

# Buchbesprechungen

*Abendroth/Blanke/Preuß u. a., Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft, hrsg. von Dieter Deiseroth, Friedhelm Hase und Karl-Heinz Ladeur. Europäische Verlagsanstalt Frankfurt am Main 1981, 369 S., DM 48,-*

1. Der hier vorzustellende Sammelband, Helmut Ridder zum 60. Geburtstag gewidmet, will keine Festschrift im herkömmlichen Sinne, sondern eher ein »Arbeitsbuch«, ein »Workshop« (Vorwort, S. 14/15) sein. Wie in aller Regel bei solchen Büchern, fehlt es auch hier an einem gemeinsamen Fix- und Bezugspunkt, an dem die Beiträge sich orientieren könnten. Selbst der vielversprechende Untertitel: »Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft« hat eher suggestive denn programmatische Funktion: In nur wenigen der insgesamt 15 Aufsätze wird auch nur einer dieser drei in der politologischen wie staats- und verfassungsrechtlichen Diskussion der letzten Jahre zentralen Topoi explizit zum Gegenstand gemacht; noch weniger wird über ihr gegenseitiges Beziehungs- und Bestimmungsverhältnis gehandelt. Mit der selbstexplizierten Aufgabenstellung des Bandes, das Verhältnis von »politischem Wandel und positivem Verfassungsrecht« zu bestimmen bzw. »nach den Stabilitätsbedingungen und Krisenherden nicht nur des Verfassungssystems der Bundesrepublik« (S. 10/11) zu fragen, wird der thematische Bogen bereits sehr weit gespannt, ohne alle aufgenommenen Artikel umfassen zu können. Diese lassen sich daher nur singulär bewerten und beurteilen, was gelegentliche Querverweise nicht ausschließt.

2. Eine Auffälligkeit dieser Nicht-Festschrift liegt in dem mit einem Drittel aller Beiträge ungewöhnlich hohen Anteil ausländischer Arbeiten. Dies ist angesichts der verbreiteten Fixierung auf das deutsche Verfassungsrecht grundsätzlich zu begrüßen; man hätte sich

aber über die Autoren, deren ungefähre »Position« sich durch die Lektüre der doch recht knappen Aufsätze nur unvollkommen erschließt, einige erläuternde Informationen gewünscht. Zudem sind die ausländischen Artikel in sich genauso heterogen wie der Band insgesamt. Recht unverbunden steht da der Bericht *Frederick Vaughan's* (»Die politischen Auswirkungen der Rechtsprechung zur kanadischen Verfassung«), der sich auf die föderative Tendenzen bestärkende Rechtsprechung des höchsten kanadischen Gerichtes konzentriert, neben der begriffskritischen Bestandsaufnahme *Michael Miaille's* über den »Begriff der Legitimität im französischen Verfassungsrecht«. *Miaille*, der verschiedene Legitimitätskonzeptionen an markanten Scheidepunkten der an solchen reichen französischen Verfassungsgeschichte durchspielt, um zu dem recht mageren Ergebnis zu gelangen, daß sich die Begriffe von Legalität und Legitimität nicht trennen lassen, leidet unter der gleichen Schwierigkeit wie sein Landsmann *Robert Charvin* (»Zwanzig Jahre V. Republik und politische Freiheitsrechte in Frankreich«). Beide konzipieren ihre Arbeiten zwar nicht dem Umfang, aber dem Inhalt nach als »Länderberichte«, wodurch der Preis für den ohne Zweifel vorhandenen Informationsgehalt in Form des unvermeidlichen Verlustes an analytischer Schärfe und Beweiskraft recht hoch wird: Jahrzehnte französischer Verfassungsgeschichte im historischen Längs- wie im systematischen Querschnitt zu präsentieren, zwingt zu essayistisch/feuilletonistischen Stilmitteln, zu Globalaussagen und unzureichender Fundierungsmöglichkeit der eigenen Thesen. Demgegenüber vermag eine engere und bescheidenere Fragestellung wie die von *Gustavo Zagrebelsky* (»Die legislativen Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichtshofs«) mehr zu leisten. Interessante Parallelen zum deutschen Bundesver-

fassungsgericht werden bei der Beschreibung der verschiedenen »Typen« der Entscheidungen, dem Problem der verfassungskonformen Auslegung oder der Übernahme legislativer Funktionen durch das Gericht deutlich. Von Wert ist auch der Hinweis, daß das italienische Verfassungsgericht angesichts der divergierenden politischen Kräfte im Parlament fast ungehindert und unkritisiert ersatzgesetzgeberische Funktionen und ein Monopol der authentischen Auslegung der Verfassung hat usurpieren können: Kompetenzen, die ihm nach Z. nicht zustehen.

3. Die Dynamik rechtlich konstituierter Herrschaft unter der Verfassungsrechtslage der Bundesrepublik untersucht *U. K. Preuß*. Anhand der Trias »Rechtsstaat-Steuerstaat-Sozialstaat« gibt er eine bemerkenswerte »Problemskizze« über den Zusammenhang dieser drei Strukturmomente des modernen Staates. Seine Offenlegung der »Grammatik des bürgerlichen Verfassungsstaates« (S. 62) löst wohl am ehesten die im Vorwort ange deuteten Postulate und Problemformulierungen ein, indem der real- und finanzsoziologische Gesamtzusammenhang der Konstitution des Verfassungsstaates entwickelt wird. Knapp, aber präzise zeigt P. die funktionale Interdependenz von Verfassungsstruktur, Steuersystem und privatwirtschaftlicher Ökonomie auf. Mit der Überwindung des Feudalsystems und der Monopolisierung und Zentralisierung staatlicher Herrschaft geht die Etablierung eines einheitlichen Steuererhebungssystems einher, welches – über das abstrakte Medium Geld vermittelt – den direkt-persönlichen Herrschaftsbezug durch die indirekte Abschöpfung bestimmter Wertquanta ablösen kann. Ohne diese Abstraktion von Herrschaft wäre staatsbürgerliche Gleichheit ebenso wenig zu denken wie individuelle Freiheitsrechte. Die Steuer als »ökonomische Seite dieses abstrakten Herrschaftsverhältnisses« (S. 50) ist Mechanismus der mathematisch genauen Berechenbarkeit von Herrschaft und »staatsökonomische Garantie für das Fortbestehen des privatwirtschaftlichen Systems« (S. 55) aber nur so lange, wie sie fiskalische Steuer bleibt. Wird sie hingegen, und dies ist die Pointe des Preuß'schen Gedankenganges, ausgeweitet zu einem »System konjunkturbedingter Geldschöpfung« (S. 63), welches zudem aufsitzt auf einem Wandel des Eigentums (von der Sach- zur Funktionseinheit) und einem wirtschaftspolitisch aktiven, lenkenden und planenden Staat,

verschiebt sich die stabile Lage des 19. Jahrhunderts. Ein solcher Steuerstaat öffnet die Perspektive zum »Sozialkapitalismus« (S. 59). In verfassungstheoretischer Wendung: die dem Grundgesetz Ende der 60er Jahre eingefügte Finanzverfassung mit Art. 109 II als ihrem Kernstück könnte als eine Grundrechte überlagernde und über spielende verfassungsrechtliche Festschreibung von Eingriffsstrategien, als »Grundgesetz des Grundgesetzes« (Wiethölter), zu fassen sein, denen mit der traditionellen Abwehrfigur des subjektiven Einzelrechts nicht mehr beizukommen wäre. Konsequenz einer derartigen Entwicklung wäre eine ungeheure Relativierung, wenn nicht Liquidierung allen herkömmlichen Verfassungsverständnisses. Doch bleibt festzuhalten, daß die Denkfigur einer staatlichen »Globalrationalität« (S. 64) eigentümlich zwischen Realanalyse und systematisch-logischer Fortführung vorhandener Ansätze schwankt. Ganz unbestreitbar hat sich etwa in der gegenwärtigen Verfassungslehre die Ansicht von einer die Grundrechte überwölbenden Superstruktur der Finanzverfassung nicht durchsetzen können. Ob diese in Zukunft ausdrücklich oder versteckt den »Anschluß« an die volle Logik der Entwicklungstrends suchen und gewinnen wird, ist eine offene Frage, deren Beantwortung nicht zuletzt vom Verhältnis zwischen normativer Setzung und gesellschaftlicher Wirklichkeit abhängt.

4. Die Herausgeber des Werkes halten sich mit der Behandlung von im engeren Sinn verfassungsrechtlichen Themen an bewährtere Fragestellungen. *Dieter Deiseroth* untersucht »Kontinuitätsprobleme der deutschen Staatsrechtslehre(r)« am Beispiel von Theodor Maunz, wobei er das Augenmerk insb. auf die unveränderten, aus der Zeit des Nationalsozialismus tradierten Ideologeme lenkt. Mit der prinzipiellen Unterscheidung von in Weimar praktiziertem »okkasionellen«, also auf Einzeleingriffe abstellenden, in Bonn hingegen »ideologischem«, systematisch abgesicherten Staatsschutz analysiert *Friedhelm Hase* die Differenzen der verfassungsmäßigen Eigensicherung und Selbstschutzmechanismen der Weimarer und der Bonner Republik. Er entkräftet die verbreitete Annahme vom schwachen, seinen Gegnern wehrlos ausgelieferten Weimarer Staat unter Hinweis auf die Fülle praktizierter präsidentieller Ausnahmekompetenzen. Weniger überzeugend ist die These, daß es auch in der Weima-

rer Republik Ansätze zu einem – in der BRD dann realisierten – »ideologischen« Staatschutz gegeben hat. Weil, so H., die pluralistische, wertrelativistische Demokratiekonzeption eines Kelsen oder Anschütz mit dem Zentralbegriff des – andere Gruppen notwendigerweise ausschließenden – Konsenses arbeiteten, beförderten sie eine autoritär-repressive »Umstülpung der pluralistischen Ideologie« (S. 75), die trotz entgegengesetzter eigener Intentionen zum Helfershelfer pluralismusfeindlicher Praktiken werde. Das Umschlagen eines staats-theoretischen wie erkenntnistheoretischen Relativismus in eine Minderheiten ausgrenzende und Parteien von Staats und Demokratie wegen zum Relativismus verpflichtende Strategie mag in bezug auf Radbruch stimmen. Doch dessen Wendung ist nicht verallgemeinerungsfähig, ist nicht Ausdruck einer in der Theorie angelegten, notwendigen Entwicklungsrichtung. Der von H. selbst angeführte Hans Kelsen zum Beispiel hielt ausdrücklich an den Voraussetzungen der relativistischen Demokratiekonzeption auch bei Eintritt nicht gewollter Konsequenzen fest und erklärte die »Verteidigung« der Demokratie gegen ihre in der Mehrzahl befindlichen Gegner als mit den eigenen Basisvoraussetzungen für unvereinbar.

Auch *Karl-Heinz Ladeur* geht bis in die Weimarer Zeit zurück. »Vergesellschaftung« und »Verstaatlichung« sind die beiden Kategorien, mit denen er unter Zugrundelegung der Smendschen Integrationslehre die Entwicklung des Verfassungsverständnisses in der BRD in den Griff zu bekommen sucht. Diese in Weimar als »Theorie der Wiederherstellung staatlicher Normalität in einer anomalen Zeit« (S. 115) geschaffene Krisenphilosophie dient dem Verfasser gleichsam als Folie, auf der die »strategischen Verschiebungen der Verfassungsinterpretationsmethoden« (S. 114) aufgezeichnet werden können. L. unterscheidet zwei Phasen: eine erste, bis in die Mitte der 60er Jahre reichende, in der die »Verstaatlichung« der Verfassung gewährleistet war: diese bildete ein »Sinnganzes« unter offizieller Verwaltung. Mit dem danach vollzogenen »Paradigmawechsel in der Verfassungsmethodik« (S. 123) setzte die zweite Phase ein: unter dem Druck zunehmend komplexer politischer wie ökonomischer Verhältnisse wird die Fiktion eines einheitsstiftenden »Willens« der Verfassung aufgegeben und die Pluralisierung der gesellschaftli-

chen Gewalten auf Verfassungsebene nachvollzogen. Der formale Konsens tritt an die Stelle des noch inhaltlich bestimmbar Sinnganzes der Verfassung; als Methode der Bewahrung von Kontinuität trotz beständigen Wandels wird die Argumentationsfigur der Güterabwägung dominant (vgl. S. 124). »Vergesellschaftung« nennt L. jenen Vorgang der Erosion traditioneller Befehls-Gehorsamsstrukturen, der die erfolgreiche Durchsetzung von Verwaltungsstrategien nur noch unter der Bedingung eines erzielbaren Konsenses zwischen Betroffenen und Exekutive zulässt<sup>1</sup>. Dies alles wird so gerafft und thesenhaft vorgetragen, daß es sich nur bei stark assoziativer Lesart erschließt. Die Leitbegriffe – Sinnganzes/Konsens, Verstaatlichung/Vergesellschaftung – blitzen mehr auf als daß sie systematisch entwickelt werden. Wieweit das von L. praktizierte Verfahren der historischen Längsschnittbetrachtung anhand eines staats-theoretischen Ansatzes trägt, läßt sich auf Grundlage dieser skizzenhaften Ausführungen nicht abschließend beurteilen.

