

RECHTS PHILOSOPHIE

Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts

Herausgegeben von

Alexander Aichele
Martin Borowski
Elisabeth Holzleithner
Joachim Renzikowski

Sonderdruck

Klaus F. Röhl

RphZ

1 | 2021

7. Jahrgang | Seite 1–109
ISSN 2364-1355

Thema:

Migration

Karoline Reinhardt

Das Recht der Auswanderung als vernachlässigte Begründungsaufgabe. Kantische Antworten auf ein gegenwärtiges Problem

Massimo La Torre

Justice for Foxes: Desiring to Migrate, Seeking Citizenship

Dana Schmalz

Recht, Politik und die Bedingungen der Ko-Präsenz: Das „Recht, Rechte zu haben“ im Lichte gegenwärtiger Migrationsfragen

Matthias Hoesch

Integrationspflichten und die Rechtfertigung staatlicher Normen

Beiträge

Marijan Pavčnik

Understanding Law – an Answer to Leonid Pitamic

Benno Zabel

Das Wissen im Subjekt. Zur Bedeutung des inneren Forums im Wandel strafrechtlicher Sozialkontrolle

Rezensionen

Klaus F. Röhl

Rechtsästhetik auf der Turntable



Nomos



ACADEMIA

RECHTS PHILOSOPHIE

1/2021

7. Jahrgang

Seite 1–109

Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts

Herausgegeben von PD Dr. Alexander Aichele, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg | Prof. Dr. Martin Borowski, Universität Heidelberg | Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Holzleithner, Universität Wien | Prof. Dr. Joachim Renzikowski, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
unter Mitarbeit von Prof. Dr. Marietta Auer, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt | Prof. Dr. Wolfgang Ertl, Keio University Tokyo | Prof. Dr. Jean François Kervégan, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) | Prof. Dr. Christian Krijnen, Vrije Universiteit Amsterdam | Priv.-Doz. Dr. Anne Kühler, Universität Zürich | Prof. Dr. Joachim Lege, Universität Greifswald | Prof. Dr. Georg Mohr, Universität Bremen | Prof. Dr. Stanley L. Paulson, Universität Kiel | Prof. Dr. Beate Rössler, Universiteit van Amsterdam | Prof. Dr. Kurt Seelmann, Universität Basel

Schriftleitung: Prof. Dr. Joachim Renzikowski (V.i.S.d.P.), Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Lehrstuhl für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie, Universitätsplatz 6, D-06108 Halle (Saale), Tel. 0345/5523130, E-Mail: Joachim.Renzikowski@jura.uni-halle.de

Inhaltsverzeichnis

Thema: Migration

Karoline Reinhardt:

Das Recht der Auswanderung als vernachlässigte Begründungsaufgabe.
Kantische Antworten auf ein gegenwärtiges Problem 5

Massimo La Torre:

Justice for Foxes: Desiring to Migrate, Seeking Citizenship 19

Dana Schmalz:

Recht, Politik und die Bedingungen der Ko-Präsenz:
Das „Recht, Rechte zu haben“ im Lichte gegenwärtiger Migrationsfragen 32

Matthias Hoesch:

Integrationspflichten und die Rechtfertigung staatlicher Normen 47

Beiträge:

Marijan Pavčnik:

Understanding Law – an Answer to Leonid Pitamic 65

Benno Zabel:

Das Wissen im Subjekt. Zur Bedeutung des inneren Forums im Wandel
strafrechtlicher Sozialkontrolle..... 80

Rezensionen:

Klaus F. Röhl:

Rechtsästhetik auf der Turntable..... 102

Impressum RphZ – Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts

Herausgegeben von: PD Dr. Alexander Aichele, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg | Prof. Dr. Martin Borowski, Universität Heidelberg | Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Holzleithner, Universität Wien | Prof. Dr. Joachim Renzikowski, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

unter Mitarbeit von Prof. Dr. Marietta Auer, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt | Prof. Dr. Wolfgang Ertl, Keio University Tokyo | Prof. Dr. Jean François Kervégan, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) | Prof. Dr. Christian Krijnen, Vrije Universiteit Amsterdam | Priv.-Doz. Dr. Anne Kühler, Universität Zürich | Prof. Dr. Joachim Lege, Universität Greifswald | Prof. Dr. Georg Mohr, Universität Bremen | Prof. Dr. Stanley L. Paulson, Universität Kiel | Prof. Dr. Beate Rössler, Universität van Amsterdam | Prof. Dr. Kurt Seelmann, Universität Basel

Schriftleitung: Prof. Dr. Joachim Renzikowski (V.i.S.d.P.), Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Lehrstuhl für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie, Universitätsplatz 6, D-06108 Halle (Saale), Tel. 0345/5523130, E-Mail: Joachim.Renzikowski@jura.uni-halle.de

www.rphz.de

Erscheinungsweise: Vierteljährlich

Bezugspreise 2021: Jahresabonnement incl. Onlinezugang für Privatbezieher 155,- €; für Institutionen 219,- €; für Unternehmen Preis auf Anfrage; Einzelheft 41,- €. Alle Preise verstehen sich incl. MwSt., zzgl. Vertriebskostenanteil 13,- €, plus Direktbeorderungsgebühr Inland 1,65 € p.a. Beihefte, die zu diesem Titel erscheinen, werden den Abonnenten und Abonnentinnen mit einem Vorzugspreis automatisch zugesandt und können bei Nichtgefallen zurückgegeben werden.

Bestellmöglichkeit: Bestellungen beim örtlichen Buchhandel oder direkt bei der Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

Kündigungsfrist: jeweils drei Monate vor Kalenderjahresende

Bankverbindung generell: Zahlungen jeweils im Voraus an Nomos Verlagsgesellschaft, Postbank Karlsruhe: IBAN DE07 6601 0075 0073 6367 51 (BIC PBNKDEFF) oder Sparkasse Baden-Baden Gaggenau: IBAN DE05 6625 0030 0005 0022 66 (BIC SOLADESIBAD).

