechtsperson liegt. In dem Maße, in dem diese Operation gelingt, erleichtert sie jene Maßnahmen des Staates, die sich im Ausnahmezustand in ihrer offenkundigsten und massivsten Gestalt präsentieren. „Die Komplementarität von Menschenrechten und Ausnahmezustand“ liegt demnach „in einer funktionalen Verschränkung der beiden Phänomene, die sich daraus ergibt, dass das Kon-

13 Vgl. Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht, 2019; ders., in: Dessecker/Harrendorf/Höffler (Hrsg.), *Angewandte Kriminologie – Justizbezogene Forschung*, 2019, 299-322; Arnold, in: Vormbaum (Hrsg.), *Jahrbuch Juristische Zeitgeschichte* Bd. 20, 2020, 153-167; ders., in: FS-Sancinetti, 2020, S. 37-64.

zept der Rechtsperson, das heißt des Menschen als Träger von Rechten, zu einem Mittel staatlichen Handelns wird“ (S. 12). Die Zurichtung des Menschen zum Rechtssubjekt erleichtert den staatlichen Zugriff auf ihn.

Hellers Arbeit fügt sich mit dieser dialektischen Perspektiverweiterung ein in den weiteren Kontext einer Kritik des Rechts und der Rechte, die in jüngerer Zeit vor allem durch die Arbeiten Christoph Menkes und zuvor bereits, mit ähnlicher Intensität und vielleicht noch größerer Radikalität, von Werner Hamacher vorgetragen wurden. Ersterer ist, als Betreuer der Arbeit, in dieser natürlich stark präsent, ebenso wie Daniel Loick, der das dritte Gutachten zur Arbeit verfasst hat (das Zweitgutachten stammt von Axel Honneth). Hamacher dagegen fehlt erstaunlicherweise, was bedauerlich ist, weil seine Arbeiten gerade zu Hannah Arendts Konzeption der Menschenrechte Heller die Gelegenheit gegeben hätten, die eigenen Thesen noch einmal zuzuspitzen und zu überprüfen, ob ein bei ihm letztlich immer noch gegebenes Vertrauen in das empazipatorische Potential der lediglich in einen gewandelten Verständnishorizont neu einzutragenden Menschenrechte möglicherweise noch kritischer betrachtet werden könnte.

Genau genommen enthält das Buch nicht nur eine einzige, sondern mindestens vier jeweils für sich hochinteressante Abhandlungen. Heller präsentiert zunächst in einem ersten Teil eine nuancierte Lektüre einschlägiger Arbeiten Carl Schmitts. Das liegt angesichts des Themas so nahe, dass man zunächst meint, darauf auch hätte verzichten zu können. Heller beschränkt seine Analyse aber gerade nicht auf die üblichen Schlagworte zum Ausnahmezustand aus der „Politischen Theologie“, sondern nimmt sehr genau auch solche Texte in den Blick, die von den üblichen, oberflächlicheren Auseinandersetzungen links liegengelassen werden. Namentlich die frühe Schrift über den „Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen“ wird detailliert untersucht und präzise auf einen in ihr etwaig noch enthaltenen Neukantianismus hin untersucht (im Ergebnis verneint Heller diese Frage). Überzeugend arbeitet Heller heraus, dass Schmitts Analysen letztlich das Phänomen des Normativen nicht zureichend in den Griff bekommen, weil sie „die Form des Rechts in ihrer konstitutiven Normalität und damit das Funktionieren rechtlicher *Normativität*“ (S. 67) nicht nur de facto verkennen, sondern aufgrund der Struktur des eigenen Untersuchungsmodells sogar verkennen müssen. Was Heller gegen Schmitt ins Spiel bringt, ist die

Idee einer Art *re-entry* des Ausnahmezustands in das Recht, der diesen nicht mehr als Ausnahme vom, sondern als Ausnahme im System begreift: „Das Recht *ist* System, insofern es sich selbst durchbricht. Die Form des Rechts ist das sich selbst durchbrechende System“ (S. 121).