5. Wenn es in dem Band einen gewissen thematischen Schwerpunkt gibt, dürfte er in der Auseinandersetzung mit Fragen der juristischen Methodenlehre liegen. Gleich drei Beiträge (*Maus, Römer, C. Müller*) sind der Interpretationslehre Hans Kelsens und der erst in jüngerer Zeit verstärkt rezipierten Methodologie Friedrich Müllers<sup>2</sup> gewidmet. Mit F. Müller streben *Ingeborg Maus* (»Zur Problematik des Rationalitäts- und Rechtsstaatspostulats in der gegenwärtigen juristischen Methodik am Beispiel Friedrich Müllers«) und *Christoph Müller* (»Die Bekenntnispflicht der Beamten. Bemerkungen zu § 35 Abs. 1 S. 2 BRRG, zugleich Anmerkungen zur Methodologie Friedrich Müllers«) eine produktive Auseinandersetzung an. C. Müller möchte F. Müllers Methodenlehre sowohl um die »bleibenden Erkenntnisse« (S. 213) des Kelsenschen Werkes ergänzen als auch um Ergebnisse der Linguistik bereichern, wodurch – entgegen F. Müllers Intentionen – die »durch die Sprachstruktur des Normtextes selbst vermittelten gesellschaftlichen Bezüge... folgerichtigerweise zum Anwendungsbereich der grammatisch-logischen und fachsprachlich-semantischen Textdurchdrin-

<sup>1</sup> Vgl. dazu insb. Claus Offe, Rationalitätskriterien und Funktionsprobleme politisch-administrativen Handelns, in: Erhard Denninger (Hrsg.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, Frankfurt/M. 1977, S. 469–486.

<sup>2</sup> Vgl. jüngst die Rezension Volker Neumanns, in: *KJ* 3/1980, S. 337–345.

gung« (S. 220) würden. Hinzu treten Betrachtungen zur Verfassungsmäßigkeit der in § 35 I 2 BRRG statuierten Bekenntnispflicht des Beamten aus organisationssoziologischer (Max Weber), rechtsvergleichender und rechtshistorischer Sicht. Folge dieser Bandbreite theoretischer wie praktischer Bezugsebenen ist ein beständiges Changieren zwischen ihnen. Die vielen Anknüpfungen werden nicht zu einem Netz verdichtet, weswegen die Kritik letztlich akzidentiell bleiben muß.

Demgegenüber rekonstruiert *I. Maus* zunächst einmal F. Müllers theoretische Konzeption in ihrer Frontstellung gegen andere, insbesondere der Hermeneutik oder dem Richtervernunftrecht verpflichtete Ansätze. Sie formuliert den entscheidenden Einwand gegen alle Versuche, angesichts eines präventierten Rationalitätsverfalles der Gesetzgebung den Hort einer allumspannenden Vernunft beim Richter, dem der »Mutterboden der allgemeinen Gerechtigkeitsabwägung« (Esser) noch nicht verloren gegangen ist, zu suchen: daß nämlich von der Justiz nicht die Wiederherstellung einer nicht länger existenten Einheit des Rechts, sondern nur eine weitere Heterogenisierung und Pluralisierung zu erwarten sei. Dem Ansatz F. Müllers konzediert sie – insofern im Einklang mit *C. Müller*, mit dem sie auch die Einschätzung der politischen Relevanz der juristischen Methodendiskussion teilt –, sich dem Problem der Konstruktion einer Methodik, die an der Maxime eines »Rationalitätsmaßstabes richterlichen Handelns« (S. 157) festhält, ohne die Judikative von der Verpflichtung zur Anwendung einer kontrollierbaren Methodik freizuzeichnen, in voller Schärfe gestellt zu haben. Gerade dieser Anspruch hebt ihn von der Reinen Rechtslehre, zu deren Aporien es gehört, daß ihre sog. Interpretationslehre gerade nichts Verbindliches über juristische Methodik auszusagen vermag, ab und berechtigt zu seiner Selbsteinschätzung als einer dezidiert nachpositivistischen Methodologie.

Es ist das Verdienst des Aufsatzes von *Peter Römer* (»Hans Kelsen und das Problem der Verfassungsinterpretation«), die Essenz jener Lehre noch einmal rekapituliert zu haben: daß nämlich jede Norm – von der Grundnorm und dem Vollzugsakt abgesehen – Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung zugleich ist und den mit jeder Willens-Schöpfung verbundenen Charakter einer letztlich

irrationalen Dezision trägt: denn immer sind mehrere, untereinander gleichberechtigte Auslegungen möglich, die den von der Rechtswissenschaft anzugebenden Rahmen bilden, innerhalb dessen es aber keine einzig richtige Entscheidung gibt. Diese insoweit starke Ähnlichkeiten mit der Freirechtsschule aufweisende Lehre muß als ebenso konsequent wie defizitär empfunden werden angesichts eines Standes der Methodendiskussion, die eben jenen Irrationalismus aufzudecken, zu bearbeiten und zu überwinden angetreten ist. Nicht weniger unbefriedigend ist, daß die Reine Rechtslehre über kein sicher greifendes methodisches Instrumentarium zur Feststellung und Ausscheidung von Auslegungen verfügt, die außerhalb des Möglichkeits-Spektrums gleichberechtigter Ergebnisse liegen. R. legt diese Schwachstellen mit aller wünschenswerten Deutlichkeit offen – und kann sich schließlich doch nicht der Versuchung entziehen, der Reinen Rechtslehre ex post eine rationalere und praxisgerechtere Interpretationslehre zu imputieren. Diese Intention jedoch ist nicht innerhalb des Gebäudes der Reinen Rechtslehre realisierbar: zu stark ist dort der erkenntnistheoretische Relativismus ausgeprägt, als daß Bedürfnisse einer nachpositivistischen Methodologie mit ihrem Instrumentarium hinreichend zu befriedigen wären. Die – von *C. Müller* treffend herausgestellten – Gemeinsamkeiten F. Müllers mit Kelsen erschöpfen sich im Festhalten an der Verbindlichkeit des Normtextes und in der Vorstellung der Rechtsanwendung als einem Prozesses schöpferischer Konkretisierung.

*Maus* zufolge ist es auch F. Müller nicht gelungen, sichere Interpretations-, d. h.: Konkretisierungsregeln bei gleichzeitiger Wahrung der Dominanz legislativer Vorgaben zu entwickeln. Seine Rechtsnormtheorie, die diese in verschiedene Bereiche von Normtext, Normprogramm und Normbereich zerlegt und so völlig umbaut, um eine systematisierbare und nachvollziehbare Einbeziehung der von den Normen geregelten sozialen Sachverhalte zu ermöglichen, zieht eine Methodologie nach sich, die mit einer gestuften Rangfolge von Konkretisierungselementen (zu denen die herkömmlichen canones ebenso zählen wie Normbereichelemente oder Sätze der Rechtsdogmatik) »ein erhebliches Maß an Rationalität und Kontrollierbarkeit richterlicher Entscheidungsprozesse« (S. 160) zu gewährleisten verspricht – ohne daß sie dieser

selbstgesetzten Anforderung im Ergebnis gerecht werden könnte. Denn F. Müllers Rediziplinierungsversuch der Rechtsanwendung ist gekoppelt an eine systematische Einbringung des »Sachgehaltes der Normbereiche« (F. Müller), die ihm dem zentralen Einwand *Maus'* zufolge zur Apologie gerät. Die methodologischen Errungenschaften seiner Theorie, so ihre Argumentation, bleiben letztlich ohne Realisierungschance, weil sie an eine affirmative Rechtsnormtheorie gekettet sind. Die dieser zugrundeliegende Scheidung von Norm- und Sachbereich sei nicht durchzuhalten; vielmehr würde der Konkretisierungsprozeß notwendig zirkulär, wenn der Sachbereich als bestehender selbst den Anwendungsprozeß mitsteuern soll. Das Normprogramm kann dann nicht mehr verändernd, innovativ, steuernd wirken, sondern gerinnt zu einer juristischen Verdoppelung des bereits Bestehenden. Die hiermit bewerkstelligte normative Wendung sozialer Realität mache F. Müllers Methodik »wehlos gegen Verwertungen, die ihren subjektiven Intentionen durchaus fernstehen« (S. 163). F. Müller verspiele den Gewinn einer rechtsstaatlich-demokratischen Methodologie durch die Konstruktion einer Normtheorie, die sich die Kraft zur produktiven Veränderung des Bestehenden nimmt, um statt dessen dem schon je Vorfindlichen sein Recht zu geben. Damit rückt er in die Nähe eines »Konservatismus aus strukturellen Gründen« (Scharpf), was Realitätssinn beweist und Affirmation bewirkt. *Maus* geizt nicht mit Kritik: als »objektiver Widerstand gegen die Realisierung der Verfassung«, als Gemengelage von »Realanalyse und resignierender Affirmation« (S. 169) wird F. Müllers Theorie kritisiert, die schließlich im »rechtsstaatlich geordneten Rückzug vor der Übermacht der Tatsachen« (S. 170) ende. Auch den naheliegenden Einwand, der affirmativen Einbeziehung der Faktizität lasse sich mit der folgenreichen Einbringung der Sozialwissenschaften gegensteuern, weist M. zurück. Anders als C. Müller, der diese gerade als Einspruchs- und Prüfinstanz für unannehmbare Implikationen einer bestimmten Rechtsauslegung etabliert sehen möchte (vgl. S. 231), obwohl er die Pluralität der innerdisziplinären Ansätze durchaus erkennt (S. 228), stellt *Maus* – m. E. völlig zu Recht – entscheidend auf letztere ab. Die Doppelbödigkeit der soziologischen Informiertheit zeigt sich ihr zufolge gerade darin, daß deren Ergebnis und

Folge ihrerseits vom »gewählten« soziologischen Ansatz abhinge und so die Probleme nur potenziere.