Druck und Verlag: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Waldseestr. 3–5, D-76530 Baden-Baden, Telefon (07221) 2104-0/ Fax (07221) 2104-27, E-Mail: nomos@nomos.de

Anzeigen: Sales friendly Verlagdienstleistungen, Pfaffenweg 15, 53227 Bonn, Telefon (0228) 978980/Fax (0228) 9789820, E-Mail: roos@sales-friendly.de.

Urheber- und Verlagsrechte: Die Zeitschrift sowie alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor/die Autorin dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres kann der Autor/die Autorin anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung erteilen; das Recht an der elektronischen Version verbleibt beim Verlag. Vgl. dazu auch die Angaben unter www.nomos.de/urheberrecht.

Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Herausgeber/Redaktion oder des Verlages wieder.

Unverlangt eingesendete Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Die Redaktion behält sich eine längere Prüfungsfrist vor. Eine Haftung bei Beschädigung oder Verlust wird nicht übernommen. Bei unverlangt zugesandten Rezensionen keine Garantie für Besprechung oder Rückgabe. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen.

Die Verfasserinnen und Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden. Der Nomos Verlag beachtet die Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V. zur Verwendung von Buchrezensionen.

RphZ – Rechtsphilosophie

Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts

Editorial

Die „Coronakrise“ hat in der Abfolge von Krisen der „Flüchtlingskrise“ den Rang abgelaufen. Während die Medienöffentlichkeit sich über Inzidenzwerte und Impfquoten erregt, werden die neue Flüchtlingswelle auf dem Balkan oder die völker- und europarechtswidrigen Praktiken von Frontex nur am Rande wahrgenommen. Dabei braucht man kein Hellseher zu sein, um im Hinblick auf den Klimawandel die wachsende Bedeutung von Migrationsbewegungen als politisches und rechtliches Problem vorherzusagen¹ – alles Gründe genug, dieses Thema in einer Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts in den Mittelpunkt zu stellen. Im Laufe des Jahres wird sich noch ein weiteres Heft mit dieser Thematik befassen.

Karoline Reinhardt analysiert das von Kant in § 50 der Rechtslehre begründete Recht auf Auswanderung. Dafür sei das Rechtsverhältnis zwischen dem Staat zu seinen Untertanen von zentraler Bedeutung. Da jede Hinderung einer unzulässigen Eigentumspräsumtion gleichkomme, dürfe es nicht beschränkt oder mit anderen Interessen abgewogen werden. Damit stellt sich die Frage, wer Migranten aufnehmen soll bzw. muss. Dieser Frage geht Massimo La Torre in einem sehr persönlich gehaltenen Beitrag nach. Dem Migrationsrecht stünden die staatlichen Grenzen gegenüber, die notwendig mit dem Begriff der Souveränität und der demokratischen Legitimation von Recht verbunden seien. Allerdings kollidiere der künstliche Partikularismus der Staatszugehörigkeit mit dem Universalismus der (Menschen-)Rechte und damit auch mit dem universellen Recht, zu migrieren. Dieses Recht sei vor allem dann wichtig, wenn jemand auf der Flucht vor Verfolgung sei. Die „eine richtige Antwort“ auf diesen Konflikt scheint daher unmöglich, vielmehr hänge sie vom Einzelfall ab. Dabei sei es nicht ausgeschlossen, moralische Schuld auf sich zu laden. Dana Schmalz untersucht unterschiedliche Interpretationen des von Hannah Arendt geprägten „Rechts, Rechte zu haben“ im Kontext von Migration. Dabei untersucht sie, wie räumliche Distanz mit rechtlichen Garantien zusammenhängt und die Inanspruchnahme von Rechten beeinflusst. Nirgendwo sei die Prekarität des „Rechts, Rechte zu haben“ so spürbar wie in den Bedingungen des Zugangs zum Territorium auf der Suche nach Schutz. Nicht nur hänge die Reichweite von Grundrechtsgarantien von der Jurisdiktion eines Staates ab, sondern der Migrant und potentielle Kläger könne nach seiner räumlichen Entfernung kaum noch effektiven Rechtsschutz in Anspruch nehmen. Deshalb fordert sie einen schärferen Blick darauf, wie die Bedingungen von Präsenz, Sichtbarkeit und Kommunikation die politische Begründung und Verhandlung von Rechten beeinflussen und wie das Recht diese

¹ Statt vieler *Schraven*, Der Zusammenhang zwischen Klimawandel und Migration, Bundeszentrale für politische Bildung v. 20.1.2019, unter: <https://www.bpb.de/gesellschaft/migration/kurzdoessiers/282320/der-zusammenhang-zwischen-klimawandel-und-migration>

Bedingungen formt. Rechtlich vorgeschriebene Integrationspflichten sieht Matthias Hoesch sehr kritisch. Seiner Ansicht nach lassen sich derartige Pflichten, gar noch durch Sanktionen abgesichert, nur in zwei Fällen begründen, nämlich gegenüber Migranten, die ihren Lebensunterhalt nicht bestreiten können, sowie gegenüber potenziellen Einwanderern, die kein moralisches Recht zur Einwanderung haben. In allen anderen Fällen sei eine Integrationspflicht illegitim.

Der Beitragsteil enthält zwei Aufsätze. Marijan Pavčnik setzt sich mit dem Rechtsverständnis des jugoslawischen Rechtsphilosophen Leonid Pitamic auseinander. Es scheint so, als habe Pitamic Dworkins berühmte Bezeichnung des Rechts als „interpretive concept“² schon vorweggenommen. Benno Zabel erörtert die Rolle des Subjekts im Strafrecht. Subjekte würden nicht einfach vorgefunden, sondern durch die Institutionen der Sozialkontrolle dazu gemacht. Es liegt auf der Hand, dass ein angemessenes Verständnis des Rechtssubjekts für das Recht selbst unumgänglich ist.