Während Heller Schmitts Analysen als zwar nicht im Ergebnis überzeugend, aber doch in der Nuanciertheit ihrer Darstellungen äußerst instruktiv und (und sei's ex negativo) für die Erhellung des Gesamtthemenfelds hilfreich präsentiert, fällt seine in einem zweiten Schritt entwickelte Kritik an Agamben weitgehend vernichtend aus. Auf einen kurzen Nenner gebracht lautet sie, dass Agamben den Unterschied von Recht und Gesetz, der für Schmitts Konzeption zentral ist, nicht verstanden, jedenfalls in seiner eigenen Theorie vollkommen außen vor gelassen hat. Nur deswegen kann er Norm und Ausnahme miteinander kurzschließen und diese mit jener weitgehend ineins setzen. Agambens aktuelle Einlassungen zur Corona-Pandemie, die umstandslos etwa das Abhalten digitaler Lehrveranstaltungen mit dem Treuschwur der italienischen Professoren auf Mussolini im Jahr 1931 gleichsetzen, bestätigen diese Lesart noch einmal in deutlicher Weise: Derartige Differenzierungen sind seine Sache nicht. Indem Agambens Theorie Schmitts Unterscheidung von Recht und Gesetz einebnert, ignoriert sie jene Spannung zwischen Norm und Ausnahme, die in Hellers Interpretation nicht zu verdrängen, aber in Gestalt einer innerlichen Durchbrechung der Norm aufzuheben ist (vgl. S. 193 f.).

Nach einem Zwischenstück, in dem Heller die Problematik des Zusammenspiels von Recht und Ausnahme auch anhand des geltenden Rechts beschreibt – vorwiegend anhand der einschlägigen Regelungen der EMRK, namentlich deren Derogationsklausel des Art. 15, sowie des nationalen Verfassungsrechts in Frankreich und in der Türkei –, widmet sich ein weiterer entscheidender Analyseschritt der Arbeit Arendts Theorie der Menschenrechte. Wie bereits die Überschrift dieses Teils klarstellt, geht es um das Problem der „sogenannten Menschenrechte“ und das Paradox der Nationalstaats (S. 222). Arendts Kritik wird damit von vornherein in den Horizont des nationalstaatlichen Rechts gerückt, was angesichts ihrer berühmten Überlegungen zu den Rechten der *displaced persons* wiederum nahe genug liegt. Heller betont jedoch zugleich, dass die Problematik sich durch die mittlerweile erfolgte Einführung menschenrechtlicher Schutzstandards auch auf der internationalen Ebene nicht erledigt

hat. Sehr zu Recht hebt er hervor, dass Arendt in der Rechtlosigkeit noch etwas anderes, noch Problematischeres sah: „Die absolute Rechtlosigkeit oder Nacktheit des Menschen liegt im Verlust seines Mensch-Seins, das heißt im Verlust seiner Fähigkeit zum Politischen“ (S. 229), weil ihm mit dem rechtlichen Status auch die Fähigkeit genommen wird, Teil einer politischen Gemeinschaft und damit Mensch qua *zoon politikon* zu sein. Es geht bei der Entrechtung somit nicht nur um die Aberkennung bestimmter juristischer Positionen, sondern der grundlegenden, das Menschsein ausmachenden Fähigkeiten (vgl. S. 231). Diese Situation erläutert Heller näher wiederum mit Bezug auf den Nationalstaat, der das entsprechende Problem zwar für die eigenen Staatsangehörigen löst, dadurch zugleich aber einen Ausschluss der als nicht dazugehörig markierten Menschen bewirkt und diesen Mechanismus als Normalzustand ausgibt. In dem Maße, in dem über die Gewährung von Rechten Personen kreiert und in die Nation integriert werden, stützen sich Nationalstaat und Menschenrechte gegenseitig. Aber diese Stützung hat nicht nur den Preis des Ausschlusses derjenigen, denen diese Integration nicht zugestanden wird. Sie ermöglicht zudem dem Staat auch einen leichteren Zugriff auf diejenigen, die er selbst als Personen definiert. Die Personalisierung durch das staatliche Recht ist damit ineins eine Objektivierung (vgl. S. 282). Sie unterläuft daher den Anspruch, den sie vordergründig erhebt, nämlich den Menschen als autonomes Individuum, das zugleich in eine politische Gemeinschaft eingebunden ist, ernstzunehmen. Dass die Abstraktion des Menschen zum isolierten Individuum nicht nur die politischen, sondern ebenso die ökonomischen Zusammenhänge ausklammert, verdeutlicht Heller schließlich mit Bezug auf Franz Neumann.