Manche Sentenz F. Müllers gibt in der Tat mehr als nur Veranlassung zu der seine Theorie grundsätzlich in Frage stellenden *Maus*-Kritik: etwa die Rede davon, daß die Rechtsnorm »keine der Wirklichkeit autoritär übergestülpte Form, sondern eine ordnende und anordnende Folgerung aus der Sachstruktur des geregelten Sachbereiches selbst« sei und die »Anordnung und das durch sie Geordnete . . . prinzipiell gleichrangig wirkende Momente der Normkonkretisierung von nur relativer Unterscheidbarkeit« bilden<sup>3</sup>. Inwiefern er selbst diese Optik durch explizite Abwehr aller auf die Normativität des Faktischen rekurrierenden Auffassungen entschärfen und so die von M. eingeklagte normative Sollens-Komponente durch die Charakterisierung der Norm als einem auf Befolgung gerichteten »sachgeprägten Ordnungsmodell«<sup>4</sup> zumindestens ansatzweise bewahren kann, soll hier ebenso wenig diskutiert werden wie die kritisch an die Verfasserin zu richtende Frage, ob und inwiefern ihr rigides Normativitätspostulat von nicht unproblematischen »juristensozialistischen« Konnotationen frei ist. Folgt man ihren wegen der Stringenz der Gedankenführung und der konzisen Kritik dem Opus F. Müllers durchaus gerecht werdenden Überlegungen, bleibt doch die Zentralfrage jeder rechtlich konstituierten Herrschaftsordnung nach dem funktionellen Primat rechtlich verbindlicher Regelung unbeantwortet. Dessen unterschiedliche Verortung wird in der Inkongruenz der Position *Maus'* mit der *Römers* am deutlichsten. Dieser wähnt in einer nicht im einzelnen dargelegten, die Leerstellen der Reinen Rechtslehre ausfüllenden Methodologie einen unerläßlichen Bestandteil moderner Rechts- und insbesondere Verfassungstheorie. *Maus* dagegen lehnt es kategorisch ab, den Interpretationstheoretikern insofern eine zentrale Rolle beizumessen: ihre Schlußkritik charakterisiert F. Müllers Theorie ja gerade als »Versuch, die Herrschaft der Justiz über den Gesetzgeber durch die Herrschaft der Rechtswissenschaft zu ersetzen« (S. 172). Einig sind sich beide Autoren wiederum in

<sup>3</sup> Friedrich Müller, Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts, in: Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, hrsg. von M. Thiel, Band 11, München und Wien 1972, S. 148.

<sup>4</sup> Ibid.

der Ablehnung justizstaatlicher Entwicklungen im Sinne einer funktionenübergreifenden, gesetzvertretenden Rechtschöpfung der Judikative selbst. So wird der Schwarze Peter zwischen Gesetzgeber, Rechtsprechung und Wissenschaft hin und her geschoben. Offen bleibt, wo denn nun das Gravitationszentrum des demokratischen Rechtsstaates zu verorten ist. Denn die Besetzung dieser Position durch den Gesetzgeber läßt sich nicht einfach mit der an die Judikative gerichteten Empfehlung zur Rückkehr zu den »klassischen Funktionen der Rechtsprechung«<sup>5</sup> begründen, wo doch die intensive Methodendiskussion der letzten Jahre und Jahrzehnte zur allgemeinen Überzeugung gebracht hat, daß Rechtsnormen bei der Anwendung immer einer wertenden Ausfüllung und spezifischen Konkretisierung bedürfen. Heute kann man Rechtsanwendung nicht mehr adäquat als automatisierbaren Subsumtionsvorgang nach dem Modell des syllogistischen Schlußverfahrens begreifen. Die mit der Desavouierung des klassischen Gesetzespositivismus eingetretene Lage stellt ein objektives Dilemma dar, das nicht mit Besinnungs- und Rückkehrforderungen, sondern nur durch die Konzipierung einer demokratischen Methodenlehre zu leisten ist<sup>6</sup>, für die F. Müller einen wichtigen Ansatz erarbeitet hat. Die Kritik an ihm bedarf der Einlassung auf methodische Probleme, um *Maus'* Stärke: die Ideologiekritik, zur vollen Entfaltung bringen zu können.

6. Wolfgang Abendroths »11 Thesen zur politischen Funktion und zur Perspektive des Kampfes für die Erhaltung des demokratischen Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland« enthalten – noch einmal – ein Bekenntnis zur juristisch-interpretativen Verteidigung des demokratischen Gehaltes des Grundgesetzes, die sich der »Differenz zwischen Zulassung rechtsstaatlich-demokratischer Transformation der Wirtschaftsgesellschaft, wie sie das Grundgesetz gewährt, und unbedingter Aufgabenstellung in dieser Richtung, wie sie in ihm nicht mehr enthalten ist« (S. 353 f.), bewußt bleibt. Den überwiegenden Teil bildet eine politische Globalanalyse mit Empfehlungen für systemoppositio-

nelle Strategien: Betrachtungen, über die sämtlich politisch, nicht aber juristisch zu streiten ist.

Unbefriedigend ist der letzte, im Inhaltsverzeichnis nicht aufgeführte Beitrag *Heinz Wagners* (»Über einige Schwierigkeiten einer marxistischen Staats- und Rechtstheorie in der Bundesrepublik Deutschland«). Hier wird augenfällig, daß seit dem Rottleuthner-Sammelband<sup>7</sup> von 1975 die marxistische Rechtstheorie in der Bundesrepublik nicht weiterentwickelt worden ist<sup>8</sup>. W.s stark an die Begrifflichkeit eines dogmatischen »Histomat« angelehnte Darstellung suggeriert die Existenz einer intakten marxistischen Theorie, unterbreitet aber nur einen unausgefüllten, im schlechten Sinne abstrakten Kanon von Postulaten, denen ein fundamentum in re, eine reale und nicht nur reklamierte Substanz fehlt, was auch die wegwerfende Geste gegenüber den vielfältigen Spielarten des »westlichen« Marxismus nicht verdecken kann. W.s Aufsatz signalisiert eine Gefahr, die in abgeschwächter Form auch in einigen anderen Beiträgen aufscheint: die Erstarrung in einer Theorie-Tradition, die ihre als »links« etikettierten Bestände sorgsam weiterpflegt und sich in ihren Sackgassen häuslich einrichtet, wie Thomas Blanke bereits 1975 formulierte<sup>9</sup>. Damit ist nicht einer höheren Umschlaggeschwindigkeit von Theorien um ihrer selbst Willen das Wort geredet. Doch läßt sich der Vorwurf des selbstgefälligen Einigeln nur dadurch entkräften, daß man den weiterbestehenden Erklärungsgehalt und damit die Berechtigung eines einmal gewählten theoretischen Ansatzes zu demonstrieren vermag. Am ehesten könnte vor dem Weg in die Antiquiertheit wohl die kritische, aber für neue Fragestellungen wie auch für neue Antworten offene Beschäftigung mit konkurrierenden Theorien sein. So hat etwa Niklas Luhmann, dessen durchgängige Nichterwähnung in dem Band kein Zufall zu sein scheint, in seinen rechtstheoretischen wie -soziologischen Schriften ein Problem- und Reflektionsniveau erreicht, dessen hoher Erklärungsgrad nicht einfach mit dem Pauschal-

7 Hubert Rottleuthner (Hrsg.), *Probleme der marxistischen Rechtstheorie*, Frankfurt/M. 1975.

8 Eine Bestandsaufnahme der derzeitigen Krisenlage der linken/marxistischen Rechtstheorie gibt Thomas Blanke, *Demokratie, Kapitalismus und Krise in der neueren kritischen Rechtstheorie*, in: *ProKla* 45 (1981), S. 141–160.

9 Thomas Blanke, *Das Dilemma der verfassungspolitischen Diskussion der Linken in der Bundesrepublik*, in: Rottleuthner (Hrsg.), a. a. O., S. 419.

5 Ingeborg Maus, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaates*, in: Mehdi Tohidipur (Hrsg.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, 1. Band, Frankfurt/M. 1978, S. 67.

6 Dieter Grimm, *Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?*, in: *JuS* 1980, S. 709.

verweis auf den apologetischen Hang der Systemtheorie abgetan werden kann.

Summa summarum: Der Band gibt eine Fülle von Anregungen und reizt zum Widerspruch. Er will nicht passiv konsumiert werden, sondern verlangt nach produktiver Auseinandersetzung. Dem Geehrten ist damit vielleicht die beste Reverenz erwiesen worden.

Horst Dreier

*Alexander Roßnagel, Grundrechte und Kernkraftwerke, Texte und Materialien der Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft (Hrsg. Wolfgang Lienemann), Reihe A Nr. 9, Heidelberg 1979, DM 9,50 (Zu beziehen bei der Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft, Schmeilweg 5, 6900 Heidelberg 1)*

I. Roßnagels Untersuchung besteht aus drei Teilen: Im ersten werden die Ansatzpunkte der verfassungsrechtlichen Argumentation dargestellt – anlässlich der nach § 7 AtomG erforderlichen Genehmigung für jedes Atomkraftwerk (AKW) ist die Verwaltung bei ihrer Entscheidung an die Grundrechte gebunden; sie muß dabei sowohl alle Gefahren des Normalbetriebes (Strahlenexposition, Entsorgung, Wiederaufbereitung, Transport usw.) als auch alle außerordentlichen Gefahren berücksichtigen. Die Bestandsaufnahme des ersten Teils schließt ab mit der Darstellung der in der Rechtsprechung zu § 7 AtomG entwickelten Anforderungen und Kriterien, nach denen in der Praxis Schutzmaßnahmen zu beurteilen sind. Zur Beantwortung der in diesen Gebieten bestehenden Fragen zieht Roßnagel (R.) die Grundrechtsinterpretation heran. Deren Darstellung ist der zweite Teil der Untersuchung gewidmet. R. weist darauf hin, daß »Grundrechte als normatives Programm für einen Sachbereich, der 1949 nicht vorhanden und auch nicht erkennbar war, nur vorsichtig weiterentwickelt werden können und ihnen daher nur Anhaltspunkte für die Lösung konkreter Fragen entnommen werden können«. Der »wirklichkeitsgestaltende Gebotscharakter« der Grundrechte solle »möglichst viel von seiner ordnenden Kraft« behalten (S. 16 f.). Mit der in Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden Auffassung<sup>1</sup> hält R. die friedliche

Nutzung der Atomkraft für mit der Verfassung vereinbar und begründet dies zutreffend mit der Kompetenznorm des Art. 74 Nr. 11 a GG.

Die Grundrechtsinterpretation hat nach R. davon auszugehen, daß die unterschiedlich strukturierten Grundrechtsbereiche (Art. 2 II GG und Art. 14 I GG) der von der atomrechtlichen Genehmigung betroffenen Grundrechtsträger konkretisiert werden müssen. Methodisch ergibt sich dabei nicht a limine die Notwendigkeit einer Rechts- und Güterabwägung, »denn die Grundrechtsbereiche kollidieren nur scheinbar« (S. 41). Grundrechte gewähren keine grenzenlosen Freiheitsräume. Sie berücksichtigen in ihrem Normbereich, »daß jeder seine grundrechtlich geschützten Freiheiten nur innerhalb der Gesellschaft verwirklichen kann. Daher enthalten alle Grundrechte eine Sozialpflichtigkeit« (S. 42 – unter Hinweis auf die nc-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts). Mit dem Argument der Sozialpflichtigkeit begründet R., daß die Grundrechte der Antragsteller als Betreiber von AKWen »selbstverständlich nicht das Recht zur Antastung der Menschenwürde, zur Verletzung der körperlichen Unversehrtheit oder gar zur Vernichtung oder auch nur zur Gefährdung menschlichen Lebens beinhalten« (S. 42).

Art. 1 I GG beinhalte das Grundrecht auf Freiheit von Angst, von dem Gefühl, sich selbst als bloßes Objekt anderer zu erfahren. Die Inbetriebnahme von AKWen könne zu einem derartigen realen Angstgefühl führen, wenn die davon ausgehenden Gefahren nicht kontrollierbar und beherrschbar seien. Nach R. hat der Einzelne ein Recht auf staatliches Tätigwerden, wenn die Menschenwürde angetastet wird. Ob das der Fall ist, ergibt sich erst »auf Grund einer Abwägung der konkreten Bedeutung dieses Grundrechts mit den ebenfalls betroffenen, verfassungsrechtlich anerkannten Interessen der Allgemeinheit« unter Berücksichtigung aller Umstände (S. 47). Zwar gebe es auch Angriffe auf die Menschenwürde, die überhaupt nicht gerechtfertigt sein könnten, doch liege eine derartige Bedrohung (z. B. physische Vernichtung des Einzelnen) nicht generell in der friedlichen Nutzung der Atomenergie.

Ein grundrechtlicher Anspruch auf menschenwürdiges Leben ergebe sich aus der Einwirkung von Art. 1 I GG auf Art. 2 II GG. Dazu gehöre ein Mindestmaß an immateriellen Umweltverhältnissen. Nur wenn der

<sup>1</sup> BVerfG NJW 1980, 759 (759 ff.).