Im Rezensionsteil stellt Klaus F. Röhl den von Schürmann und von Plato herausgegebenen und im Jahr 2020 erschienenen Band über „Rechtsästhetik in rechtsphilosophischer Absicht“ vor, vermisst aber letztlich eine Antwort auf seine Frage an die Ästhetik.

Das nächste Heft beschäftigt sich im Schwerpunkt mit Kervégans Sicht auf Carl Schmitt, die Gegenstand einer kleinen Tagung in Frankfurt gewesen ist. Weitere Beiträge „außer der Reihe“ sind natürlich stets willkommen, und deshalb ermuntern wir alle potenziellen Autorinnen und Autoren, ihre Texte möglichst zahlreich in elektronischer Form bei joachim.renzikowski@jura.uni-halle.de einzureichen. Auf der Homepage renzikowski.jura.uni-halle.de finden Sie einen Link zu den Hinweisen für die Autoren, deren Beachtung die redaktionelle Arbeit erleichtert.

Halle/Heidelberg/Wien, März 2021

*Alexander Aichele,
Martin Borowski,
Elisabeth Holzleithner,
Joachim Renzikowski*

² Lesenswert dazu *Bittner*, Recht als interpretative Praxis. Zu Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts, 1988.

**Rechtsästhetik auf der Turntable:
Besprechung von: Eva Schürmann/Levno von Plato (Hrsg.),
Rechtsästhetik in rechtsphilosophischer Absicht. Untersuchungen zu
Formen und Wahrnehmungen des Rechts,
Nomos, Baden-Baden, 2020, 270 S.**

Klaus F. Röhl

Seit der Ausrufung des *translational turn* durch Doris Bachmann-Medick (2006) habe ich zwanzig *turns* gezählt. Auf der *turntable* der Theorieangebote liegt zurzeit die Ästhetik vorn. Die Rechtswissenschaft folgt mit dem üblichen *cultural lag* der Politikwissenschaft, wo schon länger von einem *aesthetic turn* die Rede ist.¹ Noch gibt es Autoren, die sich als Avantgarde fühlen.² Es wird wohl nicht mehr lange dauern, bis die Ästhetik im *sale* landet. Das gilt jedenfalls für die geisteswissenschaftliche Ästhetik. Das Max-Planck-Institut für empirische Ästhetik sucht im Gehirn nach einem Code für ästhetische Attraktivität³ und könnte das Angebot der *humanities* bald alt aussehen lassen. (Damit aber – fast – genug der Anglizismen.)

Drei markante Veröffentlichungen haben die ästhetische Wende der Rechtstheorie eingeleitet, 2007 der Nachdruck der Arbeit von Heinrich Triepel *Vom Stil des Rechts* mit einer gehaltvollen Einleitung von Andreas von Arnould und Wolfgang Durner, 2015 Eva Schürmanns Aufsatz über *Das Recht als Gegenstand der Ästhetik?*⁴ und 2016 Daniel Damlers große Monographie *Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken*. Auch Joachim Lege verdient hier genannt zu werden, hat er doch bereits 1999 die Ästhetik als Element des philosophischen Pragmatismus gewürdigt und ist seither am Thema geblieben.⁵ Vorbereitet wurde der *aesthetic turn* durch den *pictorial* und/oder *visual turn*, der mich schon ab Mitte der 1990er Jahre gepackt hatte.⁶

Sammelbände wie dieser sind ein Kreuz. Meist quält man sich hindurch oder vielmehr, man scannt, ob da etwas Interessantes zu finden ist. Dieser Band sticht durch die Kürze der Beiträge hervor. Die zwölf Beiträge verteilen sich auf 245 Seiten, großzügig mit Vakantseiten durchschossen. Es haben sich also alle Autoren an ein 20 Seitenlimit gehalten. Es ist aber gar nicht so einfach, sich kurz zu fassen. Daher zitieren die meisten

¹ *Kompridis* (Hrsg.), *The Aesthetic Turn in Political Thought*, 2014.

² *Finchett-Maddock*, *Forming the Legal Avant-Garde: A Theory of Art/Law, Law, Culture & the Humanities*, 2019, 1–32. Ich hatte schon 2018 den Eindruck, dem *bandwagon* hinterherzulaufen und habe deshalb schnell den Entwurf eines Abschnitts *Recht und Ästhetik* für eine Neuauflage der *Allgemeinen Rechtslehre* bei SSRN eingestellt (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191176).

³ *Vessel/Isik/Belfi/Stahl/Starr*, *The Default-Mode Network Represents Aesthetic Appeal that Generalizes Across Visual Domains*, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 116 (2019), 19155–19164.

⁴ RphZ 2015, 1–12. „Ästhetik und Recht“ lautete das Oberthema des damaligen Hefts.

⁵ *Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, 1999, insbes. Kap. 5 und 10); *ders.*, *Ästhetik als das A und O „juristischen Denkens“*, RphZ 2015, 28–36; ferner *ders.* (Hrsg.), *Gelingendes Recht. Über die ästhetische Dimension des Rechts*, 2019.

