

# Buchbesprechungen

*Die Freiheit des Anderen. Festschrift für Martin Hirsch, herausgegeben von Hans Jochen Vogel, Helmut Simon und Adalbert Podlech. Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1981, 600 S., DM 49,-.*

Zunächst: der Verlag empfiehlt sein Buch zutreffend so: »Mit der Festschrift für Bundesverfassungsrichter a. D. Martin Hirsch wird ein Dokument der Zeitgeschichte vorgelegt, dessen Gliederung den Lebensabschnitten Hirschs folgt. Jedem Abschnitt ist eine biographische Notiz vorangestellt... Das Lebensbild Martin Hirschs spiegelt das Schicksal einer ganzen Juristengeneration: es ist für die Generation nach ihm bedenkenswert.«

1. Zur Phase der NS-Zeit ist neben Altbundeskanzler Kiesingers Erinnerungen an seine Repetitorienzeit, die schwer verständlich machen, daß seine Partei die zweiphasige Juristenausbildung repräsentieren will, *Immanuel Geiss'* informativ Überblick über das deutsch-polnische Verhältnis und einem methodisch wichtigen und interessanten, aber im Ergebnis wenig aussagekräftigen Versuch von Michael H. Kater, das Verhalten von Hochschullehrern im Nationalsozialismus sozialgeschichtlich zu erfassen, zunächst eine sehr gründliche Studie von Albrecht Götz von Olenhusen »Zur Entwicklung völkischen Rechtsdenkens« (77–108) zu nennen. Das Parteiprogramm der NSDAP mit seiner Forderung nach einem »Deutschen Gemeinrecht« entgegen dem »der materialistischen Weltordnung dienenden römischen Recht« wird auf seine Entstehung und auf seine Zusammenhänge mit der Entwicklung der Wissenschaft von der Deutschen Rechtsgeschichte im ersten Jahrhunderdertdrittel hin untersucht (vgl. auch Wahsner, KJ 1973, 172 ff.). Zahlreiche Parallelen zeichnen sich ab, die dem frühen Nationalsozialismus ermöglichten, ein scheinbar soziales rechtspoli-

tisches Programm historisch und ideologisch zu untermauern. Interessant sind die Verbindungslien zur antipositivistischen (und insofern antiromantischen) Freirechtsschule (102); dazu wäre zu ergänzen, daß hier auch eine Grundlage von Carl Schmitts Rechtsdenken (Gesetz und Urteil, 1912) liegt. – Manfred Messerschmidts ganz aus den Quellen gearbeitete Studie über »Deutsche Militärgerichtsbarkeit im Zweiten Weltkrieg« (111–142) verzeichnet zunächst für den 2. Weltkrieg (bis Ende 1944, also noch ohne die besonders schlimmen standgerichtlichen Morde der letzten Kriegsmonate) 973<sup>2</sup> vollstreckte militärgerichtliche Todesurteile gegen 48 für den 1. Weltkrieg und belegt, was sich hinter dieser Entwicklung verbirgt: natürlich kein völlig einheitliches Bild, aber, entgegen Versuchen zur Apologie des militärischen (O.P. Schweling) wie des juristischen (Schorn u. a.) Bereichs, ein funktionierender Saktionsapparat, »die geistige schlagkräftige Waffe des Staates« (Heinrich Dietz) in Form eines riesigen eigenständigen Justizapparates mit über 1000 Wehrrichtern. Jeder von ihnen konnte, obwohl außerhalb der richterlichen Erkenntnistätigkeit weisungsgebunden, seine abweichende Meinung aktenkundig machen und auch durch gutachtliche Tätigkeit den Gerichtsherrn beeinflussen. Bei diesen Rahmenbedingungen läßt sich die These auch von der fehlenden Erfäßbarkeit nationalsozialistischer Terrormaßnahmen in der Form von Handlungen der Militärgerichtsbarkeit schwerlich halten.

2. Zu den Phasen der *Entnazifizierung und Wiedergutmachung* liefert zunächst Robert M.W. Kempner eine kurze, einführende Zusammenfassung zu Problemen und Strukturen der amerikanischen (und internationalen) Militärgerichtsbarkeit in Deutschland mit pointierter, auch auf der eigenen Mitarbeit fußender Stellungnahme zu Nürnberg und

den Folgeproblemen, Wolfgang Wittig eine auf eigener Erinnerung, auch an Martin Hirschs erstes Wirken nach dem Krieg, sowie auf der Sekundärliteratur fußende Stellungnahme zur Praxis der Entnazifizierung in Bayern. Angesichts von manchem »so nicht!« mag man hier nach Überlegungen fragen, wie man es hätte besser machen können und müssen und warum das nicht gelungen ist.

Stärker tritt Hirschs Anteil an politischen Weichenstellungen in den Würdigungen der Wiedergutmachungsgesetzgebung in den Vordergrund. Die Beiträge *Nahum Goldmanns* und *Ernst Katzensteins* lassen erkennen, daß die diesbezüglichen Meriten nicht der Adenauer-Regierung allein gebühren. Walter Schwarz faßt seine Arbeiten zur Wiedergutmachungsgesetzgebung in einem lebenswerten, vorzüglich einführenden Aufsatz zusammen und beklagt zu Recht die Dethematisierung der damit zusammenhängenden juristisch (z. B. Schadenspauschalierung, Rechtskraftdurchbrechung) und zeitgeschichtlich (z. B. deutsche Veranlassung antisemitischer Maßnahmen i. S. von § 43 I Nr. 2 BEG) höchst interessanten Fragen im juristischen Schrifttum. Stärker aus der Sicht der deutschen die einschlägigen Gesetze vorbereitenden Verwaltung geschrieben ist der thematisch verwandte Aufsatz von *Ernst Féaux de la Croix*.