Mensch in seinem natürlichen Interaktionsprozeß mit seiner Umwelt nicht gestört werde, bleibe er befähigt, in Würde zu leben. Das Grundrecht beinhalte zwar keine einklagbaren Ansprüche auf bestimmte Umweltschutzmaßnahmen, sei aber als verfassungsrechtliche Wertentscheidung bei der Konkretisierung einfachgesetzlicher Normen zu beachten.

Das dritte einschlägige Grundrecht sei Art. 2 II GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit). Wenn man dieses Grundrecht aber nur als staatsgerichtetes Abwehrrecht verstehe, so R., könne man die Gefahren der Strahlenbelastung, die ja nicht vom Staat, sondern von Privaten ausgingen, nicht als Folge grundrechtsbeschränkender Staatstätigkeit und damit auch etwaige Schäden nicht als Grundrechtsverletzung ansehen. Unter Aufgabe des rein negatorischen Grundrechtsverständnisses von Art. 2 II GG will R. deshalb »mit Hilfe des Sozialstaatspostulats das Grundrecht aus Art. 2 II GG auch einer sozialstaatlichen Interpretation« öffnen. Danach ist der Staat auf Grund der aus Art. 2 II GG folgenden Schutzpflicht zum Vorgehen gegen Dritte verpflichtet. Ob dieser Schutzpflicht des Staates ein subjektives öffentliches Recht des Bürgers gegenüberstehe, sei nicht zu prüfen, da es bei der Genehmigung von AKWen nur um etwaige Schutzpflichten des Staates gehe. Wer die Untersagung der Errichtung eines AKWes anstrebe, wehre nicht einen staatlichen Eingriff in seine Freiheits-sphäre ab, sondern fordere eine staatliche Leistung in der Form des hoheitlichen Eingreifens gegen Dritte. Auf Grund dieser Interpretation von Art. 2 II GG ist »die bei ungestörtem Betrieb eines Kernkraftwerkes unvermeidliche Freisetzung von Radionukliden und die von ihnen ausgehende permanente Bestrahlung des menschlichen Körpers mit (sic) niedrigen Dosen« ein Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit. Mit der Rechtsprechung (OVG Münster, VGH Mannheim, VG Freiburg) geht der Autor davon aus, daß auch niedrige Strahledosen die Gesundheit der Menschen gefährden.<sup>2</sup> In das Grundrecht aus Art. 2 II GG dürfe entsprechend dem Gesetzesvorbehalt des Art. 2 II 3 GG nur unter Beachtung der

Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG eingegriffen werden, was entsprechend der in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips erfordere (S. 57).

Das Nadelöhr für die Wirksamkeit der Grundrechte ist nach allem die Konkretisierung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit. In Anlehnung an von Friedrich Müller entwickelte Begriffe greift R. für die Konkretisierung verfassungsrechtlicher Normen auf die »verhältnismäßige Begrenzung der beteiligten Normgehalte« zurück: Im Hinblick auf welches Ziel, um welchen Rechtsguts willen soll eine Einschränkung der beteiligten Grundrechte (Eigentum und Recht auf Leben und Gesundheit) hingenommen werden<sup>3</sup>. »Zur Bestimmung des Gewichts der abwägbaren Einzelgesichtspunkte kann aber nur von der Ebene der Verfassung ausgegangen werden« (S. 59). Damit man nicht bei einer pauschalen Abwägung stehen bleibe, seien, um die Verhältnismäßigkeit zwischen Anlaß und Auswirkungen zu bestimmen, alle einzelnen Umstände der konkreten Situation zu berücksichtigen. R. kommt nach sorgfältiger Untersuchung der einzelnen Gesichtspunkte zu folgendem Ergebnis: Ein Eingriff in die Grundrechte aus den Art. 1 I, 2 II GG könne nur in einem sehr geringen Maße gerechtfertigt werden. Der Schutz dieser Grundrechte gebiete, grundrechtsbeschränkende Maßnahmen weitgehend zu verhindern. § 7 II AtomG sei so auszulegen, daß die Grundrechte möglichst umfassend geschützt würden (S. 69).

Aus dieser Grundrechtsinterpretation zieht R. im dritten Teil der Arbeit für in der Rechtsprechung umstrittene Fragen Konsequenzen: (1) Für die Auslegung des Rechtsbegriffs »Stand von Wissenschaft und Technik«: Es ist immer von dem größten Maß an Gefährlichkeit einzelner Bedrohungen und von den weitestgehenden Sicherheitsanforderungen auszugehen, auch wenn dies nur von wenigen Wissenschaftlern vertreten wird<sup>4</sup>. (2) Für die Auslegung des Begriffes »erforderliche Vorsorge« ist eine eigene rechtliche Wertung notwendig; als Faktoren sind dabei unter anderen der *Wahrscheinlichkeitsgrad* einer Gefahr und das *Ausmaß* der Grundrechtsgefährdung

<sup>2</sup> Vgl. dazu allerdings nunmehr das Urteil des BVerwG vom 22. 12. 1980 – Städt-Urteil – (BVerwGE 61, 256) sowie die Anmerkungen von Bosselmann, Rechtsschutz? Nein, danke, KJ 1981, 402 (407 ff.) und Rengeling DVBl. 1981, 323.

<sup>3</sup> Die Sicherung der Energieversorgung ist »absolutes Gemeinschaftsgut« (BVerfGE 30, 292).

<sup>4</sup> Vgl. auch Obenhaus/Kuckuck, DVBl. 1980, 154 ff. (157).



zu berücksichtigen. (3) Für die Abgrenzung der im Atomrecht wesentlichen Begriffe »Gefahr«, »Risiko« und »Restrisiko« (letzteres muß nach der Rechtsprechung in Kauf genommen werden) stellt R. fest, daß zwar die Bevölkerung verfassungsrechtlich zulässig in einem bestimmten Bereich atomaren Gefahren ausgesetzt werden dürfe, die hohe Bedeutung der Grundrechte gegenüber dem öffentlichen Interesse aber dazu führe, daß ein Risiko – sofern nicht ein absoluter Gefährdungsausschluß erforderlich sei – nur dann zu ertragen sei, wenn geringe Schadenswahrscheinlichkeit und geringes (mögliches) Schadensausmaß zusammenträfen (S. 83 f.).<sup>5</sup>

Anhand der skizzierten Maßstäbe werden dann drei in der Rechtsprechung oft thematisierte Einzelgefahren untersucht: die Krebsgefahr bei geringer Strahlendosierung, die Gefahr eines Berstunfalls und die ungesicherte »Entsorgung«.

II. Der Autor betritt im Rahmen dieser Untersuchung rechtswissenschaftliches Neuland: Das Thema Grundrechte und Kernkraftwerke war bisher nicht Gegenstand einer Monographie.<sup>6</sup> R. geht grundsätzlich von den Methoden der Verfassungsinterpretation aus, die – exemplarisch – in Arbeiten von Friedrich Müller, Helmut Ridder und Konrad Hesse entwickelt wurden, einem methodenkritischen Ansatz also. Er versucht aber, sein Vorgehen und die damit erreichten Ergebnisse auch den Lesern verständlich zu machen, die mit diesen Diskussionen nicht vertraut sind. Aus diesem Grund werden manchmal Begriffe gebraucht (»Güterabwägung«, »Werte«), die zwar in der Praxis der Grundrechtsinterpretation des Bundesverfassungsgerichts lange Zeit eine bestimmte Funktion hatten; diese wird aber gerade in der »methodenkritischen« Literatur angezweifelt.<sup>7</sup> Dadurch verschwimmt die Position des Autors gegenüber diesen Fragen: Sollen derartige Begriffe nach der an ihnen geübten Kritik eine neue Bedeutung erhalten oder werden sie trotz der Kritik beibehalten? R. scheint diese Entscheidung umgangen zu haben; dabei war wohl das Motiv ausschlaggebend, in der Arbeit für die in der juristischen Praxis stehenden Leser Entscheidungshilfen zu geben. Diese Adressaten hätten vielleicht auf den ersten Blick eine ausführlichere Methodendiskussion als unfruchtbar angesehen oder – bei einem entschiedeneren Vorgehen – zugleich mit der von R. angewandten Methode die mit ihr erarbeiteten Ergebnisse abgelehnt; so mag die Überlegung gewesen sein. Mir erscheint fraglich, ob R. nicht dadurch seinen wissenschaftlichen Zielen schadet, daß er einen solchen Kompromiß schließt. Klarheit der rechtswissenschaftlichen Methodik und Überzeugungskraft der Ergebnisse sind nicht von einander zu trennen. Andererseits ist R. zuzustimmen, daß angesichts der Neuartigkeit der in der Arbeit behandelten Fragen nur ein behutsames Vorgehen als aussichtsreich erscheint.

Mißverständlich ist der Begriff der »Sozialpflichtigkeit aller Grundrechte« im Anschluß an die durchaus zutreffende Feststellung, daß Grundrechte keine unbegrenzten Freiräume gewähren, sondern durch ihren historischen Wuchs und in ihrer sozialen Funktion Garantien für Freiheiten in typischen Konfliktsituationen gegenüber Freiheitsgefährdungen darstellen (S. 42). Der Begriff »Sozialpflichtigkeit« enthält – als Grundrechtsschranke gebraucht – einen nahezu unbegrenzten Spielraum für Einschränkungen und ähnelt insofern der früheren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Art. 19 II GG. Danach gehörte es zum »Inbegriff aller Grundrechte, daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn dadurch die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden« (BVerwGE 1, 48 [52]; 2, 89 [93 f.] und 295 [300]). Diese Schrankenziehung wurde in Theorie und Praxis heftig kritisiert und abgelehnt, weil sie »mehr oder minder frei und willkürlich«<sup>8</sup> sei.<sup>9</sup> Der Begriff der Sozialpflichtigkeit ist – angesichts des Fehlens einer allgemein akzeptierten Grundrechtstheorie – nicht systematisch genau bestimmt und daher mit beliebigen Interpretationen auffüllbar. Er stellt die von den einzelnen Grundrechten geschützten gesellschaftlichen und individuellen Rechtsgüter praktisch dem jeweiligen Normanwender zur Disposition und sollte daher aufgegeben werden.

<sup>5</sup> Vgl. dazu die informative Untersuchung von Bender, Gefahrenabwehr und Risikoversorge als Gegenstand nukleartechnischen Sicherheitsrechts, NJW 1979, 1425 ff.

<sup>6</sup> Siehe aber zur Diskussion um ein Grundrecht auf Umweltschutz M. Klöpfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, Berlin/New York 1978 m. w. N.

<sup>7</sup> Helmut Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz, Baden-Baden 1973; Friedrich Müller, Juristische Methodik, 2. Aufl. Berlin 1976.

<sup>8</sup> Dürig in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Rdnr. 70 zu Art. 2 I GG (sub 2 c).

<sup>9</sup> Bachof JZ 1957, 337; BVerfGE 7, 377 (411).

Auch wenn R. (in Übereinstimmung mit der in der Rechtsprechung vorherrschenden Auffassung) Art. 1 I GG – Menschenwürde – Grundrechtsqualität zubilligt, wäre es erfreulich gewesen, wenn er sich mit den wesentlichen Einwänden, die gegen die Qualität von Absatz I als subjektives öffentliches Recht in der Literatur erhoben werden<sup>10</sup>, auseinandergesetzt hätte, zumal die unterschiedlichen Interpretationen relativ unabhängig vom verfassungspolitischen Standort der jeweiligen Autoren sind<sup>11</sup>. Die Konstruktion des Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt (Art. 1 I GG i. V. m. Art. 2 II GG) weist Schwächen auf: Aus dem Zusammenspiel des Grundrechts auf Menschenwürde und auf Leben sowie körperliche Unversehrtheit entsteht ein Grundrecht, das aber nunmehr keine subjektiven Rechte gewähren soll, sondern nur als objektivrechtliche Wertentscheidung bei der Normkonkretisierung zu beachten sein soll. Welche Auswirkungen dieses Grundrecht nun im einzelnen hat, insbesondere, inwiefern sich sein Schutzbereich von dem der »Muttergrundrechte« unterscheidet, bleibt offen.