⁶ Näheres dazu auf meiner alten Lehrstuhlseite: https://www.ruhr-uni-bochum.de/rsozlog/04a-recht_medienwandel.html

Autoren sich selbst. Das gilt auch für die Mitherausgeberin Eva Schürmann. Gleich in der ersten Fußnote verweist sie auf ihre Monographie *Vorstellen und Darstellen* von 2018. Ich kannte das Buch nicht. Aber bei Google Books waren bis vor einiger Zeit die Seiten 9–27 mit der ungekürzten Einleitung zu lesen. Davon habe ich Gebrauch gemacht, und ich fand den Text klar und hilfreich. Klar geworden ist mir dabei, dass Schürmann die Ästhetik nutzt, um die Fundamentalprobleme der Philosophie in den Griff zu bekommen, in erster Linie die Subjekt-Objekt-Spaltung und das von ihr so genannte Ding-an-sich-Problem. Diese Probleme sollen zur Folge haben, dass die „Frage, ob eine Darstellung ihrem Gegenstand, einer Sache oder ›der Realität‹ überhaupt *gerecht* wird“, „aus wesentlichen Gründen problematisch“ ist, „denn das Dargestellte kann niemals ‚an sich‘ und unvermittelt erfasst werden“. Ziel des Buches ist deshalb „eine analytische Kompetenz im Umgang mit der Hergestelltheit jeder Darstellung“. Der quasipositivistisch denkende Jurist findet das Problem damit zu hoch aufgehängt. Ein Zeichen dafür ist ihm stets die Beschwörung von Paradoxien. Schürmann formuliert die „Paradoxie des Darstellens“ dezenter als die Berufsparadoxologen aus dem Lager der Systemtheorie. Sie weckt Hoffnungen auf praktisch brauchbare Anleitungen, wenn sie das „zu recht gescholtene Abbildparadigma keineswegs leichtfertig verabschieden“ will, „denn wenn Darstellungen gar nichts abbildeten, wären sie gleichsam leer“. Sodann verspricht Schürmann, ihren „ästhetischen Perspektivismus“ am Beispiel von Kunstwerken zu entwickeln. Das konnte ich nicht mehr lesen.

Ich habe das nunmehr zu besprechende Buch wirklich (fast) ganz durchgelesen. Also fand ich es interessant. Das ästhetische Urteil bekommt es zwar nicht in den Griff. Aber das hat auch kein anderer bisher geschafft. Wenn man Baumgarten, Kant und Adorno zitiert hat, besitzt man eine Lizenz zu sammeln, was am Wege liegt, und seinen Gedanken freien Lauf zu lassen. Den Autoren ist manches ein- und noch mehr aufgefallen. Es gibt sogar eine kleine ästhetische Neuerung. Die einzelnen Beiträge beginnen nicht bloß mit einer Zusammenfassung, sondern mit einer Kurzzusammenfassung.

Eröffnet wird der Band mit zwei Beiträgen zur Form des Rechts. Gertrude Lübbecke-Wolff schreibt über „Form, Stil und Substanz gerichtlicher Urteile – Am Beispiel der Verfassungsgerichtsbarkeit“. Ich habe das mit Vergnügen gelesen und einiges gelernt. Der Beitrag würde jede juristische Festschrift zieren. Aber mit Ästhetik hat er wenig zu tun. Zwar setzt Ästhetik oft bei der Form an. Aber Lübbecke-Wolff kommt ohne Ästhetik aus.

Das gilt auch für Dietmar von der Pfordten („Über die Form des Rechts“, 41–60). Seine These: Das Recht verlangt nach einer zusätzlichen Form, welche „über das für das Denken und Sprechen immer schon Erforderliche hinausgeht“ (60). Er nutzt die Form aber nicht als Gegenbegriff zum Inhalt, sondern zur Abgrenzung des Rechts von Gewohnheit, Sitte und Moral usw. Er holt die Form also aus einem positivistischen Begriff des Rechts. In der Sache bin ich einverstanden. Aber über die ästhetische Qualität und/oder Relevanz der Form des Rechts habe ich nichts erfahren. Pflichtgemäß ist im letzten Absatz (60) von Rechtsästhetik die Rede, aber nur in dem Sinne, dass wir erfahren, dass die Rechtsästhetik sich mit der Wahrnehmung der Form befasst und dass ein Untersuchungsprogramm formuliert wird:

„Auch die Sinneswahrnehmung des Rechts und die Gefühlsreaktion auf das Recht sind somit von der Rechtsästhetik zu untersuchen. Die Rechtsästhetik ermöglicht der Rechtsphilosophie so eine umfassendere Perspektive auf das Recht.“

Ich hatte mir eine Vorschau auf diese Perspektive erhofft.

Hilge Landweer („Warum Normen allein nicht reichen. Sinn für Angemessenheit und Rechtsgefühl in rechtsästhetischer Perspektive“, 63–84) und Julia Hänni („Juristisches Urteil – seine wahrnehmungstheoretischen Voraussetzungen“, 85–99) lenken den Blick auf das Rechtsgefühl. Das ist bekanntlich ein schwarzes Loch⁷ der – ja, was? – Rechtstheorie, Rechtssoziologie und Rechtspsychologie. Landweer und Hänni wollen die Phänomenologie als Bohrgerät einsetzen. Phänomenologie bohrt bekanntlich tief, aber sie findet keinen Grund. Die Beiträge von Landweer und Hänni haben mich veranlasst, selbst einmal etwas in alter und neuer Phänomenologie herumzustochern. Ich bin dabei noch nicht fündig geworden. Für das Recht ist der philosophische Ansatz Edmund Husserls von seinem Sohn Gerhard Husserl und seinen Schülern Adolf Reinach und Wilhelm Schapp und in der nächsten Generation von Alois Troller und Jan Schapp rezipiert worden. Deren Arbeiten sind für die Rechtsästhetik anscheinend unergiebig. Über diesen Schülerkreis hinaus hat die Phänomenologie in der Jurisprudenz nur begrenzten Anklang gefunden. Der Versuch einer Neubelebung durch Sophie Loidolt ist viel gelobt worden, aber ohne nachhaltige Konsequenz geblieben. Die beiden von Landweer und Koppelberg herausgegebenen Sammelbände zu Recht und Emotion⁸ sind in der Reihe *Neue Phänomenologie* erschienen, ein ebenfalls einschlägiger Band von Scarinzi⁹ als *Contribution to Phenomenology*. Ich habe den Eindruck, dass die Neue Phänomenologie, wie sie von Hermann Schmitz ausgerufen wurde, in den *material turn* der Kulturwissenschaften und den *body turn* Gutzgutzers¹⁰ einmündet mit der Folge, dass Kognitionswissenschaften und Soziologie, Kulturwissenschaften und Ästhetik sich in den Begriffen *embodiment*, *embodied cognition* und *embodied knowledge* treffen. Diesen Eindruck habe ich allerdings in dem Buch, das ich hier gerade lese, nicht bestätigt gefunden.