3. Zu Hirschs wichtigsten und umstrittensten parlamentarischen Leistungen gehörte die *Notstandsverfassung* als Schmelzprodukt unterschiedlicher Elemente in der Großen Koalition. Eugen Gerstenmaier würdigt dies als »Stunde des Parlaments«, und Ernst-Wolfgang Böckenförde steuert dazu Überlegungen zum Thema »Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat« (259–272, in Fortsetzung seiner Aufsätze NJW 1978, 1881 und ZParl 1980, 592) bei. Er legt Formulierungsvorschläge vor, die in drei Grundgesetz-Artikeln insb. (1) die Möglichkeit einer Erklärung des Ausnahmezustands »im Falle einer unmittelbar bestehenden, auf andere Weise nicht zu beseitigenden aussergewöhnlichen Gefahr für den Bestand der freiheitlich-demokratischen Grundordnung oder die Gewähr der Rechtsordnung in der Bundesrepublik« durch den Bundestag mit Zweidrittel-Mehrheit und Zustimmung des Bundesrats, bei Gefahr im Verzug auch durch beider Präsidenten, (2) die Ermächtigung des Bundeskanzlers oder eines von ihm beauftragten Ministers zu den »au-genblicklich notwendigen Maßnahmen« mit

Weisungs- und Grundrechtseingriffsrechten und Betonung des Verhältnismäßigkeitsprinzips sowie (3) eine Verantwortlichkeit und verfassungsgerichtliche Kontrolle vorsehen. Offenbar röhrt all das an heikle, von 1960–68 her vertraute Probleme, und man möchte sich versuchen lassen, auf die Einzeldiskussion einzugehen. Aber wichtiger dürfte sein, auf der weiteren Diskussion von Böckenfördes Ausgangsthese zu insistieren: die Notstandsregelung des GG für den inneren Notstand sei unvollkommen; sie bedürfe einer Generalklausel, da sich die Staatsgewalt andernfalls in Notlagen auf den übergesetzlichen Notstand berufe. Dafür läßt sich nicht nur die Praxis des deutschen Herbsts 1977 und des Falls Traube, sondern neuerdings die im großangelegten Staatsrecht-Lehrbuch Klaus Sterns entwickelte »Lückentheorie« zugunsten eines ungeschriebenen Norrechts . . . , ohne daß sich der Autor dabei durch gesetzes- oder verfassungsstaatliche Bedenken gehemmt sieht« (S. 263 unter Verweis auf Stern, Staatsrecht Bd. 2, 1980, S. 1334 ff.) anführen. Aber auch Böckenförde muß anerkennen, daß sein Vorschlag die Geschäftsgrundlage von 1968 – Notstandsverfassung gegen strikte Begrenzung der Notstandsregelung auf das im Grundgesetz Geregelter (Bundestags-Drucksache V/1879, S. 6, 15) – umstößt. Die Bundesrepublik hat sich damals für eine strikte Enumerationsmethode entschieden und damit deren Überschreitungen (wie 1977 und im Fall Traube) als rechtswidrig denunziert. Die Sicherungen jener Methode will letztlich auch Böckenförde nicht völlig preisgeben, da sich die formellen Erfordernisse der Erklärung seines Ausnahmezustands weitgehend an Art. 79 II GG anlehnen. In der Tat: wie schon 1968 eingewandt, Verfassungs- und Gesetzesänderungen zur Bekämpfung von Ausnahmesituationen jeder Art sind kürzestfristig möglich – Absicherungs-, Energiesicherungs-, Kontaktsperrgesetz sind drastische Beispiele. Warum dies durch Ermächtigung zu Ausnahmezustands-Maßnahmen ergänzen? Und wenn, warum ohne diese wie 1968 detailliert zu regeln? Gegen das Argument der Reinhaltung der Rechtsordnung spricht, daß just Monstren wie das Kontaktsperrgesetz immerhin die Funktion eines Pfahls im Fleisch des rechtsstaatlichen Gewissens haben, Monstren bleiben. Gibt man diese Hemmschwelle für die bloße Verantwortlichkeit der Träger der Ausnahmegewalt preis, so droht just dadurch die von Böcken-

förde befürchtete Veränderung der Normallage. Wird diese schon durch die Notstandsvorfaßung und durch »kleine« Ausnahmekompetenzen wie den gezielten Todesschuß tangiert – um wieviel mehr würde sie es durch die von Böckenförde vorgeschlagenen Artikel! Hier, nicht erst beim Mißbrauch muß allen Praktiken zum Trotz auf der Verfassungskritik insistiert werden und droht die Weimarer Parallele. Es bleibt für den Stellenwert von Böckenfördes Vorschlägen kennzeichnend, daß die Darlegung ihrer Grundlagen in NJW 1978, 1881 Carl Schmitt zum 90. Geburtstag gewidmet war. Den Adressaten der hier besprochenen Festschrift in diese Umgebung gerückt zu sehen, überrascht.

4. Einen besonders breiten Raum und Themenbereich nehmen die weiteren Beiträge zur Phase »*Bundespolitik im Umbruch*« als Würdigung von Hirschs parlamentarischer Tätigkeit ein. Davon seien einzelne Artikel hier bloß genannt, obwohl insb. *Uwe Kefßler*, »Auf dem Weg zur Reform der Massenmedien«, anhand der Überlegungen um 1970 nachdrücklich die Probleme des Versandens von Rechtsformvorschlägen trotz fort dauernder Aktualität belegt, *Helge Proß* »Was ist heute deutsch? Wertorientierungen in der Bundesrepublik« in einer methodisch interessanten (und sicher nicht unproblematischen) Studie beschreibt. Daneben stehen Ausführungen von *J.E. Strelitz* zu Richter-Wahlausschüssen, von *G. Reischl* zur Entstehung der Finanzreform, von *R. Meidner* zu deutschen Einflüssen auf die schwedische Debatte über überbetriebliche Vermögensbildung. In einem gewissen Zusammenhang stehen vier weitgehend parlamentsrechtliche Beiträge: schon zur bayerischen Phase *Volkmar Gabert*, »Die Bedeutung der Vierer-Koalition und des Spielbankenausschusses für die Entwicklung der politischen Verhältnisse in Bayern«, der aufgrund persönlicher Erinnerungen die Genese der zunächst wertmonopolistischen, dann machtmonopolistischen CSU-Politik anhand der Episode der Koalition gegen die CSU verständlicher macht. So dann *Dieter Umbach*, »Zur Enquête-Praxis im französischen Verfassungsrecht zwischen 1789 und 1828«, eine höchst materialreiche und informative, vor aktuellem Hintergrund geschriebene, aber für diesen angesichts gewandelter verfassungsrechtlicher und politischer Rahmenbedingungen doch wohl kaum direkt einschlägige Studie. – In ganz anderer Weise berichten *Wolfgang Burhenne* und