Damit schließt sich offenbar bereits der Kreis der Argumentation, der mit der Ausgangsthese von der Dialektik von Ausnahmezustand und Menschenrechten seinen Anfang nahm und diese nun, in mehrfacher, äußerst elaborierter Form, begründet hat. Statt seine Argumentation und damit das Buch zu beenden, setzt Heller nun jedoch noch einmal neu an und beginnt, den skizzierten Zusammenhang ein weiteres Mal zu erläutern, nunmehr nicht im Ausgang der Analyse unterschiedlicher Theorieentwürfe, sondern im Blick auf jene rechtshistorischen Prozesse im (früh-)neuzeitlichen Staat, die zur Entwicklung der Figur der „rechtlichen Person“ und der sogenannten subjektiven Rechte geführt haben. Auch in dieser Perspektive wird zunächst erneut die

Problematik der Menschenrechte deutlich: Sie erscheinen „nicht als *Zweck* für den Menschen (Realisierung seiner Autonomie), sondern als Mittel für das Recht“ (S. 301) und damit für den Staat, der sich des Rechts (selbst noch in seiner Suspension) bedient.

Von diesem Negativbefund ausgehend, der in Parenthese immerhin eine mögliche alternative Sicht bereits andeutete, versucht Heller auf den letzten Seiten seines Buchs schließlich jedoch auch, der Idee der Menschenrechte noch eine andere, positivere, über jene rechtsinterne Funktion hinausweisende Komponente zu entnehmen. Danach können die Menschenrechte sogar gegen das Recht und die allumfassende Verrechtlichung des Sozialen gewendet werden. „Sie dienen nicht nur der wachsenden Verrechtlichung des frühneuzeitlichen Staates, sondern sie reagieren auch auf die damit verbundene Legalisierung des Lebens; sie reagieren darauf, indem sie sich dagegen wenden“ (S. 326). Nicht nur das Verhältnis von Ausnahmezustand und Menschenrechten, sondern auch Recht und Rechte sind demnach dialektisch zu denken, im Adorno'schen Sinn eines Denkens, das gegen sich selbst anzudenken vermag. In dieser Perspektive lässt dann nicht nur die Figur der Menschenrechte, sondern auch die des Ausnahmezustands eine alternative, auf die innere Widersprüchlichkeit des Konzepts verweisende Lesart zu. Diese Lesart betont, dass in der Setzung des Rechts nicht nur die Möglichkeit von seiner Aussetzung mitgesetzt ist, sondern dass in dieser Aussetzung die grundsätzliche Änderbarkeit des Rechts (und damit seine politische Dimension) aufscheint. „Die Suspension ist der Logik des positiven Rechts [...] nicht entgegengesetzt, sondern liegt in ihrer Konsequenz; mit der Idee der Setzung ist die der Aussetzung logisch verknüpft“ (S. 347). Die Dialektik von Ausnahmezustand und Menschenrechten führt damit zu einer Konzeption, in der die Emanzipation sowohl des Menschen als auch des Rechts gedacht wird – als Emanzipation nicht nur durch, sondern vom Recht.

Hellers Buch auf diese Weise auf einzelne Grundthesen zu reduzieren, wird dem Reichtum seiner Darstellung allerdings nicht gerecht. Wollte man dem Buch einen Vorwurf machen, dann könnte er allenfalls lauten, dass seine Ausführungen insbesondere zu den einzelnen Texten so sehr ins Detail gehen und dadurch so sehr auch für sich stehen können, dass sie für den Grundgedanken nicht unbedingt stets erforderlich gewesen wären. Indem sie sich die Sicht auch auf Nebenphänomene und separate Lektürefrüchte frei-

hält, gerät der Studie die Hauptlinie ihrer Argumentation bisweilen etwas aus dem Blick. Wer sich nicht nur für starke Thesen, sondern ebenso für philologisch genaue Lektüren interessiert, wird darin allerdings kaum einen Vorwurf erkennen – im Gegenteil.

Ino Augsberg

Frederik von Harbou/Jekaterina Markow (Hrsg.), Philosophie des Migrationsrechts, Tübingen (Mohr Siebeck) 2020, 444 S., € 49,00

Mit dem Sammelwerk "Philosophie des Migrationsrechts" beabsichtigen Frederik von Harbou und Jekaterina Markow bislang oft berührungsarm verlaufende disziplinäre Diskurse zusammenzuführen und so eine umfassende Reflexion über Ursprünge, Sinn und Veränderungsmöglichkeiten des Migrationsrechts zu ermöglichen. Trotz methodischer und inhaltlicher Einschränkungen gelingt ihnen damit ein Beitrag, dessen langfristige Wirkung auf die gesellschaftliche Relevanz einschlägiger Wissenschaft beträchtlich sein kann.