Landweer widmet sich speziell dem Prinzip der Angemessenheit, dass sie am Beispiel des Emmely-Falles¹¹ beleuchtet. Schon früher hatte sie die eher unreflektierte Kompetenz, in Situationen mit wertenden Aspekten eine „angemessene“ Entscheidung zu treffen, als ein „affektiv fundiertes Vermögen“ einordnet. Die Nähe zur Verhältnismäßigkeit oder Proportionalität und der damit indizierten Abwägung reichen aber wohl ein Stück über das Gefühl hinaus.

Andreas von Arnould schreibt über „Rechtsästhetik als Methodenkritik“ (103–117). Er beginnt noch einmal mit der Form und zeigt, dass ungewohnte Formen Irritationen hervorrufen. Die Distanz zwischen Recht und Ästhetik führt von Arnould auf Kants Unterscheidung von bestimmender und reflektierender Urteilskraft zurück. Die Jurisprudenz sehe sich auf der Seite der bestimmenden Urteilskraft; „des Vermögens, das Besondere als enthalten unter dem Allgemeinen zu denken“. Die reflektierende Urteilskraft gehe dagegen vom Einzelfall aus, „für dessen Erkenntnis und Mitteilbarkeit ein Allgemeines erst gefunden bzw. erzeugt werden muss“ (105). Die reflektierende Urteilskraft befeuert von den Anfängen bis heute die innerjuristische Kritik der juristischen Methode, heute eben auch als ästhetische Kritik des Rechts. So sei die Topik

⁷ Vgl. dazu Marschelke, Rechtsgefühle in Rechtssoziologie und -psychologie, in: Bens/Zenker (Hrsg.), Gerechtigkeitsgefühle, 2017, 37–69.

⁸ Landweer/Koppelberg (Hrsg.), Recht und Emotion I: Verkannte Zusammenhänge; Recht und Emotion II: Sphären der Verletzlichkeit, 2017.

⁹ Scarinzi (Hrsg.), Aesthetics and the Embodied Mind, 2015.

¹⁰ Gutzgutzer, Leib und Situation. Zum Theorie- und Forschungsprogramm der Neophänomenologischen Soziologie, Zeitschrift für Soziologie 46 (2017), 147–166.

¹¹ BAG, NZA 2010, 1227–1234.

eine Methode, die im Besonderen des Falles nicht immer gleich schon die allgemeine Regel mitdenke. Einen Berührungspunkt, an dem auch Juristen mehr vom Besonderen her denken können, findet von Arnauld in den Begriffen der Angemessenheit, der Verhältnismäßigkeit, der Stimmigkeit und des Ausnahmezustandes. Im Grunde zeigt er aber, dass man mehr oder weniger jedem prominenten Rechtsbegriff einen ästhetischen Aspekt abgewinnen kann.

Levno von Plato („Rechtsprinzipien und ästhetische Normbegründung“, 119–147) stellt wieder auf das Rechtsgefühl ab. Richter, die Rechtsnorm und Sachverhalt mit Hilfe ihres Rechtsgefühls aufeinander beziehen, können gleichsam ein juristisches Kunstwerk schaffen, das letztlich auch die Schönheit der Rechtsordnung in ihrer Transparenz, Ehrlichkeit und Freiheitlichkeit erkennen lässt. Das gelingt aber nicht mit einem „persönlichen Rechtsgefühl“. Der Richter soll aus dem Konzert der Meinungen den intersubjektiv überzeugenden Akkord heraushören oder vielmehr ein

„intersubjektiv potentes, individuell-subjektiv erlebtes Gefühl [entwickeln], welches den normativen Status des Schönheitsurteils zwar nicht begründet, aber doch dessen Wirklichkeitsbezug bedingt“ (132).

Er soll die der Rechtsidee anhängende Schönheit mit der Lebenswirklichkeit in Einklang bringen (138 f). Wiewohl von Plato bestreitet, dass es ihm darum gehe, mit der Schönheit des Rechts ein Legitimitätsdefizit auszugleichen, schimmert doch die Hoffnung durch, dass juristische Urteile auch durch ihre ästhetische Qualität überzeugen könnten. Auch von Plato hält etwas von der Phänomenologie (129 Fn. 20).¹² Vor allem aber zieht er neben Kant Shaftesbury und Hume heran. Am weitesten führt (mich) sein schönes Hume-Zitat (S. 134):

„Allein ein großer Verstand, vereint mit feinfühligem Empfindung, verbessert durch Übung, vollendet durch Vergleich und bereinigt von allen Vorurteilen kann Kritiker zu dieser Charakterisierung [des ›wahren Richters der schönen Künste‹] berechtigen. Ihr übereinstimmendes Urteil, wo auch immer man sie finden mag, ist die wahre Regel des Geschmacks und der Schönheit.“

Letztlich soll „gesteigerte Expertise die scharfe Trennung zwischen Subjektivität und Objektivität überwinden“ (137).