*Joachim Kehrbahn* von der von ihnen verwalteten und unter maßgeblicher Mitarbeit Hirschs aufgebauten Interparlamentarischen Arbeitsgemeinschaft (311–329). Nach einem solchen Bericht besteht angesichts der geringen Publizität dieser Kooperation von Bundes- und Länderparlamentariern einiges Interesse. Man erfährt, daß hier Wichtiges insb. zur Umwelt- und Technologiepolitik des Parlaments sowie zum Parlamentsrecht vorbereitet wird. Freilich steht angesichts der deutschen Verfassungsstruktur die Zusammenarbeit natürlich im Schatten weit intensiver und effektiver Regierungskooperation (zur insofern abweichenden Situation in den USA vgl. V. Riechmann, Die Vorbereitung bundeseinheitlicher gliedstaatlicher Gesetzgebung in den USA als Problem des kooperativen Förderalismus, 1978), und prägt dies wie der Stil des deutschen Parlamentarismus die »Sachbezogenheit« der Arbeit, in einem wohl unlösbar Konflikt zum Ziel der Stärkung parlamentarisch-demokratischer, politischer Inhalte. Insofern mag auffallen, daß der Fonds für Umweltstudien der IPA im wesentlichen von der Industrie finanziert wird (S. 325 ff.).

Von besonderem und aktuellem Interesse ist schließlich *Everhardt Franßens* gründliche und scharfsinnige Studie über den Vermittlungsausschuß (273–292). In – m. E. nicht unproblematischer – Konzentration auf die Rolle bei Zustimmungsgesetzen wird angesichts deren Zunahme (Art. 84 I GG) die Gefahr aufgezeigt, daß das Ergebnis nicht-öffentlicher Verhandlungen eines weisungsfreien Ausschusses beliebig an die Stelle von Gesetzesbeschlüssen des Bundestags tritt, dieser auch bei Gesetzen eine ähnliche Stellung wie bei der Zustimmung zu völkerrechtlichen Verträgen erhält (279, 286) und damit die »Politikverflechtung« (F.W. Scharpf) zwischen Bund, Ländern, politischen und wirtschaftlichen Kräften eine neue, fatale Dimension erhält. Demgegenüber plädiert Franßens für eine Begrenzung des Mandats des Vermittlungsausschusses, fordert eine präzise Angabe der Anrufungsgründe durch den Bundesrat und eine Bindung des Vermittlungsausschusses daran (187), obwohl die Anrufung durch Bundesregierung und Bundestag ohne diese Kautelen statthaft sein soll (189). All dies wird einleuchtend begründet, hat freilich den Wortlaut des Art. 77 II GG kaum für sich. Dennoch ist mit Franßens Studie für eine – angesichts neuerer Vorkomm-

nisse überfällige – Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auch juristisch der Boden bereitet (vgl. die Gegentendenz zur Entformalisierung bei Dietlein, AÖR 106, 1981, S. 525 ff.).

5. Das letzte Drtittel der Festschrift füllen zehn Beiträge im Hinblick auf Hirschs Wirken im *Bundesverfassungsgericht*, meist mit Bezug auf Schwerpunkte der Arbeit Hirschs. So äußern sich die ehemaligen Richterkollegen *Walter Seuffert* eher antikritisch zur Parteien-Rechtsprechung des Gerichts, *Willi Geiger* in sehr positivem Sinn zu der von Hirsch häufig benutzten (Verzeichnis S. 599 f.) abweichenden Meinung. Während *Adalbert Podlech* in einer gedrängten Skizze die Grundfragen verfassungsgerichtlichen Grundrechtsschutzes aufzeigt und dabei am ehesten in methodischer Sauberkeit ein Heilmittel gegen problematische Entwicklungen sieht, behandelt *Claus Arndt* die Kernfrage des Verhältnisses von parlamentarischer Gesetzgebung und Bundesverfassungsgericht und damit dessen Legitimation (423 bis 436). Gesetzgebung und Rechtsprechung wirken rechtsschöpferisch, aber das BVerfG konkretisiere und ziehe Grenzen, während die Gesetzgebung generalisiere, programmatical realisiere (430 f.). Diese die Funktionenlehre des Art. 20 II GG auch in der Gestalt neuerer Problematisierungen (etwa G. Zimmer, Funktion – Kompetenz – Legitimation, 1979) außer acht lassende Betrachtung wirft Fragen auf: Konkretisieren den Staatswillen nicht in erster Linie Regierung und Verwaltung? Und soweit die (Verfassungs-)Rechtsprechung: Läßt sich dazu auch die Normenkontrolle rechnen? Doch wohl nur, wenn sie als Subsumtion, d. h. als Rechtsprechung im Sinn der Funktionenlehre verstanden wird – wird sie das nicht, so entfällt die Legitimation des BVerfG dazu. – Bei dieser unscharfen Funktionenabgrenzung interessieren umso mehr die Möglichkeiten, die Arndt als erfahrener Praktiker zur einfachgesetzlichen Entmächtigung des Verfassungsgerichts erwähnt, insb. durch Quorum für Verfassungswidrigerklärungen und einfache Mehrheit bei der Richterwahl. Gerade die erwähnten Unklarheiten, Gefahren und angedeuteten demokratietheoretischen Folgen sind interessante Konsequenzen eines Verständnisses des BVerfG als juristisch nur marginal determinierten Faktors im politischen System.

Zu ganz ähnlichen Fragen führt der Beitrag *Rudolf Wassermanns* zur auch für Hirsch be-

deutsamen (BVerfGE 46, 14, 34), viel erörterten Problematik der Richterablehnung beim BVerfG (465–489). Wassermann betont die Einheitlichkeit der Rechtsprechungsfunktion und plädiert überzeugend gegen eine Sonderbehandlung des BVerfG. Fraglicher erscheint, ob er damit der Sonderproblematik der isolierten Normenkontrollaufgabe Herr wird. Hier fragt sich doch, ob die Besonderheit des Fehlens von Beteiligten (seit BVerfGE 2, 213) einerseits, die Gefahr manipulierter Mehrheiten (Leibholz 1966, Rottmann 1973, Hirsch 1977) andererseits nicht die neuere Praxis des BVerfG stützt. Das sieht im Prinzip auch Wassermann. Er plädiert deshalb rechtspolitisch für eine Vertretungsregelung, verlagert damit freilich die Problematik in einen vielleicht noch delikateren Bereich.