Für bedenklieh halte ich es, Art. 2 II GG einer »sozialstaatlichen Interpretation« zu öffnen. Zum einen ist fraglich, ob diese Interpretation für die Verwirklichung der Ziele, die R. verfolgt, erforderlich ist, zum anderen zweifle ich, ob diese Interpretation an der juristischen Methodik auszuweisen ist, die R. selbst vertritt. Erhellend ist ein Blick auf die möglichen Konsequenzen dieser »Öffnung«. Das hergebrachte Verständnis von Art. 2 II GG als negatives Statusrecht bzw. Abwehrrecht gegen Eingriffe des Staates ist in seiner vollen Wirkung als grundrechtlicher »Genehmigungsabwehranspruch« schon nach dem geltenden Recht im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren von den Behörden zu beachten. Ein (auch der baurechtlichen Nachbarklage zu Grunde liegender) Abwehranspruch ist gegeben, soweit ein staatlicher Eingriff in grundrechtlich geschützte Güter stattfindet. Das gilt auch für die Genehmigung

eines AKWes, wenn sie eine derartige Rechtsverletzung beinhaltet.<sup>12</sup> Wenn R. dagegen – über diese rechtliche Qualität des Grundrechts hinausgehend? – eine objektivrechtliche Schutzpflicht des Staates annimmt, der kein subjektiver Rechtsanspruch des Bürgers entspricht, so erscheint mir das nicht plausibel: Leistete das nicht schon die »klassische« Abwehrfunktion?

Aber auch wenn man die sozialstaatliche Interpretation anhand des kritischen Falles untersucht, auf den sie zugeschnitten sein könnte, auf den Fall nämlich, daß es kein atomrechtliches Genehmigungsverfahren gäbe, so sind die Ergebnisse dieser Konstruktion wohl nicht überzeugend. Die zu beantwortende Frage lautete dann: Welche staatlichen Schutzpflichten für das Leben des Einzelnen schränken die Erbauer und Betreiber von AKWen ein? Fürwahr, ein unübersehbares Schlachtfeld juristischer Literatur, das bei dieser Fragestellung vor unseren Augen erscheint: Rings um die beiden strategischen Punkte »Drittwirkung der Grundrechte« und »sozialstaatliche Leistungsgrundrechte« wogt seit mehr als einem Jahrzehnt die Auseinandersetzung. Betrachtet man dann das (bisherige) Ergebnis »Grundrecht als Teilhaberecht« (im nc-Urteil des Bundesverfassungsgerichts), so kann man wohl geneigt sein, die Kosten an rechtswissenschaftlicher Klarheit und Genauigkeit für höher zu halten als die durchaus ungewissen Gewinne<sup>13</sup>. Der Vorbehalt des Möglichen und Machbaren, der in der Regel einem derartigen Recht vorangestellt wird, entwertet eher die Substanz des jeweiligen Rechts, als daß es durch seine Aufwertung zum Teilhabegrundrecht gestärkt werden würde. Bei dieser Prozedur wird nämlich in der Regel das Verhältnis zwischen »objektivrechtlicher Ausstrahlung« und subjektivrechtlicher Wirkungskraft des Grundrechts zu Lasten der letzteren gewichtet.

Soweit R. das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bei der Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Normen (Art. 2 II, 14 I GG) berücksichtigt, indem er auf die verhältnismä-

10 v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Anm. III 2 zu Art. 1 GG; a. A. W. Krawietz in: Gedächtnisschrift für F. Klein, München 1977, S. 245 ff. m. w. N.

11 Z. B. innerhalb der verfassungsrechtlichen »Linken« dagegen: Abendroth, VVDStRL. Heft 8 (1950) S. 162; ders., Über den Zusammenhang von Grundrechtssystem und Demokratie in: Grundrechte als Fundamente der Demokratie (Hrsg. J. Perels), Frankfurt/M. 1979, S. 258 f.; dafür: R. Schmid, Unser aller Grundgesetz?, Frankfurt/M. 1971, S. 21 ff.

12 Vgl. R. Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, in: O. Bachof u. a. (Hrsg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978, S. 89 ff. (108 ff.); Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht Bd. III, München 1978 § 136 VI d 5.

13 Vgl. dazu Martens in: VVDStRL. Heft 30 (1972) S. 7 ff.; H. Ridder, Sehfahrt tut Not! in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff, München 1973, S. 323 ff.

ßige Begrenzung der beteiligten Normgehalte zurückgreift, ist ihm sowohl in der Methode als auch in der von ihm vorgenommenen Konkretisierung im einzelnen zuzustimmen. Die Fruchtbarkeit seiner Arbeit zeigt sich deutlich im dritten Teil. Mit sorgfältigen und argumentationsreichen Überlegungen werden die Vorschläge begründet und unter Berücksichtigung anderer Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur erläutert. Den Ergebnissen ist durchweg beizupflichten, und es ist zu hoffen, daß die auch für die Praxis erheblichen Einsichten, zu denen R. in seiner Arbeit kommt, beachtet werden und ihre Richtigkeit erweisen. Die Arbeit verweist darüber hinaus auf ungeklärte Fragen der Grundrechtsdogmatik (z. B. Konkretisierung des Normbereichs von Art. 2 II GG für die Rechtsgüter Leben und Gesundheit); dies zeigt, daß die Rechtswissenschaft noch viele Fragen zu beantworten hat, die sich aus der erst in den letzten Jahren stärker ins Bewußtsein gedungenen Lage unserer Umwelt und unserer Lebenssituation ergeben. Das gilt nicht nur für den Bereich des Atomrechts.<sup>14</sup> Alexander Roßnagels Untersuchung ist ein wesentlicher Schritt in diese Richtung.

Wolfgang Bock

Wolfgang Hoffmann-Riem, *Kommerzielles Fernsehen. Rundfunkfreiheit zwischen ökonomischer Nutzung und staatlicher Regungsverantwortung: Das Beispiel USA, Baden-Baden (Nomos Verlagsgesellschaft) 1981, 333 Seiten, DM 69,-*

1. Kommerzielles Fernsehen – Hoffnung auf eine optimale Verwirklichung der Rundfunkfreiheit jenseits von gesellschaftlicher Kontrolle und Parteienproporz oder das Damoklesschwert, das die Rundfunkfreiheit ökonomischen Prinzipien unterordnet, die notwendigerweise die Programme verflachen und damit zur Einengung der Rundfunkfreiheit führen? Diese Frage wird in der Bundes-

republik schon seit den 60er Jahren diskutiert<sup>1</sup>. Sie ist durch die Entwicklung der Medientechnologie aktuell und brisant geworden. Durch die Möglichkeit der Einrichtung von Kabelfernsehen mit Glasfaserkabeln und das Satellitenfernsehen, verbunden mit den handfesten Interessen der damit befaßten Industrie, ist die Diskussion in ein akutes Stadium der Entscheidungsfindung gelangt. Soll man die Konkurrenz von privaten mit den bestehenden Rundfunkanstalten als Heilmittel für die Schwächen des bestehenden Systems ansehen – gewissermaßen: Kommerz gegen Proporz – oder soll man innerhalb der vorhandenen Rundfunkanstalten Strukturverbesserungen in Richtung Dezentralisierung, Lokalisierung und Demokratisierung anstreben? Je nach Interesse werden rechtsdogmatische Begründungen ebenso wie die Ergebnisse der Wirkungsforschung zur Erhärtung der jeweiligen Position mobilisiert<sup>2</sup>.

In dieser Diskussion ist das Buch von Hoffmann-Riem über »Kommerzielles Fernsehen am Beispiel der USA« eine hilfreiche Quelle, um, wie er es selbst ausdrückt, »die Entscheidungs rationalität in der Bundesrepublik zu verbessern« (S. 19), d. h. den Informationsstand und das Problembewußtsein in der deutschen Diskussion zu erhöhen. Die Studie ist, wie im Vorwort vom Autor vermerkt wird, für den deutschen Leser geschrieben. Sein primäres Anliegen ist es deshalb, die Aspekte des amerikanischen Mediensystems herauszuarbeiten, die in der deutschen Diskussion von Bedeutung sind. Hoffmann-Riem verschafft aber auch einen guten Einblick in die amerikanische verfassungsrechtliche Diskussion zum Thema Rundfunkfreiheit und in die Medienpraxis. Er befaßt sich sowohl mit der Verdeutlichung des herrschenden Verständnisses der im 1. Amendment<sup>3</sup> zur amerikanischen Verfassung verankerten Kommunikationsfreiheit als auch der Darstellung der Grundstruktur des amerikanischen Fernsehsystems. Der Autor skizziert außerdem die Wirksamkeit des Instrumenta-

<sup>14</sup> Im Verfahrens- und Prozeßrecht kommt es darauf an, Rechtspositionen gegenüber auf mehr »Effizienz« zielenden Reformen zu verteidigen; dazu Geulen, Einschränkung des Rechtsschutzes gegen Atomanlagen, KJ 1978, 271; Winter, Bevölkerungsrisiko und subjektives öffentliches Recht im Atomrecht, NJW 1979, 393; Geulen, Die langsame Beseitigung des Rechtsschutzes im Umweltrecht, KJ 1980, 170; Bosselmann, Grundrechtsschutz und Reform des atomrechtlichen Genehmigungsverfahrens, KJ 1980, 389.

<sup>1</sup> Man denke z. B. an die verschiedenen Initiativen der Verleger oder das Saarländische Rundfunkgesetz von 1967.

<sup>2</sup> Siehe Ekkehard Klaus, Kann die Medienwirkungsforschung eine Einschränkung der Rundfunkfreiheit rechtfertigen? Unveröffentlichtes Manuskript, April 1981.

<sup>3</sup> »Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof, or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances«.

riums staatlich-öffentlicher Einflußnahme auf die Programmgestaltung in den USA.

Als Ziel seiner Untersuchungen bezeichnet Hoffmann-Riem, »... das Wechselspiel zwischen verfassungsrechtlicher Verbürgung der Kommunikationsfreiheit sowie der ökonomischen Grundstruktur und der Betätigung der Medien zu analysieren«. (S. 19) Besonders Augenmerk legt der Verfasser dabei auf die Einschätzung der Wirksamkeit einer staatlichen Steuerungsinstanz in einem Mediensystem, das überwiegend kommerziell betrieben wird. Er begründet dies nicht nur mit dem hier naheliegenden medienpolitischen Aspekt einer gemeinwohlorientierten Medienverantwortlichkeit, sondern auch mit einem weitergreifenden Forschungsinteresse, das sich mit dem Zusammenhang zwischen verfassungsrechtlich garantierter Meinungs- und Pressefreiheit, ökonomischer Ausgestaltung der Medienstruktur und den staatlichen Steuerungsinstrumenten befaßt.

2. Entsprechend dem in den USA herrschenden verfassungstheoretischen und verfassungsdogmatischen Verständnis wird Rundfunkfreiheit überwiegend als *Individualgrundrecht* konzipiert und damit als Rundfunk-*Veranstaltungsfreiheit* verstanden, und zwar als Individualgrundrecht des Rundfunk Eigentümers, der als Kommunikator eine bevorzugte Stellung gegenüber dem Rezipienten einnimmt. Daneben geht die in den USA herrschende Rechtsauffassung ebenso wie die Lehre und Rechtsprechung der Bundesrepublik dogmatisch von einer Gemeinwohlbindung aus. Dementsprechend wird in beiden Rechtskreisen eine staatliche Regelungsinstantz nach wie vor für selbstverständlich erachtet. Diese Aufgabe nimmt in den USA seit 1927 die FCC (Federal Communications Commission) wahr.