Der von der Bildtheorie herkommende und jetzt an der Kunstakademie Düsseldorf tätige Philosoph Ludger Schwarte („Ästhetische Bedingungen der Rechtsprechung – eine Auseinandersetzung mit Jürgen Habermas“, 149–166) nimmt sich die Freiheit, qua Ästhetik nach einer Welt ohne Recht zu rufen. Schwarte sucht nach „Methoden, die einen Abgleich zwischen der sprachlich-symbolischen Darstellung und dem Realen erlauben. Bei Adorno heißt diese Methode Ästhetik“ (155). Habermas’ Diskurstheorie verfährt zu rational und führt letztlich zu einem „Paternalismus der ‚Herrschaft der Gesetze‘“ (den Habermas allerdings gebannt sieht, wenn jedenfalls im Vorfeld rechtlich geordneter Deliberation eine „anarchische Kommunikation“ möglich ist). „Strukturen unversehrter Intersubjektivität“ (Habermas) müssen auch anderen als sprachlichen,

¹² Zu meiner Freude erwähnt von Plato hier Adrian Piper, die vor einem Jahr in einer Ausstellung der Bochumer „Situation Kunst“ mit einer Videoinstallation präsent war und mich außerordentlich beeindruckt hat. Wie dem Autorenverzeichnis S. 268 zu entnehmen ist, arbeitet von Plato als freier Mitarbeiter der ARPA Adrian Piper Research Archive Foundation, Berlin.

nämlich „emotionalen, affektiven singulären und nicht konventionellen Artikulationsformen offen stehen“ (157).

„Die theoretische Rekonstruktion dieser ästhetischen Aspekte führt auf ein anderes Verständnis der Aufgaben der Rechtsprechung. Das diskursive Ringen um Beschreibungen und Artikulationsformen im Hinblick auf ein rational akzeptables Urteil wäre entsprechend um eine ästhetische Grundierung der Auseinandersetzungs- und Anerkennungsprozesse zu ergänzen, an denen alle Rechts-subjekte sich auf ihre Weise beteiligen und artikulieren können und in denen das Singuläre, das Nicht-Identische, das Inkommensurable eine Chance hat, zur Geltung zu kommen.“ (165 f.)

Der Rezensent fühlt sich an den zu seiner Zeit verdienstvollen Einwurf von Nils Christie¹³ erinnert und hat das Gefühl, dass der Autor der Rechtskritik von Loick und Menke aufgefressen ist oder selbst nur in eigener Sache an einer Gerichtsverhandlung teilgenommen hat.

Laura Münkler, die ein Jahr zuvor selbst einen Sammelband herausgeben hat,¹⁴ der im weiteren Sinne der Rechtsästhetik zugerechnet werden kann, schreibt über die „Bauhaus-Ästhetik des Rechts“ (169–185). Über die ästhetische Qualität ihrer Sprache lässt sich streiten. Münkler verwendet den Begriff der Ästhetik nicht für einen philosophisch-theoretischen Ansatz, sondern für das äußere Erscheinungsbild des Rechts und die darauf bezüglichen Erwartungen. Sie weist zutreffend darauf hin, dass dieses Erscheinungsbild nicht so sehr durch Rechtsnormen als vielmehr durch Tradition geprägt wird. Dazu trägt sie zusammen, was in den letzten 20 Jahren über Gerichtsgebäude, Roben usw. gesagt worden ist, und vergleicht das äußere Erscheinungsbild „des Rechts“, im Hinblick auf sein „Neutralitätsimago“ (Schürmann) und seine Funktionalität mit der Bauhausarchitektur. Münkler zitiert den Satz „form follows function“ wie ein Sprichwort. Damit hat sie eine Chance zur Interdisziplinarität verpasst. Hier hätte sie an das Stichwort *design* anknüpfen können. Wohin das führen kann, zeigt beispielhaft die Berliner Kunstphilosophin (das Prädikat stammt von mir) Judith Siegmund.¹⁵

Wir erfahren von Münkler, dass das Zurücktreten der Staatsbediensteten hinter ihr Amt, die Verhüllung des individuellen Richters in der Robe einen gewissen Grad an Unpersönlichkeit, Distanz und Neutralität erzeugt. Ihr Problem ergibt sich aus der Annahme, dass die Neutralitäts- und Funktionalitätsästhetik sowohl die Operationsweise des Rechts als auch die Maßstäbe, die in diesen Operationen angewendet werden, beeinflussen. Die Ästhetik könne inhaltlich auf die Entscheidung von Fragen ausstrahlen, bei denen die Individualität von Personen eine Rolle spielt wie bei Kopftuchträgerinnen und tätowierten Anwärtern für den Polizeidienst (179 f.).

„Die [in der Bauhaus-Ästhetik des Rechts erkennbare] Betonung einer klaren Logik und Ableitbarkeit von Rechtsaussagen unter Sublimation [?] des Individuellen, Partikularen und Unvergleichbaren lässt im Recht ästhetische Aspekte als unnütz und sogar problematisch erscheinen.“ (177)

¹³ Christie, Konflikte als Eigentum, Informationsbrief der Sektion Rechtssoziologie in der Deutschen Gesellschaft für Soziologie 1976, 12–20 = Conflicts as Property, British Journal of Criminology 17 (1977), 1–51.

¹⁴ Münkler/Stenzel (Hrsg.), Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen, 2019.

¹⁵ Siegmund, Zweck und Zweckfreiheit. Zum Funktionswandel der Künste im 21. Jahrhundert, 2019, 36 ff.

Das ist wohl ein Kurzschluss, weil hier Ästhetik und Repräsentation konfundiert werden. Als Beleg für die Behauptung, dass die Benutzung von Metaphern der Vorstellung von der Eindeutigkeit und Klarheit der Rechtssprache widerspricht, muss Münkler sich selbst zitieren (184).