Von besonderem Interesse sind *Gerhard Seiberts* Ausführungen zur Verfassungsbeschwerde in der Spruchpraxis des BVerfG (491–517), denn sie kombinieren den Sinn des Verwaltungsrichters für präzise Verfahrensregeln mit dem Know How des ehemaligen Hilfsarbeiters des BVerfG, der die Flut der Nichtannahme-Entscheidungen (97% der Verfassungsbeschwerden) kennt. Seibert fordert entgegen der Praxis etwa die Befassung der Senate im Fall begründeter Bagatellverfassungsbeschwerden und die Kurzbegründung von Nichtannahme-Beschlüssen. Darüber hinaus betont er die mögliche indirekte Wirkung der Behandlung von Verfassungsbeschwerden auch bei Ausbleiben des formellen Erfolgs. Aber all dies steht praktisch im Belieben der einzelnen Richter und ihrer Mitarbeiter – in schwer zu behebendem Gegensatz zu Seiberts methodischem Ausgangspunkt. – Eine Illustration findet sich gleich danach in *Helga Seiberts* Beitrag zu Europäischer Menschenrechtskonvention und BVerfG (519–527): Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat mehreren Beschwerden zum Durchbruch verholfen, die nach nicht zur Entscheidung angenommener Verfassungsbeschwerde erhoben wurden. Das gibt Anlaß, trotz fehlender unmittelbarer Verfassungsbeschwerdefähigkeit der Rechte der Menschenrechtskonvention über Art. 2 I GG die Durchsetzung der Konvention in der Bundesrepublik, etwa hinsichtlich der Öffentlichkeit der Gerichtsverfahren, durch das BVerfG intensiver überprüfen zu lassen.

Weitere Beiträge untersuchen schließlich die

Rechtsprechung des BVerfG zu einzelnen Grundrechten. *Hans Lisken* gibt in einem weit ausholenden und umfassend belegten Aufsatz über Gefährdungen der Gewissensfreiheit eine ergänzende Begründung zu Hirschs Sondervotum in der Kriegsdienstverweigerer-Frage. – Besonders reizvoll kontrastieren zueinander *Hans Dichgans'* letzter Aufsatz und ein eingehender Beitrag von *Gunnar Folke Schuppert*, beide zur Rechtsprechung des BVerfG zum numerus clausus-Problem. Dichgans (553–565) stellt diese der Negation eines Rechts auf Arbeit und einer staatlichen Ausbildungsplatzgarantie gegenüber – und kritisiert deshalb die Schaffung eines Sonderrechts für die akademische Ausbildung. Kapazitäten festzusetzen und zu verteilen, sei wie Schaffung und Besetzung von Arbeitsplätzen Sache der politischen Instanzen oder Privater; die Eignung von Studienbewerbern dürfe (und solle) durch Auswahl ad personam festgestellt werden. – Schuppert zeigt in seiner auf eigener Mitarbeit als Hilfsarbeiter im BVerfG beruhenden Analyse (567–594), daß die numerus-clausus-Rechtsprechung nur vom Ergebnis – Verhinderung einer Reduktion der Medizinstudienplätze bei steigenden Bildungsausgaben und von Ungerechtigkeiten der Verteilung – her zu verstehen ist und die einzelnen Judikate des BVerfG weniger juristisch-methodisch als vom Ergebnis her bestimmt sind. Es gehe nicht um ein Sondergrundrecht für künftige Akademiker, sondern um das Korrelat einer besonderen staatlichen Verantwortung wegen des Ausbildungs- und Berufszulassungsmonopols im akademischen, besonders im medizinischen Bereich und ein Gebot effektiver Kapazitätsnutzung. Als Gegenfrage bleibt freilich schon, ob das BVerfG mit seinem zweckrationalen dogmatischen Kraftakt so erfolgreich gewesen ist, wie Schuppert meint. Gewiß, luxurierende Hochschulkliniken und ähnliche Domänen sind stärker in den Dienst der Lehre gestellt worden, als den bislang verfügberechtigten Ordinarien (und Nachwuchswissenschaftlern!) lieb war; Schnörkel der Landeskinder-Privilegierung verlassen. Aber durch Auslagerung der Forschung, Institute »an« Universitäten, dritt-mittelfinanziertes Personal, Aufbau- und Reformstudiengänge (Rezensent nimmt sich und den Verfasser gern an den eigenen Nasen!) werden ständig Kapazitätsnormen unterlaufen und neue Sonderdomänen geschaffen, während umgekehrt die Finanzminister,

von ihren Kultus-Kollegen wenig behindert, die Kapazitätsleine nicht nur zur Einschnürung akademischer Freiheit, sondern, im direkten Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerfG, zur Strangulierung der Kapazitäten etwa im Lehrerbildungsbereich (miß-)brauchen. Nimmt man die indirekten wissenschaftlichen, sozialen und politischen Kosten des Zensurenerrors hinzu, so wachsen die Zweifel an Schupperts Erfolgsbilanz. Umso drängender wird die zweite Frage, ob das BVerfG mit der numerus-clausus-Problematik das geeignete Exerzierfeld für den Kraftakt seiner Teilhaberechts-Judikatur gewählt hat. Insofern leuchtet Dichgans' Kritik ein. Sind die Probleme der Arbeitslosigkeit, deren Rückwirkungen auf den Arbeitsplatz und speziell auf die Ausbildungssituation außerhalb der Universität nicht viel drängender? Was sollen Teilhaberechte im akademischen Bereich, wenn sich das BVerfG angesichts der erwähnten Probleme bei der Einräumung von Teilhaberechten (innere Pressefreiheit, Mitbestimmung, Ausbildungsplatzförderung) so harteibig zeigt? Wollte man von einer Bewährung der Teilhaberechts-Judikatur sprechen, so müßte sie sich in ihrer Übertragbarkeit auf solche Aufgabenkomplexe zeigen. Aber hier scheint das Gericht bald an Grenzen zu stoßen. Diese wären das eigentliche Thema.