Hoffmann-Riem weist in seinen Ausführungen nach, daß trotz der staatlichen Regelungsinstantz sich die individualrechtliche Komponente durchsetzt, d. h. das Primat der Unternehmensfreiheit gegenüber der institutionellen Absicherung von Zugangs- und Kontrollrechten der Öffentlichkeit durchschlägt. Hier unterscheidet sich die amerikanische Tradition von der deutschen erheblich, in der ein institutionelles und individualrechtliches Grundrechtsverständnis konkurrieren. Trotz der technischen und ökonomischen Veränderungen, die in den letzten 20 Jahren stattgefunden haben, wird in erster Linie vom Bundesverfassungsgericht und über-

wiegend in der Literatur auch bei Einbeziehung privater Rundfunkveranstalter ein institutionell abgesicherter und tragender Rahmen für die Garantie der Rundfunkfreiheit als unerlässlich angesehen. Die sich dagegenstellende individualrechtliche Auffassung, wie sie u. a. Klein und Scholz vertreten<sup>4</sup>, wird von Hoffmann-Riem, der sich der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts<sup>5</sup> anschließt, kritisiert:

»Wer gleichwohl ein Verfassungsgebot einer kommerziellen Rundfunkstruktur nach dem GG bejaht, muß darüber hinaus die Hürde überspringen, daß die Rundfunkfreiheit in Art. 5 I 2 GG gesondert von der Meinungsfreiheit und regelungstechnisch anders als diese verankert worden ist. Art. 5 GG legt es nahe, die Rundfunkfreiheit als besondere Medienfreiheit zu deuten, für deren Realisierung der Staat (d. h. der Gesetzgeber) eine besondere »Gewährleistungspflicht« trägt. Auch diese Besonderheit überspringen deutsche Autoren, die die Rundfunkfreiheit als Unterfall der individuellen Meinungsfreiheit deuten, diese zum »Wert an sich« erklären, sie auf alle verfügbaren technischen Hilfen der Kommunikationsverbreitung erstrecken und gleichzeitig eine privatwirtschaftliche Basis der Nutzung der Technologien in den Schutzbereich dieser grundrechtlichen Freiheit einbeziehen. Diese vielen Hürden werden meist »umlaufen«: eingehende Begründungen werden nicht gegeben (S. 306 f.).<sup>6</sup>

4 Hans H. Klein, Die Rundfunkfreiheit, München 1980; Rupert Scholz, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung. Verfassungsprobleme um Tendschutz und innere Pressefreiheit, Berlin 1978.

5 BVerfGE 12, 205 ff.; 31, 314; Auch in der neuesten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, dem sog. FRAG-Urteil vom 16. 6. 1981 – 1 BvI 89/78, NJW 1981, 1774 – behält das Gericht die institutionelle Grundhaltung bei: 1. Leitsatz: »Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG fordert für die Veranstaltung privater Rundfunksendungen eine gesetzliche Regelung, in der Vorkehrungen zur Gewährleistung der Freiheit des Rundfunks zu treffen sind. Diese Notwendigkeit besteht auch dann, wenn die durch Knappheit der Sendefrequenzen und den hohen finanziellen Aufwand für die Veranstaltung von Rundfunksendungen bedingte Sondersituation des Rundfunks im Zuge der modernen Entwicklung entfällt.«

6 Neben dieser klaren Trennung zwischen individualrechtlicher und institutioneller Betrachtungsweise werden in der deutschen Rechtsdiskussion auch noch vermittelnde Positionen vertreten: Lerche z. B. erachtet auf der Grundlage der institutionellen Betrachtungsweise auch eine »außerplurale Rundfunkordnung« für zulässig, vertritt aber in diesem Fall die Auffassung, daß dem Gesetzgeber ein Ermessensspielraum bei der Ermittlung von Modalitäten einzuräumen ist (Peter Lerche, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland 1979, in: Martin Bullinger / Friedrich Kübler (Hrsg.), Rundfunkorganisation und Kommunikationsfreiheit, Baden-Baden 1980). Mit umgekehrten Vorzeichen argumentiert Bullinger, der zwar eher der individualrechtlichen Auffassung zuneigt,

Das ungelöste und strukturell unlösbare Problem der individualrechtlichen Betrachtungsweise bleibt, wie sich die ökonomischen Interessen der Medieneigentümer (auch i. S. des Art. 12 GG) mit Gemeinwohlinteressen, d. h. mit den Erfordernissen gesellschaftlicher Kontrolle verbinden lassen, ohne daß die ökonomischen Interessen des Medienkonzerns immer und zwangsläufig das Übergewicht bekommen, also Rechte von Einzelpersonen oder sozialen Gruppen – etwa auf Sendezeit oder Gegendarstellung – an der Verfügungsfreiheit und den Gewinninteressen scheitern.

Ungelöst ist bislang auch das Problem der institutionellen Betrachtungsweise, gesellschaftliche Kontrolle i. S. einer Gemeinwohlbindung effektiv und demokratisch umzusetzen, d. h. ohne einerseits in die Nähe der Staatskontrolle zu geraten oder andererseits die im politischen System unterrepräsentierten sozialen Gruppen auch im Medienbereich von jeglicher Einflußnahme auszuschließen.

Die bislang in der Bundesrepublik übliche institutionelle Sicherung der Rundfunkfreiheit durch einen Binnenpluralismus, der die inhaltliche »Ausgewogenheit« des Gesamtprogramms und Kontrolle durch gesellschaftlich relevante Gruppen gewährleisten soll, ist dem amerikanischen Rechtsdenken, wie Hoffmann-Riem aufzeigt, fremd. (S. 61)<sup>7</sup> In den USA wird jegliche gesellschaftliche Mitsprache durch die überragende Stellung des Privateigentums verhindert. Das bezieht sich ebenso auf eine weitere Sicherung der Rundfunkfreiheit mit Hilfe einer »inneren Rundfunkfreiheit«, d. h. Sicherung des autonomen Handelns der Journalisten und Redakteure, wie sie in der deutschen Diskussion durch die Redaktionsstatute im Ansatz zumindest vorhanden ist.<sup>8</sup> Derartige Gedanken sind im amerikanischen Rechtsverständnis kaum entwickelt worden. Im redaktionellen Binnen-

bereich ist die Situation in den USA vielmehr durch Hierarchisierung und Kommerzialisierung gekennzeichnet.

3. Die Folgeprobleme der im amerikanischen Rechtsverständnis herrschenden Dogmatik werden durch die Darstellung der amerikanischen Rundfunkstruktur und der Medienpraxis in ihrer Tragweite aufgezeigt. Formal besteht ein an sich scheinbar akzeptables Verhältnis zwischen kommerziellen und nicht kommerziellen (öffentlichen) Sendern: Im Herbst 1978 gab es 728 kommerzielle und 280 öffentliche Sender. Hoffmann-Riem weist jedoch nach, daß die kommerzielle Grundstruktur auch hier die Arithmetik überlagert. Die Anzahl der Sender und die regionalisierte und lokalisierte Sendestruktur in den USA konnten nicht verhindern, daß durch kommerzielle Zwänge, wie z. B. die geringe Reichweite der jeweiligen Sender und die kostenmäßige Ausstattung, die eigenständige Programmherstellung auf ein Minimum reduziert wurde und die meisten kleinen Rundfunkanstalten gezwungen sind, ihre Programme von den drei großen überregionalen Rundfunksendern (den »networks« ABC, NBC und CBS) zu beziehen. »Faktisch haben die networks gegenwärtig die überragende ökonomische und publizistische Macht im Fernsehen« (S. 73). Damit wird die durch die Anzahl der Rundfunkveranstalter (ca. 1000 Fernseh- und 8000 Hörfunksender!) suggerierte Programmvietelalt erheblich relativiert.

Die öffentlichen Sender bieten im Ergebnis auch keine Erweiterung der Medienvietelalt, da entweder die öffentlichen Programme nicht i. S. einer Programmvietelalt genutzt werden oder durch Mäzenatentum auch hier ökonomische Gesichtspunkte Vorrang haben. Dies bezieht sich nach Ansicht von Hoffmann-Riem auch auf die Bürgerkanäle. Das öffentliche Rundfunksystem hat in den USA die Funktion eines »Nischenfüllers« eingenommen, der am Rande der von überwiegend Kosten-Nutzen-Kalkülen geprägten Struktur vor sich hinkümmert.

Hier kann man trotz der strukturellen Unterschiede auch Parallelen zur deutschen Situation für den Fall der Einführung kommerzieller Fernsehsender neben den öffentlich-rechtlichen Anstalten ziehen. Sowohl die Gefahr, daß attraktive Sendungen in die kommerziellen Sender abwandern würden, wie z. B. Sportsendungen oder anspruchsvolle Unterhaltungs- und Informationssendungen,

aber dem Gesetzgeber das Recht zugesteht, das Monopol der öffentlichen Rundfunktreuhand stufenweise abzubauen (Martin Bullinger im Abschlußbericht der baden-württembergischen Expertenkommission Neue Medien, Entwurf, vervielf. Manuskript 1981, zit. in: E. Klaus, a. a. O.).

<sup>7</sup> In der jüngsten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts werden allerdings auch außenpluralistische Strukturelemente als Möglichkeit gedacht, bei der dann zwar keine inhaltliche »Ausgewogenheit« mehr besteht, aber sachgemäße, umfassende und wahrheitsgemäße Information und ein Mindestmaß an gegenseitiger Achtung sichergestellt sein muß.

<sup>8</sup> Wolfgang Hoffmann-Riem, Redaktionsstatute im Rundfunk, Baden-Baden 1972.

als auch das Abziehen von Werbung aus den öffentlich-rechtlichen Sendern könnten die finanzielle Situation der öffentlich-rechtlichen Anstalten so prekär gestalten, daß jedenfalls über Einschaltquoten eine Legitimationsgrundlage nicht mehr gegeben wäre. Auch auf das Argument, Konzentrationsprozesse seien aus Kostengründen zwingend geboten, und auf die erkennbaren Tendenzen bei den Medienkonzernen in der Bundesrepublik wird von Hoffmann-Riem verwiesen.

Knapp und im großen und ganzen informativ stellt der Verfasser die Medienpraxis in den USA dar, die im Grunde trotz der staatlichen Regelungsinstant dem »Teufelskreis«: Gewinnorientierung, Legitimation durch Einschaltquoten und Finanzierung aus Werbeeinnahmen (Das Schlagwort »free-TV« gegenüber dem »pay-TV« beim Kabel-Fernsehen bekommt auf diese Weise einen fast makabren Beigeschmack!) nicht entinnen kann.<sup>9</sup>

4. Im Vergleich zu den Ausführungen über Programminhalte fällt die sehr ausführliche Darstellung der Regelungsfunktionen des FCC unproportional ins Gewicht, insbesondere in Anbetracht der vom Autor eindrücklich festgestellten *tatsächlichen* Kontrollwirkung der FCC.

Wesentlichste Einflußmöglichkeit der FCC ist die *Lizenzvergabe*. Dieses Instrument hat sich jedoch als papierenes Schwert erwiesen, da Lizenzen stets erteilt und nie zurückgenommen werden, und zwar in Anbetracht der hohen Investitionen, die bereits gemacht wurden, der Gefährdung von Arbeitsplätzen und der Gefährdung der Rundfunkversorgung in dem jeweiligen Gebiet. Diese Praxis der FCC könnte analog bei einer Kommerzialisierung des Rundfunks in der Bundesrepublik gedacht werden. Auch hier dürfte es bei einmal zugelassenen privaten Sendern schwer sein, ökonomische Sachzwänge bei Beanstandungen der Programminhalte außer acht zu lassen. Hier fehlt jedoch ein entsprechender Hinweis des Autors.