Die Mitherausgeberin Eva Schürmann hat einen Text über „Darstellen als Problem der Gerechtigkeit“ beigetragen (187–208). „Die Frage, ob und wie eine Darstellung ihrem Gegenstand gerecht wird, oder ihn verkürzt, verfälscht oder missdeutet, erweist sich als Kernproblem jeder Urteilsbildung.“ (187) Ihr geht es – das ist überhaupt das Anliegen des ganzen Bandes – darum, „den konstruktiven Beitrag der Rechtsästhetik zur rechtsphilosophischen Selbstverständigung der Akteure des Rechts“ herauszustellen (187). In der Einleitung der Herausgeber fällt angenehm auf, dass sich der kritische Impetus der Ästhetik nicht von vornherein auf einen Gegenstandsbereich – hier auf das Recht – bezieht, sondern in der Tradition Kants auf die spezifische Urteilskraft in Fragen der Gestaltung und Gestaltwahrnehmung. Das hindert Schürmann aber nicht, nunmehr der Rechtsphilosophie oder der Rechtstheorie – da macht sie keinen Unterschied – ein Defizit zu bescheinigen. Das sieht sie in dem „Primat des Rhetorikparadigmas der traditionellen Rechtstheorie“ (188). Dabei verwendet sie einen sehr engen Rhetorikbegriff, der nur „Sprache und Text“ abdeckt (und für den ich gerade von Fabian Steinhauer getadelt worden bin). Vielmehr seien

„es in einem umfassenderen Sinne mediale Darstellungstätigkeiten, die die Rechtspraxis prägen, nämlich Bildmedien, soziale und technische Medien, aber auch performative Vollzüge wie etwa das Erscheinen eines Zeugen vor Gericht, die Wahrnehmung seiner Erscheinung aus unterschiedlichen Perspektiven etc.“

Schürmann greift damit ein Grundproblem der Rechtskommunikation auf. Keine Frage, dass die sprachliche Darstellung, wie sie im Rechtssystem vorherrscht, immer nur einen schwachen Abglanz der „Wirklichkeit“ bildet. Dieser Aspekt steht als Logozentrismus auf der Tagesordnung der Rechtskritik. Zu den Qualitäten von Wort und Schrift ist in der Tradition der Medientheorie der Toronto-Schule allerhand gesagt worden. Dahinter kann man nicht mehr zurück. Im Zusammenhang mit der Ästhetik ist aber wohl noch wichtiger, dass die Literaturwissenschaft uns bescheinigt, dass Worte mehr bewirken können als sie aussagen.¹⁶ Vor etwa zehn Jahren gab es eine umfangreiche international ausgreifende Diskussion über „multisensorisches Recht“¹⁷, die ausgeschöpft werden sollte,¹⁸ bevor man eine „ästhetische Untersuchungsperspektive“ anlegt.

Unter einer Darstellung versteht Schürmann anscheinend nicht die Selbstdarstellung der Akteure, sondern den mehr oder weniger gelingenden Nachvollzug des Originals in einem rechtstauglichen Medium. Die Frage drängt sich auf, ob das juristische Urteil erst durch die mediale Darstellung des vorausliegenden Dargestellten motiviert wird oder ob die Wahrnehmung des Vorausliegenden jedenfalls bis zu einem gewissen Grade ohne Vermittlung durch eine Darstellung in das Urteil einght. Doch selbst wenn letz-

¹⁶ Da ich keinen Beleg zur Hand habe, schlage ich vor, ein Gedicht zu lesen.

¹⁷ S. dazu Röhl, Zur Rede vom multisensorischen Recht. Ein kumulativer Tagungsbericht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 33/13 (2012), 51–75.

¹⁸ Vielleicht hat Schürmann diese Diskussion schon in ihrem Aufsatz über „Verkörperptes Denken. Medialität des Geistes“, in: Hartmann u.a. (Hrsg.), Körper des Denkens, 2013, 69–82 rezipiert. Ich kenne den Aufsatz nicht.

teres der Fall wäre, bleibt doch die Tatsache, dass die Darstellung nie eine 100%ige Repräsentation oder gar Mimesis der „Wirklichkeit“ bietet, und die Auswirkung der insoweit auftretenden Differenzen auf das Urteil sind Schürmanns Thema. Sie will an einem Filmbeispiel zeigen, dass „jede Darstellung das graduelle Potential hat, ihrem Gegenstand *mehr oder weniger* gerecht zu werden“ (193 f.). In einem Zwischenschritt erläutert sie die These, dass überhaupt jede Darstellung „den Anspruch auf Gerechtigkeit unabweisbar mit sich“ führt. Das wird am Beispiel der Geschichtsschreibung erläutert. Dort zeigt sich in der Tat, dass es mit (Fakten-)Wahrheit nicht getan ist, sondern dass es darum geht, die Fakten angemessen auszuwählen und zu würdigen oder, wie Schürmann sagt, der Geschichte gerecht zu werden. Ihr Filmbeispiel sind dann *Die 12 Geschworenen* von 1957. Es soll zeigen, „wodurch sich kritische Kompetenz im Umgang mit Zeugendarstellungen auszeichnet“ (194), nämlich „das Bewusstsein für die Gemachtheit von Formen, das wir aus dem Umgang mit Kunstwerken kennen bzw. daran trainieren“ (200). Kein Jurist würde der These widersprechen, dass ein Urteil umso mehr Chancen hat, „gerecht auszufallen, je mehr es den Darstellungen misstraut, ihre Hintergründe durchschaut und viele Darstellungen miteinander vergleicht“ (199). Oder doch? Ganz ohne Vertrauen in Darstellungen geht es wohl nicht. Den Juristen interessiert umso mehr die „genuin ästhetische Urteilskompetenz“ (198). Die wird mit Hilfe von Kant und Hegel als „Exemplifikation“ bestimmt. Es geht um das Spannungsverhältnis zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen. Es gilt – erneut wird Kant zitiert (207) – „das Besondere als enthalten unter dem Allgemeinen zu denken“. Es gilt, die „Zeigekraft“ oder die „exemplarische Gültigkeit“ des Falles zu erkennen.¹⁹ Im Fall zeigt sich „etwas, das sich nicht genau so gut sagen lässt“ (208). So soll Ästhetik durch den „Rekurs auf das Exemplarische“ (in Kunstwerken) der Rechtspraxis „einen nicht zu ersetzenden Beitrag“ zur gerechten Urteilsbildung leisten (ibid.). Aus der traditionellen Rechtstheorie kein Widerspruch. Sie akzeptiert das Angebot der Ästhetik gerne als Pflaster für den dezisionistischen Rest. Oder in Anlehnung an eine Formulierung von Daniel Dédayan²⁰ (auf dessen Text ich erst durch den Beitrag von Arnaulds aufmerksam geworden bin): Die Gerechtigkeit als gesetzüberschreitende Billigkeit spaziert durch die Hintertür der Ästhetik wieder herein.