Alles in allem ist der Ertrag der (hier nur in subjektiver Auswahl referierten) Festschrift beachtlich, obwohl – oder vielleicht auch weil? – sie kein reines Professorenmachwerk ist, sondern die Verbindung von Wissenschaft und Praxis, besonders die Reflexion höchstrichterlicher Spruchtätigkeit durch inzwischen anderswo tätige Hilfsarbeiter des BVerfG nutzt. Das und ein wohl überdurchschnittlicher Bezug zu den Phasen der Biographie des Geehrten unterscheidet sie von anderen Festschriften. Hinzu kommt schließlich der Politiker-Aspekt, der freilich weniger dem Gehalt der Festschrift als dessen politischer Verortung zugute kommt.

Insofern bleibt ein erstaunliches Faktum. Zur Festschrift des vielleicht dezidiertesten Dissenters im BVerfG haben Kiesinger, Gerstenmaier, Dichgans, auch ein führender Berater der ehemaligen amerikanischen Militärregierung und zwei führende Vertreter jüdischer Organisationen beigetragen, aber kein einziger Spitzopolitiker der SPD (H.J. Vogel tritt nur als Mitherausgeber in Erscheinung), sondern allenfalls weniger im Blickfeld ste-

hende und Repräsentanten der Rechtspolitik der SPD. Völlig fehlt alles links dieser Partei. Man mag das teilweise als Zufall, auch als Symptom einer Entwicklung Hirschs deuten, der als Politiker stärker der Großen Koalition verhaftet war und »Die Freiheit des Anderen« im Verfassungsgericht höher schätzten lernte. Aber die Deutung läßt sich anzweifeln, reicht nicht aus. Eher fragt sich, ob die Kontinuität einer Haltung, die in der Parteipolitik einer gemäßigten SPD zuzurechnen ist, im Rechtsprechungssystem der Bundesrepublik nicht notwendig auf die linke Seite

führt – ob nicht das Rechtsprechungssystem, heute mit Einschluß des BVerfG, so weit rechts vom allgemeinpolitischen Spektrum steht, daß sich eine noch so gemäßigte linksliberale Position dort sogleich als dezidiert links erweist. Eine solche These, gestützt durch die Richter- und Juristensoziologie der letzten zwanzig Jahre, müßte allerdings den Bedenken gegen weitere Machtverlagerungen auf das BVerfG (so etwa in den Beiträgen von C. Arndt und Schuppert) zusätzliche Nahrung geben.

Dian Schefold

*Niklas Luhmann: Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt/Main, Suhrkamp-Verlag 1981, 457 S., DM 48.-*

Der Wunsch ist verständlich: wer, wie Niklas Luhmann, über Jahre hinweg an verstreuten und oft so entlegenen Orten wie den ›Annales de la Catedra Francisco Suarez‹ seine Ansichten über Rechtssoziologie und -theorie ausgebreiter hat, wird gern die Gelegenheit benutzen, seine Parerga und Paralipomena zwischen zwei Buchdeckeln zu versammeln. Auch der Luhmann-Forscher wird es zu danken wissen, findet er hier doch bequem auf einen Griff die wichtigsten kleineren Arbeiten über Recht, die Luhmann seit 1965 vorgelegt hat, darunter so grundlegende Studien wie ›Evolution des Rechts‹ (1970), ›Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft‹ (1970), ›Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang‹ (1972), ›Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft‹ (1973) oder ›Selbstreflexion des Rechtssystems‹ (1979). Hinzu kommen zwei bislang unveröffentlichte Texte über ›Konflikt und Recht‹ und ›Rechtszwang und politische Gewalt‹.

Die Frage freilich, ob mit einer solchen Sammlung auch dem Nichtspezialisten gedient ist, muß verneint werden. In den meisten Fällen handelt es sich entweder um vorbereitende Reflexionen, in denen die Grundgedanken der zweibändigen ›Rechtssoziologie‹ von 1972 durchdekliniert werden, oder um das Ausziehen bestimmter Argumentationslinien der ›Rechtssoziologie‹, die somit in jeder Hinsicht das eigentliche Zentrum bildet; im Vergleich mit ihr (und nicht zuletzt auch angesichts des viermal so hohen Preises)

ist der vorliegende Band durchaus entbehrlich, da die Vorteile einer raschen Auffindbarkeit der Texte durch die Nachteile mehr als ausgeglichen werden, die oft für Aufsatzsammlungen typisch sind: zahlreiche Wiederholungen, Überschneidungen, Selbstvariationen und -referate. Luhmann hat zwar im Hinblick auf geraffte Expositionen seiner Theorie eine beachtliche Virtuosität entwickelt, doch wirkt die ewige Wiederkehr des Gleichen in dieser dichten Folge ermüdend und demotivierend: Wieder und wieder werden die Grundbegriffe repetiert und erläutert, wieder und wieder die gleichen Hypothesen, Postulate und Programme vorgestellt, die um die stereotype Forderung kreisen, endlich die Konsequenzen aus der ›Vollpositivierung‹ des Rechts zu ziehen.

Damit soll nicht gesagt sein, daß sich in einzelnen Studien nicht viele erhellende Einsichten und Beobachtungen fänden, von denen auch und gerade eine nicht systemtheoretisch operierende Rechtssoziologie lernen kann. Die knappe Skizze der Evolution des Rechts in dem Aufsatz über ›Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft‹ gehört m. E. noch immer zum Besten, was die zeitgenössische Rechtssoziologie anzubieten hat, ebenso die soziologische Analyse zentraler Rechtstheorien wie Naturrecht oder Rechtspositivismus, die Luhmann in origineller und verblüffender Weise mit ›deflationären‹ und ›inflationären‹ Entwicklungsmöglichkeiten des Rechtssystems in Verbindung bringt (so wird z. B. die ›ewige Wiederkehr des Naturrechts‹ interpretiert vor dem Hintergrund der Annahme, daß die Ausdifferenzierung des Rechtssystems eine Überproduktion von Kommunikationsmöglichkeiten