"Logiken des Migrationsrechts" – die erste von drei Überschriften, die das Buch thematisch sortieren – ist den fundamentalen und strukturellen Vorannahmen des geltenden Rechts gewidmet. Die Annäherung der Autoren erfolgt dabei aus jeweils voneinander abweichenden Perspektiven und mithilfe unterschiedlicher Referenzsysteme. Während Jürgen Bast das Konzept der Territorialität im Migrationsrecht durch die Brille historischer und systematischer Rekonstruktion untersucht und Staatsgrenzen als symbolische Inszenierung versteht, analysiert Daniel Thym die Idee der Sesshaftigkeit, um letztlich dafür zu plädieren, dass Zugangsbeschränkungen zum deutschen Territorium noch offener und intensiver diskutiert werden. Während Karl-Heinz Ladeur eine Diskursethik kritisiert, die mit übergeordneten moralischen Prinzipien über partikuläre Lebenswelten urteilt und Frank Dietrich sich der Idee kollektiver Selbstbestimmung bedient, um gegen globale Freizügigkeit zu argumentieren, betrachtet Stefan Schlegel das Thema aus Sicht optimaler Ressourcenverteilung und begründet dadurch, dass mehr Migrationsrechte eingeräumt werden sollten.

Der Block "Migrationsrecht und Menschenrechte" befasst sich grob mit dem Spannungsverhältnis zwischen dem nationalstaatlichen Behar-

ren auf Exklusivität und dem menschenrechtlichen Anspruch auf Universalität. Die diesem Titel zugeordneten Beiträge bewegen sich von dogmatischen Analysen bis hin zu Fragen der praktischen Philosophie und politischen Theorie. Einleitend analysiert Thomas Groß die Grenzen, die das Recht der Migrationssteuerung setzt, und stellt dabei fest, dass jedenfalls kein globales Freizügigkeitsrecht bestehe. Matthias Mahlmann konzipiert dann die Achtung der Menschenwürde als Gegenpol zu nationalistischen und rassistischen Tendenzen, bevor Rainer Kail sich des Kant'schen Weltbürgerrechts bedient, um darzulegen, weshalb Grenzen nur bedingt zu rechtfertigen seien. Anschließend rekonstruiert Paul Tiedemann die historische Entwicklung des modernen Flüchtlingsrechts für das Vorhaben, mehr Humanität einzufordern. Bernd Ladwig formuliert dann eine moralische Konzeption des Asylrechts, von der aus er eine Reihe an Schlüssen für den internationalen Flüchtlingsschutz zieht. Der erste Beitrag einer Autorin – Véronique Zanetti – führt aus, weshalb das *ius post bellum* der kriegsbedingten Flucht größere Aufmerksamkeit schenken sollte und welche Staaten Flüchtlingen gegenüber besonders verantwortlich seien. Seyla Benhabib legt sodann ihre Perspektive auf die heutige Bedeutung des Arendt'schen "Rechts, Rechte zu haben" im Umbruch zur "Kritik der humanitären Vernunft" dar – die Spannung zwischen Faktizität und Geltung von Menschenrechten gelte es stets anzuerkennen. Beiträge zum kolonialen und rassistischen Erbe im Migrationsrecht von María do Mar Castro Varela und Malika Mansouri sowie zu den Dynamiken und Fallstricken des Vulnerabilitätskonzepts im Kontext von Asyl und Geschlecht von Johanna Elle und Sabine Hess schließen den Themenblock ab.

Schließlich sollen Aufsätze zur rechtlichen Dimension des Zusammenlebens in Aufnahmestaaten das Buch unter dem Titel "Rechtsnormen der Migrationsgesellschaft" vervollständigen, wobei diese wiederum methodisch auseinanderdriftende Analysen abbilden. Die Einleitung liefert Johannes Eichenhofer mit einer Reflexion des Integrationsbegriffs im deutschen Recht in wechselseitiger Beziehung zum sozialwissenschaftlichen und rechtsphilosophischen Diskurs. Paul Mecheril erkennt im Integrationskonzept in Deutschland eine sakrale Logik der Zugehörigkeit und argumentiert für die Anerkennung von Differenz als soziales Faktum. Abschließend verteidigt Will Kymlicka zunächst den nationalen Multikulturalismus, bevor Tobias Trappe die notwendigen Be-

dingungen für eine ethische Rechtsanwendung analysiert.