Weiteres Standbein der Politik der FCC ist

die *Fairness-Doktrin*, die zum einen die Pflicht zur Behandlung kontroverser Angelegenheiten von ausgeprägter öffentlicher Bedeutung und zum zweiten die Schaffung der Gelegenheit für die Darstellung unterschiedlicher Auffassungen zum Gegenstand hat. Die vorwiegende Praxis der FCC, eine Politik der »raised eyebrows« im Rahmen der Fairness-Doktrin zu betreiben, ist sicherlich »besser als nichts«, aber auch Hoffmann-Riem gelangt zu dem Fazit: »Die Fairness-Doktrin wirkt am unproblematischsten, wenn sie freiwillig eingehalten wird. Fehlt es aber an Mechanismen zur freiwilligen Befolgung, so wird sie zu einem höchst unvollkommenen Instrument einer am Vielfaltsprinzip orientierten Rundfunktätigkeit.« (S. 204)

Auch der Grundsatz der FCC, *lokale Strukturelemente zu fördern*, hat in doppelter Hinsicht nicht gegriffen. Durch die Abhängigkeit der kleinen von den großen Anstalten ist die für die Konkurrenzsituation wichtige Medienvielfalt ein Trugbild. Ferner werden die drei dominierenden »networks« nur mittelbar über die lokalen Sender kontrolliert und damit in Kauf genommen, daß »die Waffe der Einzelsteuerung im Programmbereich auf Grund ihrer nur mittelbaren Wirkung abgestumpft worden ist«. (S. 75)

In bezug auf das Kabelfernsehen verfolgte die FCC in den Anfangsjahren eine Politik der Einschränkung der Kabelbetreiber zum Schutz der bestehenden Rundfunkanstalten. Durch den verstärkten Druck der Kabelindustrie und nach einer Reihe von Gerichtsentscheidungen wurde dieser Politik 1980 abgeschworen und auch für das Kabelfernsehen das Wettbewerbsmodell gepriesen. Dieser Trend hat sich seit der Übernahme der Regierung Reagan noch verstärkt. »Unregulation« ist der Hauptbegriff in der Kommunikationstheorie der Reagan-Ära. In der Praxis bedeutet das, daß Hörfunk und Kabelfernsehen gar keinen FCC-Regeln mehr unterliegen, nur das übrige Fernsehen muß sich noch der staatlichen Regelungsinstant »unterwerfen«. Die staatliche Steuerungsmöglichkeit i. S. einer Gemeinwohlbindung wird damit fast gänzlich dem Steuerungsinstrument des Marktes geopfert, stärker noch als dies bei Hoffmann-Riem, der sein Manuskript im Juni 1980 abgeschlossen hat, zum Ausdruck kommen konnte.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Siehe dazu Dietrich Schwarzkopf, Goldrausch mit langer Leitung, in »Die Zeit«, Nr. 37 vom 4. 9. 81, S. 14.

<sup>9</sup> Das Versagen der staatlichen Regelungsinstant läßt sich am Beispiel des vergeblichen Schutzes der Kinder vor den herkömmlichen kommerziellen Fernsehdarstellungen zeigen. Die vorgeschriebenen qualitativ guten Kindersendungen werden am Vormittag gezeigt, wo sich auch amerikanische Kinder in der Schule aufhalten. Der tägliche durchschnittliche Fernsehkonsum von ca. vier Stunden (!) liegt in den Nachmittag- und Abendstunden innerhalb der üblichen regulären kommerziellen Programmen.

# Herbert Jäger Verbrechen unter totalitärer Herrschaft

*Studien zur nationalsozialistischen  
Gewaltkriminalität  
suhrkamp taschenbuch wissenschaft 388.  
DM 18,-*

Jägers Untersuchung, die auf einer Auswertung von Ermittlungs- und Prozeßmaterial und einer gründlichen Analyse der umfangreichen zeitgeschichtlichen und soziologischen Literatur über die Epoche nationalsozialistischer Herrschaft beruht, konzentriert sich auf vier ethisch wie strafrechtlich besonders relevante Fragenkomplexe: Die Verschiedenartigkeit der individuellen Beteiligung am Massen- und Völkermord, das Problem des Befehlsnotstands, das Unrechtsbewußtsein der Täter und den Unterschied und Zusammenhang von Krieg und Genozid. Eine umfangreiche Kasuistik aus dem bisher nur verstreut zugänglichen Ermittlungsmaterial ergibt überraschende Belege. Das Buch ist ein kriminologischer Beitrag zur Analyse totalitärer Herrschaft, der über die nationalsozialistische Erscheinungsform hinaus auf die grundsätzliche Problematik von Politik und Verbrechen weist und die Untersuchungen der zeitgeschichtlichen Forschung ergänzt und weiterführt.

Die Neuauflage des erstmals 1967 erschienenen Buches wird mit aktuellen Überlegungen zur Kriminologie kollektiver Verbrechen beschlossen, die eine Verbindung zu neueren theoretischen Entwicklungen der Kriminologie herzustellen und Gemeinsamkeiten und Besonderheiten politischer Kollektivverbrechen aufzuzeigen versuchen. In einem Nachwort skizziert Adalbert Rückerl den heutigen Erkenntnisstand zu den in dem Buch behandelten Fragen aus der Sicht strafrechtlicher Ermittlungen.

**Suhrkamp  
Taschenbuch  
Verlag**

Zu Recht weist Hoffmann-Riem in seiner Einschätzung der FCC darauf hin, daß die FCC nur als Mittel zur Verstärkung eines Verhaltens dient, das ohnehin der Medienstruktur angemessen ist. (S. 219) Es ist ein Etikettenschwindel, wenn die FCC als Organ zur Gewährleistung der verfassungsrechtlich geforderten Gemeinwohlbindung gefeiert wird, da sie kompetenzmäßig und institutionell so angelegt ist, daß sie überwiegend für kommerzielle Ziele eingespannt werden kann. Im Grunde legitimiert die FCC privatrechtliches Fernsehen durch eine öffentliche Kontrolle, die nicht stattfindet.

5. Als Ergebnis seiner Untersuchungen versucht Hoffmann-Riem innerhalb der bestehenden Medienstruktur Rahmenveränderungen vorzuschlagen, die die negativen Seiten des amerikanischen Rundfunksystems ausschalten sollen und doch die notwendigen Reformen innerhalb unseres Mediensystem erbringen könnten.

Das »Böse« in der Rundfunklandschaft ist für Hoffmann-Riem die »Dominanz des Ökonomischen« (S. 310). Das Heil sieht er in einer weitgefächerten Auflistung struktureller Verbesserungen, die auch gegenseitig konkurrierend sein können und nach seiner Meinung geeignet seien, dieser wirtschaftlichen Übermacht einen Riegel vorzuschieben. Die verschiedenen Strukturelemente müßten seiner Meinung nach zu einem Balance-Modell gekoppelt werden. Konkret weist er dabei verschiedene Möglichkeiten auf:

- Durch redaktionelle Binnenautonomie könnte die Außenautonomie gegenüber dem Staat und anderen Machträgern ergänzt und abgesichert werden.
- Privatrechtliche Gestaltungselemente unter Zurückdrängung parteipolitischen oder staatlichen Einflusses könnten auch ohne privatwirtschaftlich-kommerzielle Basis eingesetzt werden.
- Die gewünschte Nutzung des Rundfunks für Werbezwecke ließe sich auch befriedigen, ohne Werbung zum dominierenden Programmfaktor werden zu lassen.
- Eine nicht gewinnorientierte Finanzierungsform ließe sich auch im Pay-TV einrichten, und durch ein in vorsichtiger Ausgestaltung vorgesehenes Pay-TV könnte die Reagibilität auf Benutzerwünsche verbessert werden.
- Professionelle Medienbetätigung und -verantwortung ließen sich mit Möglichkeiten authentischer Bürgerartikulation koppeln.

– Binnenpluralistischer Integrationsfunkt könnte durch Elemente des Koordinationsfunkt ergänzt werden (S. 309).

Aufschlußreich ist jedoch die übervorsichtige Ausdrucksweise, der sich Hoffmann-Riem in seinem Schlußplädoyer für eine Verbesserung der bestehenden Rundfunkstruktur bedient. Es ist m. E. wichtig, die von ihm aufgeführten Strukturelemente, die einer Verbesserung der Rundfunksituation dienlich sein dürften, aufzuführen; dennoch halte ich es für fragwürdig, derart problematische Gesichtspunkte unkommentiert in den Raum zu stellen. Z. B. wäre es wünschenswert gewesen, mehr darüber zu erfahren, wie ein nicht gewinnorientiertes Pay-TV denn aussehen soll, wer Träger ist, wie die Finanzierung abläuft etc. Auch wie privatrechtliche Gestaltungselemente unter Zurückdrängung parteipolitischen und staatlichen Einflusses konkret oder zumindest im Ansatz auszusehen hätten, wäre für die Argumentation hilfreich gewesen. In einer Fußnote weist er zumindest darauf hin, daß es schwierig sein dürfte, Werbung faktisch so auszugestalten, daß die Programmstruktur nicht beeinträchtigt wird, da dies notwendig zu Lasten der Wirksamkeit der Werbung gehen würde (S. 309, Fußnote 45).

Auch sein Vorschlag, durch redaktionelle Binnenautonomie die Außenautonomie gegenüber dem Staat und anderen Machträgern zu ergänzen und abzusichern, hätte präziser dargestellt werden müssen. Denn die bisherige Redaktionsstatutentradition von immerhin mehr als 10 Jahren hat nicht die erhofften Strukturverbesserungen nach sich gezogen. Hoffmann-Riem hat sich ja selbst hinlänglich mit dieser Problematik auseinandergesetzt<sup>11</sup> und dürfte sich wohl der Tatsache bewußt sein, daß die Anfang der 70er Jahre verabschiedeten Redaktionsstatute den stärker werdenden Druck der Parteien auf den Rundfunk – zu Lasten anderer politischer Organisationen – nicht zu verhindern vermochten. Man fragt sich auch, warum Hoffmann-Riem, soweit er sich mit der Situation in der Bundesrepublik befaßt, nicht prägnanter auf die Probleme der Parteiendominanz in den gesellschaftlichen Kontrollgremien eingegangen ist, die sich ja doch z. T. erheblich auf die Programminhalte und die Personalstruktur in den Rundfunkanstalten unter dem

Deckmantel der »Ausgewogenheit« ausgewirkt haben.

Das Buch ist eine sehr gute Zusammenschau der verfassungsrechtlichen, ökonomischen, politischen und auch praktischen Probleme zum Thema der Verwirklichung von Rundfunkfreiheit und damit auch eine sehr wertvolle Bereicherung der deutschen Diskussion zu diesem Thema. Hoffmann-Riem wird auch seinem Ziel, den Zusammenhang zwischen ökonomischer Struktur, verfassungsrechtlichen Prämissen und staatlichem Steuerungsinstrumentarium in der amerikanischen Situation zu schildern, durchaus gerecht.

Ein Unbehagen stellt sich jedoch bei seinem vorgeschlagenen Lösungsansatz für die bundesdeutsche Medienstruktur ein. In seiner Grundrechtsinterpretation schließt sich Hoffmann-Riem dem Bundesverfassungsgericht an: Der Staat trägt Regelungsverantwortung für die Sicherung der Rundfunkfreiheit, um zu gewährleisten, daß »die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglichster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet und daß auf die Weise umfassende Information geboten wird.«<sup>12</sup> Diese dem Grundgesetz zu entnehmenden Gestaltungsprinzipien werden jedoch zur Leerformel, wenn man die hier angesprochene Meinungspluralität durch das Gebot »Ausgewogenheit«, wie sie in den bestehenden Rundfunkanstalten vorherrscht, ersetzt. Solange die bestehenden Strukturen auch nicht organisatorisch grundlegend verändert werden, können Zusätze in der Art, wie sie Hoffmann-Riem ansatzweise vorschlägt, wieder nur Symptome kurieren.

Hannemor Keidel

*Ines Reich-Hilweg, Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Gleichbegründungsgrundsatz in der parlamentarischen Auseinandersetzung und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt/M. 1979, 160 Seiten, DM 28,-*

Mit der Analyse der Entstehungsgeschichte des Art. 3 II GG und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts leistet Ines Reich-

<sup>11</sup> Siehe Fußnote 8.

<sup>12</sup> FRAG-Urteil, a. a. O., C. II. 1. a.



Hilweg einen wichtigen Beitrag zu der gegenwärtigen Auseinandersetzung um den richtigen Weg zur Verwirklichung der faktischen Gleichstellung der Frau. Umstritten ist nämlich, ob ein Tätigwerden des Gesetzgebers – etwa in Form eines Antidiskriminierungsgesetzes – zu fordern ist oder ob die Gleichstellung bereits durch eine offensive Auslegung der vorhandenen Rechtsnormen erreicht werden kann.