erzeugt, die ihrerseits wieder naturrechtliche Beschränkungsversuche nahelegt); originell (und provozierend) auch die systemtheoretische Umdeutung von ›Gerechtigkeit‹ in eine ›Steigerung von noch konsistenzfähiger Komplexität‹ bzw. von ›Dogmatik‹ in eine ›Steigerung der Freiheit im Umgang mit Texten und Erfahrungen‹. Auch und gerade dann, wenn man Luhmanns Ansatz nicht teilt, sollte man sich vor moralisierenden Abwehrreaktionen hüten. Denn gerade in seinen provokantesten, von nicht wenigen Rezessenten als ›zynisch‹ verurteilten Sätzen wie etwa: »In der Ära des positiven Rechts kann das Bewegliche nicht mehr auf das Feste gegründet werden; es muß umgekehrt das Feste auf das Bewegliche gegründet werden« (S. 145), steht Luhmann in der Tradition großer Gesellschaftstheorie, die seit Marx in der permanenten Selbstrevolutionierung das zentrale Kennzeichen der modernen bürgerlichen Gesellschaft sieht. Auch in seinen Auffassungen über den funktionalen Primat von Wirtschaft und Wissenschaft in der modernen Gesellschaft und seiner Skepsis gegenüber den Möglichkeiten einer politisch-rechtlichen Globalsteuerung steht Luhmann trotz seines anders gearteten, Gesellschaft letztlich auf Kommunikation reduzierenden Ansatzes Marx näher als etwa Habermas, dessen Insistenz auf Diskursivität und Interaktion in der Tat ›alteuropäisch‹ anmutet. Wenn der Rang einer Theorie in der Härte und Kompromißlosigkeit besteht, mit der sie die verdinglichte Gesellschaft zur Sprache bringt, so ist Luhmanns Ansatz allen Modellen vorzuziehen, die der Gegenwart nur von der Höhe einer erschütterungssicheren, aber weltfremden Grundrechtstheologie und ihren pseudodialektischen Wurmfortsätzen zu begegnen vermögen.

Gleichwohl fällt bei der Lektüre der in dem Band gesammelten Aufsätze auf, daß Luhmann seine Theorie in eine Richtung ausgebaut hat, in der vor lauter Weltbezug im Sinne eines Horizontes aller möglichen Horizonte ein Weltgehalt, an dem die Theorie sich reiben könnte, kaum mehr auszumachen ist. Während noch die Ausführungen über die Evolution des Rechts in relativ engem Bezug zum historisch-empirischen Material stehen und eine Fülle von Einsichten in die Rechtssysteme segmentärer und stratifizierter Gesellschaften vermitteln, werden die kategorialen Raster, mit denen Luhmann beispielsweise in dem Aufsatz über ›Rechtstheorie im

interdisziplinären Zusammenhang‹ operiert, so abstrakt, daß so gut wie nichts mehr in den Maschen hängen bleibt; nur die sporadische Einstreuung einschlägiger Vokabeln aus dem juristischen Wortschatz weist den Leser gelegentlich darauf hin, daß er sich in einer Abhandlung über Rechtsprobleme und nicht in einem Diskurs über nominalistische Theologie befindet. Auch für die Rechtssoziologie gilt, was sich in der übrigen Theorieproduktion Luhmanns immer deutlicher abzeichnet: Die Abstraktionshöhe hat einen solchen Steigerungsgrad erreicht, daß es kaum noch einen Unterschied ausmacht, ob von Erziehungsproblemen, der Semantik frühneuzeitlicher Oberschichten oder der politischen Theorie im Wohlfahrtsstaat die Rede ist; zum einzigen sicheren Hinweis auf den jeweiligen Gegenstand dieser Texte wird mehr und mehr der Anmerkungsapparat. »Auf zu abstrakt gestellte Fragen«, so bemerkt Luhmann selbst zutreffend, »kann man nur oberflächliche Antworten geben« (S. 74).

Dabei besteht an Fragen, die eine Konkretisierung der Theorie erlauben würden, wahrlich kein Mangel. Sämtliche ›evolutionären Schwellen‹, die Luhmann herausarbeitet – der Übergang vom archaischen zum hochkulturellen Recht wie derjenige vom letzteren zum neuzeitlichen Recht – bleiben, trotz der zentralen Rolle, die sie in Luhmanns Konzeption spielen, ungeklärt, woran auch der Hinweis auf ›evolutionäre Engpässe‹ nichts ändert; unklar, verschwommen bleibt der Unterschied zwischen den ›evolutionären Mechanismen‹ Variation, Selektion und Stabilisierung, denn Variation beispielsweise wird bestimmt durch größere Abstraktion, Abstraktion soll aber wiederum auch kennzeichnend sein für Stabilisierung; und vollständig amorph schließlich ist die Schlüsselkategorie ›funktionale Differenzierung‹, die doch die gesamte Erklärungslast für sozialen, rechtlichen, politischen etc. Wandel zu tragen hat. Warum es in bestimmten Gesellschaften zum Übergang von segmentärer zu funktionaler Differenzierung kommt und in anderen nicht, warum funktionale Differenzierung in einigen Gesellschaften unvollständig bleibt, in anderen aber den ›Durchbruch in die Moderne‹ ermöglicht, ist für Luhmann offensichtlich eine nebensächliche, ans Referat für empirische Geschichtsforschung zu delegierende Frage. In der völligen Gleichgültigkeit gegenüber den realen historischen Strukturen, die den modernen Differenzierungen- und