Mit der Sammlung dieser Beiträge verfolgt das Werk eine "diverse, interdisziplinäre und multiperspektivische Philosophie des Migrationsrechts". Und angesichts der tatsächlich großen Zahl an Anknüpfungspunkten – von dogmatischer Rechtswissenschaft, Philosophie und politischer Theorie bis hin zur Sozial-, Wirtschafts- oder Geschichtswissenschaft – wird dann auch rasch deutlich, dass es sich nicht ohne Weiteres innerhalb der bekannten deutschsprachigen Literatur einordnen und bewerten lässt. Stattdessen muss es sich wohl – neben der inhaltlichen Reflexion der Beiträge – am selbstformulierten methodischen Ziel messen lassen, die Grundlagen des Migrationsrechts disziplinenübergreifend und umfassend zu erforschen.

Für ein so erstrebenswertes Vorhaben verdient der Versuch selbst Würdigung. Bemerkenswert ist dabei jedoch nicht nur die Disziplinenvielfalt, sondern vor allem auch die Tatsache, dass die Auswahl der Autorinnen und Autoren keiner einseitigen ideologischen Positionierung folgt.

Die Herausgeberin und der Herausgeber selbst betonen in ihrer Einleitung aber bereits zutreffend eine wesentliche Grenze, an die das Projekt teilweise gestoßen ist: Die Beschränkung der Bezugnahme der Beiträge – natürlich mit Ausnahmen – auf innerdisziplinäre Diskurse. So mag sich eine Leserin oder ein Leser beispielsweise fragen, ob und wie jene Positionen im Buch, die von der Legitimität national-konstituierter europäischer Gemeinschaften ausgehen oder diese herleiten, antikolonialer Kritik standhalten können.

Disziplinengrenzen zu überwinden ist für die migrationsrechtsbezogene Forschung insgesamt herausfordernd. Wo dies nicht gelingt, können rein dogmatische Analysen ungewollt die in den Menschenrechten selbst verankerten Ausschlussmechanismen und Partikularinteressen perpetuieren. Oder philosophische Auseinandersetzungen können realitätsfern schlussfolgern, wenn sie das gesetzte Recht und dessen Anwendung in der Praxis verkennen. Gelingt hingegen die Zusammenführung, entstehen Einsichten, die sowohl das Recht fundiert weiterentwickeln als auch die praktische Relevanz theoretischer Reflexion befruchten können. Über im Buch vertretene Autor*innen hinaus, die dies bewerkstelligen, soll hier beispielsweise die Arbeit von Autor*innen wie Ayten Gündoğdu, Dana Schmalz, Nanda Oudejans oder Itamar Mann hervorgehoben werden.

Die Einleitung des Buchs weist für zukünftige Bemühungen folgerichtig auf das Potenzial der institutionellen Verankerung interdisziplinärer Zugänge hin. Darüber hinaus wäre jedenfalls noch die Schaffung und Stärkung von informellen und formellen fachübergreifenden Reflexionsräumen zu nennen – ob im Kontext der Erstellung eines Sammelwerks oder darüber hinaus.

Trotzdem gelingt es dem Werk, der Leser*innenschaft einen Überblick über einige aktuelle Einsichten, Entwicklungen, Bruchlinien und Kontroversen zu verschaffen, die aus der migrationswissenschaftlichen Auseinandersetzung der letzten Jahrzehnte hervorgegangen sind. Somit bietet es jenen, die eine weitere Vertiefung in einem sonst schwer zu durchschauenden Feld beabsichtigen, eine willkommene Gelegenheit, sich in einer einzigen und wohlgeordneten Schrift mit einem breiten Spektrum an bedeutenden Argumentationslinien vertraut zu machen.

Einerseits kommt dabei gelegen, dass die in dem Sammelband vertretenen Autor*innen in Deutschland und international bedeutende Rollen bei der Weiterentwicklung des Wissensstandes spielen. Andererseits bleibt es Leser*innen jedoch selbst überlassen, abweichende Positionen innerhalb einzelner Fächer zu untersuchen, um eine einseitige Sicht zu vermeiden. Denn obgleich die Beiträge unterschiedliche Disziplinen vertreten, spiegeln sie zumeist nicht die Vielfalt der Sichtweisen in den zum Teil sehr reichhaltigen fachspezifischen Diskursen wider. So finden sich unter den Beiträgen beispielsweise zwar solche, die gegen umfassende globale Freizügigkeitsrechte auftreten, doch sind – soweit ersichtlich – keine Autor*innen vertreten, die diese aus ethischen oder demokratietheoretischen Gründen verteidigen – Joseph H. Carens ist hier insbesondere zu nennen.