Anschließend breitet Stefan Machura („Schein und Sein des Rechts in Film und Fernsehen“, 209–228) seine unübertroffene Kennerschaft der Visualisierung von Recht in Film und Fernsehen aus, die er über Jahrzehnte durch empirische Untersuchungen in substanzielle Rechtssoziologie umgesetzt hat. Allein hier fehlt mir wieder die speziell ästhetische Perspektive.

Über die „Ästhetik des Urheberrechts“ schreibt Eberhard Ortland (229–248). Dazu muss er Farbe bekennen, was denn Ästhetik eigentlich Besonderes ist und leistet. Er zeigt dazu in der gebotenen Kürze „die verwirrende Vielfalt und nicht selten auch Konfusion der diversen Ästhetik-Begriffe und Paradigmen“ auf, um resignierend die „irreduzibel erscheinende Pluralität der Gegenstände, Fragestellungen und Methoden“ zu konstatieren (231). Mit den Herausgebern des Bandes will er Rechtsästhetik nur noch als „Untersuchungsperspektive“ verstehen. Ich finde allerdings, dass die Herausgeber in ihrer Einleitung durchaus handfest definiert hatten:

¹⁹ Bei Luhmann habe ich zufällig gerade gefunden, „Aufgabe der Kunst ist es, das Allgemeine im Besonderen erscheinen zu lassen“ (Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, 978).

²⁰ Dédayan, Justitias blinder Fleck – Über Kants Ästhetik, ARSP 91 (2005), 501 (513).

„Ästhetik befasst sich mit der Form, die etwas hat oder ihm gegeben wird, fragt danach, wie etwas wahrgenommen oder gezeigt wird und unterzieht die Fähigkeit der Beurteilung einer kritischen Analyse.“ (7)

Nach diesen Präliminarien führt Ortland drei Thesen ein: 1. „dass es eine Ästhetik des Urheberrechts gibt“, 2. „dass es kein Urheberrecht ohne eine ihm inhärente ... durch es beförderte und normativ durchgesetzte Ästhetik gibt“ und 3. dass die ästhetischen Implikationen des Rechts explizit gemacht werden sollten (234). Die erste These leidet unter dem ungeklärten Genetiv. Ist er subjektiv oder objektiv gemeint? Handfest und interessant ist vor allem die zweite These, dass sich im Urheberrecht ästhetische Präferenzen niedergeschlagen haben. Ausführlich stellt Ortland die Beschränkungen dar, die das Urheberrecht gegen möglicherweise innovative ästhetisch reizvolle Gestaltungen errichtet. Eine qualitative ästhetische Präferenz kann ich darin aber nicht erkennen. So fehlt (mir) letztlich auf These 1) und 2) die Antwort: Welches ist „die Ästhetik des Urheberrechts“? Welche ästhetischen Präferenzen zeigt das Urheberrecht? Damit ist These 3) gegenstandslos.

Den Band beschließt Jörn Reinhardt mit einem Beitrag über „Algorithmizität und Sichtbarkeit: Konflikte um Bilder in den sozialen Medien“ (249–262). Durch Selbstverpflichtung und von Rechts wegen müssen die sozialen Medien in bestimmter Weise anstößige und diskriminierende Bilder aussortieren. Dazu würden sie angesichts der Unmasse der Bilder gerne künstliche Intelligenz benutzen, was ihnen aber nicht ohne weiteres gestattet ist. Das ist Reinhardts Ausgangsproblem. Er antwortet darauf mit einem interessanten Bericht über die Lösungspraxis von Facebook & Co. Die spezifische Untersuchungsperspektive der Rechtsästhetik habe ich aber auch hier nicht entdeckt.

Was folgt aus alledem? Das Buch war fällig. Nun bietet es Stoff für einige Tagungen der Richterakademie. Auf meine Frage an die Ästhetik habe ich jedoch keine Antwort gefunden. Unter Berufung auf den Schürmann-Aufsatz von 2015 bescheinigt Münkler dem Recht allgemein eine Aversion gegen Ästhetik, denn Recht gründe auf der „Aufassung, dass nicht subjektives ästhetisches Empfinden, sondern objektive Einsichten den Ausschlag geben sollten“ (170). Wegen der durch das Format des Beitrags gebotenen Kürze ist die Grobheit dieser Formulierung akzeptiert. Mein Problem ist aber, dass ich das ästhetische Urteil bisher nicht unter dem Etikett „subjektiv = willkürlich“ abgelegt habe, sondern nach den Quellen und Bedingungen einer Urteilskraft suche, die so schwer sie auch fassbar ist, doch nicht bloß dezisionistisch ausfällt.

Klaus F. Röhl,
Ruhr-Universität Bochum, E-Mail: klaus.f.roehl@rub.de