Positivierungsprozeß bewirkt haben (deren Analyse gleichwohl entscheidend dafür ist, ob man im Hinblick auf die Institutionen der modernen ›Weltgesellschaft‹ blind-affirmativ von ›evolutionären Errungenschaften‹ sprechen kann), ist Luhmann ein später Nachfahre Hegels; und durchaus hegelianisch ist auch seine latente Geschichtsphilosophie, nach der alle historische Bewegung von der ganz und gar abstrakten ›Gesellschaft‹ als dem System aller Systeme ausgeht, das die grundlegenden Selektionen vornimmt und dadurch die Ausdifferenzierung von Subsystemen ermöglicht. Die Behauptung etwa, daß vornezeitliche Rechtsfiguren wie das Naturrecht durch eine »Leugnung der Eigenleistung des sozialen Systems der Gesellschaft bei der Konstitution von Recht« bestimmt seien (S. 120 f.), reduziert die grundlegenden Differenzen zwischen vorbürgerlichen und bürgerlichen Vergesellschaftungsformen auf eine Differenzierung im Begriff der abstrak-

ten Gesellschaft, die auf diese Weise – ähnlich wie der hegelische ›absolute Geist‹ – zum ›kairos‹ der Geschichte erhoben wird. Marx' Gedanke, daß »die abstraktesten Kategorien, trotz ihrer Gültigkeit – eben wegen ihrer Abstraktion – für alle Epochen, doch in der Bestimmtheit dieser Abstraktion selbst ebenso sehr das Produkt historischer Verhältnisse sind und ihre Vollgültigkeit nur für und innerhalb dieser Verhältnisse besitzen« (Grundrisse, 1974, S. 25), ist einer Theorie anathema, für die das Abstrakte offensichtlich zum ›hypokeimenon‹, zum geheimen Grund- und Ausgangspunkt der Geschichte geworden ist. So viel von Luhmann über den aktuellen Stand dieses Abstraktionsprozesses in Recht und Gesellschaft zu lernen ist: es besteht kein Grund, seine weitergehenden Theorieangebote denjenigen vorzuziehen, die noch immer bei Marx oder Weber zu finden sind.

Stefan Breuer

*Hans-Georg Stümke/Rudi Finkler: Rosa Winkel, rosa Listen. Homosexuelle und »Gesundes Volksempfinden« von Auschwitz bis heute; rororo-aktuell 4827, Reinbek bei Hamburg 1981, 512 S., DM 12,80.*

Homosexuelle bilden eine gesellschaftliche Gruppe, die während der Zeit des Nationalsozialismus grausam verfolgt wurde, und die bis heute keine Wiedergutmachung für das erlittene Unrecht erhalten hat. Auch eine öffentliche Rehabilitierung der homosexuellen Opfer des NS-Regimes durch die Bundesregierung steht immer noch aus. Dies zeigt einmal mehr, wie zäh traditionelle Vorurteile weiterwirken. Der SPD-Bundestagsabgeordnete Hajo Hoffmann brachte das 1980 bezüglich der Homosexuellen auf die einleuchtende Formel: »Eine demokratische Gesellschaft ist nur so demokratisch, wie sie mit ihren Minderheiten umgeht.« Recht zu geben ist Hoffmann auch, wenn er weiter feststellt, »daß in unserer Gesellschaft ein Problembewußtsein und ein Unrechtsbewußtsein den Homosexuellen gegenüber noch nicht besteht.« Wer sich dies Problembewußtsein verschaffen will, kann es jetzt tun.

Eine umfangreiche, akribisch recherchierte und äußerst materialreiche Untersuchung zum Schicksal der Homosexuellen im Dritten Reich ist kürzlich bei rororo-aktuell unter dem

Titel »Rosa Winkel, rosa Listen« erschienen. Die Autoren Hans-Georg Stümke (Historiker) und Rudi Finkler (Journalist) haben hier auf mehr als 500 Seiten eine Arbeit vorgelegt, die nicht ohne Grund als Standardwerk bezeichnet wird. Das hier aufbereitete umfangreiche Quellenmaterial umfaßt einen Zeitraum von rund hundert Jahren, beginnt mit der Bürgerrechtsbewegung der Homosexuellen im Kaiserreich und der Weimarer Republik und hat seinen Schwerpunkt im aufkommenden Faschismus und den Jahren 1933 bis 1945. In einem Schlußkapitel reißt Rudi Finkler die gesellschaftliche und rechtliche Lage der Homosexuellen in der Bundesrepublik an. Ein ausführlicher Quellenanhang mit Gesetzesbegründungen, Gerichtsurteilen, Gutachten und Statistiken zum § 175 aus den Jahren 1897 bis 1981 rundet den höchst informativen Band ab.

Für die Homosexuellen ging der Nationalsozialismus juristisch erst mit der Reform des § 175 im Jahre 1969 zu Ende. Bis zu diesem Zeitpunkt nämlich galt in der Bundesrepublik der durch den NS-Gesetzgeber am 28. Juni 1935 einschneidend verschärzte § 175. Spätere Klagen von Betroffenen, daß die fragliche Verschärfung der Strafbestimmung gegen die Homosexualität nur als Ausfluß der nationalsozialistischen Rassenlehre zu verstehen sei,

wurden, obwohl evident und leicht belegbar, skandalöserweise durch ein Bundesverfassungsgerichtsurteil vom 10. Mai 1957 abgewiesen. Das Gericht stellte sich dabei auf den Standpunkt, daß »von 1945 bis zum Zusammentritt des Bundestages in den westlichen Besatzungszonen so gut wie einhellig die Meinung (herrschte), die §§ 175 und 175a StGB seien nicht in dem Maße nationalsozialistisch geprägtes Recht, daß ihnen in einem freiheitlich-demokratischen Staate die Geltung versagt werden müsse.« Der § 175, der bekanntlich nur die gleichgeschlechtliche Liebe unter Männern kriminalisiert, verstieß – so das Gericht weiter – auch nicht gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter, denn »der biologische Geschlechtsunterschied« präge den »Lebenssachverhalt« so entscheidend, daß die weibliche Homosexualität kaum ins Auge falle: »Schon die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane weist für den Mann auf eine mehr drängende und fordernde, für die Frau auf eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereite Funktion hin.« Die Geschlechtsunterschiede, so führte das Gericht ferner aus, machten »sich bei der Gleichgeschlechtlichkeit womöglich noch stärker geltend als bei heterosexuellen Beziehungen, da der auf Mutterschaft angelegte Organismus der Frau unwillkürlich den Weg weist, auch dann in einem übertragenen sozialen Sinne fräulich-mütterlich zu wirken, wenn sie biologisch nicht Mutter ist, während eine entsprechende Kompensation beim Manne fehlt. So gelingt der lesbisch veranlagten Frau das Durchhalten sexueller Abstinenz leichter, während der homosexuelle Mann dazu neigt, einem hemmungslosen Sexualbedürfnis zu verfallen.«