Zudem erlaubt das Sammelwerk der Leser*innenschaft, selbst Querverbindungen zwischen den unterschiedlichen Herangehensweisen, Ebenen und Disziplinen und deren Folgen für inhaltliche Schlüsse zu erkennen. So liest sich beispielsweise die Argumentation von Ladeur, weshalb sich partikuläre Lebenswelten der Erfassung durch allgemeine Theorien entziehen, als eine indirekte Metakritik an Mahlmann und Keil, die beide den Versuch unternehmen, Migrationsrecht ethisch herzuleiten. Wenn Benhabib dann ausführt, weshalb wir die Spannung zwischen Faktizität und Geltung und die Ambivalenz von Menschenrechten in ihrer Beziehung zu staatlichem Ausschluss anerkennen sollten, repliziert sie nicht nur auf diese Debatte, sondern baut zu-

gleich den diskursiven Rahmen für Argumente, die das eine oder das andere betonen.

Die zumindest indirekte Befassung mit der zwiespältigen Rolle des Staates bei der theoretischen Begründung und praktischen Anwendung von Migrationsrecht zieht sich tatsächlich durch weite Teile des Werks. Sei es bei der Analyse der symbolischen Wirkung von Staatsgrenzen bei Bast, der stillschweigenden Zustimmung zur Legitimation staatlicher Souveränität bei Thym, deren direkter Rechtfertigung bei Dietrich, beim Blick auf die Konstitution des Staates durch Migration bei Schlegel oder bei der Erläuterung der rechtlichen Grenzen staatlicher Migrationskontrolle bei Groß. Diese zumindest implizite inhaltliche Kontinuität ermöglicht der Leser*inenschaft also, die von den Autor*innen ausgelassenen Bezugnahmen selbst herzustellen und weiter zu reflektieren.

Was die Qualität der inhaltlichen Befassung betrifft, erfüllt das Buch die selbstgesteckte Absicht. Hervorstechende Beiträge legen mit höchster analytischer Schärfe offen, welche normativen Prämissen dem Recht und dessen Anwendung zugrunde liegen und bieten Perspektiven an, die auf dessen Weiterentwicklung ausgerichtet sind. Beispielhaft soll hier auf den Aufsatz der Autorinnen Elle und Hess verwiesen werden, die, auf ethnografischer Forschung fußend, die Auswirkungen des Vulnerabilitätsdiskurses auf die Rechtsposition von geflüchteten Frauen aufzeigen.

Gleichzeitig lassen sich jedoch auch kritische inhaltliche Lücken identifizieren. Zum einen

mindert sich der Wert des Werks durch dessen Deutschlandfokus. Migration als wesentlich weltumfassendes Phänomen, das Interdependenzen zum Vorschein bringt, lässt sich nur bedingt aus nationaler (oder kontinentaler) Perspektive fassen.

Zum anderen fehlt – soweit ersichtlich – eine direkte Auseinandersetzung mit den so zentralen Konzepten staatlicher Jurisdiktion oder Verantwortung für migrations- und fluchtrelevante Menschenrechte. Denn letztlich drückt sich die rechtliche Exklusion von Nicht-Staatsangehörigen in strukturellen Mängeln des Völkerrechts und dessen konkreten Normen aus, was deren Reflexion und Neukonzeption zu einem Kernanliegen einer – auch deutschen – Philosophie des Migrationsrechts machen sollte.

Doch weder die methodischen noch die inhaltlichen Kritikpunkte können das Gesamturteil entscheidend beeinträchtigen. Mit „Philosophie des Migrationsrechts“ gelingt von Harbou und Markow ein Beitrag zum deutschsprachigen Diskurs zu Recht und Migration, dessen Einfluss weitreichend sein kann. Dieser Befund lässt sich über die inhaltliche Qualität der Beiträge hinaus vor allem durch die Tatsache rechtfertigen, dass die Enge, die die akademische Debatte zum Teil noch immer charakterisiert, letztlich überwunden werden muss, um gesellschaftsrelevante Einsichten zu einem Thema zu ermöglichen, das vielschichtiger nicht sein könnte.

Adel-Naim Reyhani