Die Verfasserin tritt im Sinne der letztgenannten Alternative dafür ein, der normativen Aussage der Verfassung über die heutige Praxis hinaus Geltung zu verschaffen. Sie ermittelt den normativen Gehalt des Gleichberechtigungsartikels im ersten Teil ihrer Arbeit anhand seiner Entstehungsgeschichte. In der ersten Lesung im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates stellten die Sozialdemokraten den Antrag, den Satz »Männer und Frauen sind gleichberechtigt« in das Grundgesetz aufzunehmen. Er scheiterte jedoch zunächst, worauf es zu außerparlamentarischen Aktionen zahlreicher Frauenverbände kam. Unter diesem Druck ist in der zweiten Lesung die Fassung des heutigen Art. 3 II GG entstanden. Mit ihm wollten die Mütter und Väter des Bonner Grundgesetzes über die Gewährung nur gleicher staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten, wie sie noch die Weimarer Verfassung von 1919 vorgesehen hatte, hinausgehen. Im Parlamentarischen Rat bestand weiterhin allgemeiner Konsens darüber, daß der Satz von der Gleichberechtigung von Mann und Frau neben der rechtlichen Gleichstellung auch beinhaltet, daß gleicher Lohn für gleiche Arbeit gezahlt wird. Das Neue der Bonner Verfassung, so die Autorin, lag daher in der nicht limitierten Erweiterung der Geltungskraft des Gleichberechtigungsgrundsatzes. Er sollte sich auf alle Bereiche erstrecken, in denen Gleichheit nicht besteht und fordere einen normativen Ausgleich.

Weder der einfache Gesetzgeber noch das Bundesverfassungsgericht haben nach Reich-Hilweg jedoch die verfassungsrechtliche Geltungskraft in dem Sinne realisiert, wie es der Parlamentarische Rat intendiert hat. Anhand der Entstehungsgeschichte des Gleichberechtigungsartikels von 1957 versucht die Autorin nachzuweisen, daß der Gesetzgeber das »globale Verfassungsgebot« allenfalls im Bereich des Ehe- und Familienrechts verwirklichte, den wirtschaftlichen Sektor jedoch vollkommen vernachlässigte. Auch das

Bundesverfassungsgericht hätte bei unverkürzter Anwendung der historischen Auslegungsmethode bereits im Jahre 1953 im Zusammenhang mit seiner ersten Entscheidung zu Art. 3 II GG<sup>1</sup> deutlich machen können, daß sich diese Norm auch auf den ökonomischen Bereich erstreckt; es hätte den Gleichberechtigungsgrundsatz umfassend konkretisieren können.

Ihre These, daß das Gericht demgegenüber dazu tendiert, den normativen Gehalt des Art. 3 II GG zu entkräften, entwickelt Reich-Hilweg im zweiten Teil der Untersuchung. Sie diskutiert zunächst die sog. »Grundsatzformel« des BVerfG, wonach eine verschiedene Behandlung von Mann und Frau dann erlaubt ist, wenn der sich aus dem Geschlecht ergebende biologische und funktionale Unterschied das zu regelnde Lebensverhältnis so entscheidend prägt, daß gemeinsame Elemente überhaupt nicht zu erkennen sind oder zumindest vollkommen zurücktreten.<sup>2</sup> Durch die Anerkennung funktionaler Unterschiede als erlaubter Differenzierungskriterien bestehe aber die Gefahr, so Reich-Hilweg, daß die soziale Realität zuungunsten der Frau festgeschrieben wird. Denn außer dem unterschiedlichen geschlechtlichen Faktum der Schwangerschaft und des Gebärens bzw. Zeugens seien die Geschlechtsdifferenzierungen soziokulturell bedingt und keine objektiven Größen.

Weiter untersucht die Autorin die Behandlung des Verhältnisses von Art. 3 II GG und Art. 6 I GG. Indem das Bundesverfassungsgericht beide Normen für prinzipiell vereinbar erkläre, verkenne es den Widerspruch zwischen der Tätigkeit der Frau als Hausfrau und Mutter und ihrem individuellen Interesse an Erwerbstätigkeit. Die Überhöhung des Art. 6 I GG zu einer Institutsgarantie führe darüber hinaus zu einer schleichenden Reduzierung des aus Art. 3 II GG folgenden Rechts auf gleichberechtigte Arbeit.

Die Unterbewertung der weiblichen Erwerbstätigkeit einerseits und die Betonung der Hausfrauenrolle durch das BVerfG andererseits kritisiert Reich-Hilweg auch, wenn sie sich mit der in seiner Entscheidung zur Witwerrente<sup>3</sup> positiv sanktionierten Methode der Typisierung von Lebensumständen durch

<sup>1</sup> BVerfGE 3, 225 ff.

<sup>2</sup> BVerfGE 15, 337, 343 m. w. N.

<sup>3</sup> BVerfGE 17, 1 ff.

den Gesetzgeber auseinandersetzt. Diese beinhaltet, daß an bestimmte typische Lebensumstände von Mann und Frau unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden. Als typischer Lebensumstand der Frau wird ihr Hausfrauendasein und ihre Abhängigkeit von den Unterhaltsleistungen des Ehemannes angenommen mit der Konsequenz, daß die Frau dem Mann nur unter erschwerten Voraussetzungen eine Rente sichern kann. Ergebnis der Typisierung sei eine Diskriminierung der erwerbstätigen Frau, da für sie die Folgen aus ihrer Erwerbstätigkeit in der Regel beschnitten seien und so die normative Direktive des Art. 3 II GG mißachtet würde. Inkonsequent sei weiter – so Reich-Hilweg – daß das Bundesverfassungsgericht demgegenüber die Beamtin hinsichtlich der Hinterbliebenenversorgung dem Beamten gleichstelle, sei doch der Beamtenhaushalt vom Angestellten- und Arbeiterhaushalt nicht zu unterscheiden. Abgerundet wird die Untersuchung durch eine Analyse der Verhaltensstereotypen, die das BVerfG der Frau zuschreibt. Seine Feststellungen zu der Möglichkeit der gleichberechtigten Teilnahme der Frau am Erwerbsleben widersprechen den Stereotypen, die das Gericht über das Geschlechtswesen der Frau verbreite. Merkmale wie »hinnehmend«, »zur Hingabe bereit« etc., die das BVerfG der Frau in seiner Entscheidung zur Strafbarkeit der männlichen Homosexualität zuschreibt<sup>4</sup>, schließen die Verhaltensmuster der Passivität und Abhängigkeit ein. Sie sind nicht vereinbar mit denjenigen, die im Erwerbsleben gefordert werden: Aktivität, Durchsetzungsvermögen etc. Ein ähnlicher Widerspruch in den sozialen Ordnungsvorstellungen des Gerichts zeige sich, wenn einerseits das Bild einer in der Verantwortung stehenden und bewußt ihre Pflichten erfüllenden Frau geprägt werde, andererseits in der Entscheidung zur Fristenlösung<sup>5</sup> der Frau jegliches Verantwortungsgefühl abgesprochen werde. Der Verfasserin ist in der Analyse des Frauenbildes des BVerfG voll zuzustimmen; die eigenständige Persönlichkeit der Frau degeneriert in der Tat bis zur Unkenntlichkeit, wenn das Gericht Strafvorschriften fordert, die – wie es die Verfassungsrichterin Rupp-v. Brünneck in ihrem Sondervotum formulierte – die Frau zwingen, nicht nur die mit dem Austragen der Leibesfrucht verbundenen

tiefgreifenden Veränderungen ihrer Gesundheit und ihres Wohlbefindens zu dulden, sondern auch Eingriffe in ihre Lebensgestaltung hinzunehmen.<sup>6</sup> Zutreffend beurteilt Reich-Hilweg auch die Entscheidungen des BVerfG zu den funktionalen Unterschieden von Mann und Frau und der Methode der Typisierung von Lebensumständen. Sie wirken rollenstabilisierend und sind geeignet, eine umfassende Gleichstellung zu verhindern. Einige nicht unwesentliche Feststellungen der Arbeit scheinen jedoch weniger überzeugend. Zum einen ist die Aufwertung der historischen Auslegungsmethode bedenklich. Sie kann zwar in Einzelfällen politisch erwünschte Ergebnisse produzieren, häufig ist sie jedoch gar nicht aussagekräftig und birgt zudem die Gefahr in sich, bei einzelnen Verfassungsnormen einen überholten Sinn festzuschreiben. Zum anderen führt sie in bezug auf Art. 3 II GG auch nur zum Teil zu dem von Reich-Hilweg dargestellten Ergebnis. Gemeint war mit Art. 3 II GG die rechtliche Gleichstellung und die Lohnungleichheit. Daß die Verfassungsgeber darüber hinaus ein aktives Tätigwerden des Gesetzgebers zur Beseitigung faktischer Ungleichheiten erreichen wollten, kann aus der Entstehungsgeschichte nicht geschlossen werden. Daß der Grundsatz der Lohnungleichheit im Jahre 1957 nicht in das Gleichberechtigungsgesetz aufgenommen wurde, ist insofern verständlich, als das Bundesarbeitsgericht diesen bereits in seiner Grundsatzentscheidung vom 15. 1. 1955<sup>7</sup> bindend festgestellt hatte.

Nicht gerechtfertigt ist m. E. auch die Kritik an der Rechtsprechung zu dem Verhältnis von Art. 3 II GG und Art. 6 I GG. Das BVerfG normiert weder ausdrücklich noch stillschweigend Pflichten der Frau dergestalt, die Erwerbstätigkeit zugunsten der Hausfrauentätigkeit aufzugeben oder gar nicht erst erwerbstätig zu werden. Dies ist auch nicht aus der Anerkennung des Art. 6 I GG als Institutsgarantie zu schließen. Vielmehr hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der steuerlichen Zusammenveranlagung von Ehegatten mehrfach betont, die mit § 26 EStG beabsichtigte Zurückführung der Frau ins Haus, der sog. »Edukatationseffekt«, sei verfassungswidrig: »Die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Frau von vornherein als ehezerstörend zu werten, wi-

<sup>4</sup> BVerfGE 6, 389 ff.

<sup>5</sup> BVerfGE 39, 1 ff.

<sup>6</sup> BVerfGE 39, 1, 79.

<sup>7</sup> BAGE 1, 258 ff.

derspricht nicht nur dem Grundsatz, sondern auch dem Wortlaut des Art. 3 II GG.<sup>8</sup> Der in der sozialen Realität bestehende Rollenkonflikt führt m. E. nicht notwendigerweise zu einer partiellen Unvereinbarkeit von Art. 3 II GG und Art. 6 I GG, denn aus Art. 6 I GG folgt keine bestimmte Pflichtenkonstellation zwischen den Ehepartnern.

Problematisch scheint mir vor allem die Kritik der Verfasserin, das BVerfG hätte Art. 3 II GG umfassend konkretisieren müssen. Sie begünstigt damit eine Tendenz, die gegenwärtig eher am BVerfG kritisiert wird, nämlich den Gehalt einer Norm zu bestimmen, ohne im konkreten Fall dazu aufgerufen zu sein, und damit Aufgaben wahrzunehmen, die nach demokratischem Verfassungsverständnis in erster Linie dem Gesetzgeber obliegen.

Schließlich hätte die Erkenntnis der inneren Widersprüchlichkeit des Frauenbildes des BVerfG die Verfasserin auch zu der Konsequenz führen müssen, daß das Gericht gar

nicht als progressiver Ersatzgesetzgeber hätte funktionieren können, spiegelt sich doch in den Köpfen der Richter nur die herrschende Vorstellung vom Wesen der Frau wider.

Nützlich ist die Arbeit aber deswegen, weil sie die seit langem ausstehende Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BVerfG liefert und insofern einen umfassenden Einblick vermittelt. Ihre Forderungen, insbesondere der beachtenswerte Vorschlag, Art. 6 IV GG als Norm des Ausgleichs zwischen den Interessen der Frau an gleichberechtigter Erwerbstätigkeit und ihrer Mutterschaft heranzuziehen, sollten sich unter diesen Umständen an den Gesetzgeber richten. Ob neue Gleichstellungsvorschriften erlassen werden und welchen Grad an Wirksamkeit sie haben, wird – wie bei der Aufnahme des Gleichberechtigungsartikels in das Grundgesetz – davon abhängen, welchen Druck die betroffenen gesellschaftlichen Gruppen ausüben können und wollen.

*Kristina Garbe-Emden*

<sup>8</sup> BVerfGE 6, 55, 82.