In diesen naturwissenschaftlich unhaltbaren, von traditionellen Normen gesteuerten Ausführungen tritt eine Kontinuität überkommenen nazistischen »Gedankenguts« hinsichtlich der Geschlechtsrollenstereotype zutage, die für sich spricht: Die Bundesrepublik knüpfte somit nicht nur juristisch, sondern auch ideologisch an die NS-Gesetzgebung an; und bundesdeutsche Gerichte verurteilten zwischen 1950 und 1960 mehr als 50.000 Männer nach der faschistischen Fassung des § 175. Was das quantitative Ausmaß der Verfolgung betraf, stand die Bundesrepublik dem NS-Staat nicht nach, denn die Anzahl der Verurteilungen betrug zwischen 1933 und 1944 ebenfalls 50.000. Wie Hans-Georg Stümke im

Vorwort des Buches bemerkte, umfaßt die Zeit zwischen 1933 und 1969 »die bisher schwerste Homosexuellenverfolgung in der neueren deutschen Geschichte.«

Die unselige Kontinuität zwischen 1933 und 1969 offenbart sich umso krasser, als die bundesdeutsche Rechtssprechung keineswegs an die – liberale – Weimarer Tradition hinsichtlich der Anwendung des § 175 anknüpfte. Die von 1871 bis 1935 gültige Fassung des § 175 kriminalisierte lediglich »beischlafähnliche Handlungen« (Einführung des Gliedes in den Körper des Partners), und das hatte in der Praxis zu recht niedrigen Verurteilungsziffern geführt, weil die Betroffenen verständlicherweise nicht dazu bereit waren, ihre Schlafzimmergeheimnisse dem Richter anzubringen und sich auf diese Weise selbst zu belasten. Jedoch die verschärfte, bis 1969 gültige NS-Fassung des § 175 erweiterte den Tatbestand erheblich. Danach machte sich schon strafbar, so ein zeitgenössischer Kommentar, »wer den Körper des anderen Mannes als Mittel für die Erregung und Befriedigung der Geschlechtsgenitalien benutzt. Es ist nicht notwendig, daß eine körperliche Berührung stattgefunden hat oder auch nur beabsichtigt gewesen ist (ideeller Koitus).« Man braucht kaum darauf hinzuweisen, daß durch derlei Definitionen einer Sexualdenunziation Tür und Tor geöffnet wurde.

Aber noch ein weiteres Moment macht deutlich, daß bis 1969 kein entscheidender Bruch zwischen Drittem Reich und Bundesrepublik in der Frage der juristischen Bewertung der Homosexualität erfolgte: So hatte 1929 der Rechtsausschuß dem Reichstag eine radikale Reform des § 175 vorgeschlagen und die Abgeordneten aufgefordert, die einvernehmliche Homosexualität unter Erwachsenen ganz zu entponalieren, doch der wachsende Einfluß der NSDAP verhinderte eine Behandlung dieser Gesetzesvorlage, was nach 1945 dann völlig »vergessen« worden zu sein scheint . . .

Hans-Georg Stümke arbeitet in den Kapiteln über den Aufstieg der NSDAP in der Weimarer Zeit und anhand einer Analyse des NS-Bestsellers »Mein Kampf« den politischen Charakter der Homosexuellenverfolgung mit großer Sorgfalt heraus. Danach galten Homosexuelle als »Kranke« und »Kriminelle« und unterlagen damit dem Verdikt der Ausmerzung aus »rassehygienischen« Gründen. Hatte der ehemalige Düngemittelvertreter und zum »Reichsführer-SS« emporgestiegene

Heinrich Himmler bereits betont, daß »die Frage des richtig geleiteten Sexus die Lebensfrage jedes Volkes« sei, so wurde Homosexualität adäquat dazu von führenden NS-Ideologen als »rassische Entartung« angesehen und »der Homosexuelle als Feind der völkischen Gemeinschaft« gewertet. Die von den Nationalsozialisten durch eine rigide Anwendung der §§ 218 und 175, durch massive Gebärpropaganda und eine entsprechende Gesetzgebung angekurbelte Menschenproduktion steigerte das übliche Sexualverhalten nach dem traditionellen Normenkodex von »Zucht und Sitte« zur planmäßigen, inhumanen Züchtung »rassereinen Nachwuchses«. Wie Stümke nachweist, war diese unter rassistischen Gesichtspunkten durchgeführte Menschenproduktion Teil der umfassenden Expansionspolitik Hitler-Deutschlands. Hitler hatte bereits in »Mein Kampf« verkündet, daß das Deutsche Reich »als Staat alle Deutschen mit der Aufgabe umschließen (solle), aus diesem Volke die wertvollsten Bestandteile an rassischen Urelementen nicht nur zu sammeln und zu erhalten, sondern langsam und sicher zur beherrschenden Stellung emporzuführen.« Dies Programm wurde nach 1933 durch eine schrittweise und sehr ge-

schickte Mobilisierung des »gesunden Volksempfindens« propagandistisch untermauert und juristisch abgesichert. In diesen Zusammenhang paßte sich die Verschärfung des § 175 nahtlos ein. Ebenso wie die Juden und die Zigeuner gehörten die Homosexuellen nicht zu den »wertvollsten Bestandteilen an rassischen Urelementen« und wurden ab 1935 in immer größerer Zahl aus der »Volksgemeinschaft der Deutschen« ausgewiesen, d. h. in den Konzentrationslagern umgebracht.

Das vorliegende Buch zeichnet diesen schrecklichen Weg im Einzelnen nach, wobei besonderer Wert auf die Beweisführung gelegt wird, daß die Verfolgung der Homosexuellen aus typisch nationalsozialistischen Motiven heraus erfolgte. Die Untersuchung stellt keineswegs eine Speziallektüre für Betroffene dar, sondern ist insbesondere jenen zu empfehlen, die sich über die krude Sexual- und Rechtspolitik des Dritten Reiches informieren wollen. Für die Generation der heute amtierenden Juristen sollte es eine Mahnung sein, sich endlich der – mittlerweile nur noch wenigen – überlebenden Opfer zu erinnern, die wegen ihrer Homosexualität Unrecht leiden mußten, und sich für sie einzusetzen.

*Gisela Bleibtreu-Ehrenberg*