

# Buchbesprechungen

*Ekkehard Reitter: Franz Gürtner, Politische Biographie eines deutschen Juristen 1881–1941. (Beiträge zu einer historischen Strukturanalyse Bayerns im Industriezeitalter 13), Verlag Duncker & Humblot Berlin 1976, 238 S., DM 66,-*

Um das Ergebnis des Studiums dieses Buches vorwegzunehmen: Es ist ein ausgezeichnetes Werk und weit mehr als eine politische Biographie Franz Gürtners, des deutschen Juristen, der von 1922 bis 1932 bayerischer Justizminister war, und von da ab, bis zu seinem Tode im Januar 1941, Reichsjustizminister. Das Buch, geradezu spannend geschrieben, ist eine instruktive Justizgeschichte Bayerns während der Weimarer Zeit und darüber hinaus des Hitler-Regimes bis zum Beginn der völligen Zerstörung einer Justiz, die mit Recht nichts mehr zu tun hatte. Dieses riesige Thema auf 238 Seiten sachgemäß zu behandeln, ist eine literarische Leistung, besonders, wenn man bedenkt, daß fast zwanzig Seiten einem sehr sorgfältigen wissenschaftlichen Apparat und dem Personenregister dienen. Es ist ein »Muß« für die Bibliotheken eines jeden deutschen Gerichts, der juristischen und politischen Seminare und ein Diskussionsobjekt für den Unterricht in Justizgeschichte, die bisher sträflich vernachlässigt wurde.

Reitter, ein junger Zeitgeschichtler, stellt an den Anfang der Schrift die These Gürtners (vom 26. April 1940): »Gesetze werden nicht einfach von der Obrigkeit befohlen, sondern erwachsen – wie jedes Recht – aus dem Empfinden des Volkes und den Bedürfnissen der Zeit; der Gesetzgeber erfindet nicht das Recht, sondern verkündet es. In diesem Sinne ist auch Gesetzgebung angewandte Weltanschauung.«

Unter diesem Motto lenkte der 1881 in Regensburg geborene Sohn eines bayerischen Lokomotivführers, »Mit Gott für König und

Vaterland« erzogen, Major des ersten Weltkrieges, und trotz seines Herkommens super-deutschnational, die Justiz in das Unheil. Der Verfasser beweist, daß Gürtner kein Nationalsozialist im eigentlichen Sinne war, obwohl er das Goldene Parteiabzeichen von Hitler erhalten hatte. Aber für die Justiz war dies – wie aus dem Werk hervorgeht – viel katastrophaler. Hitler, ganz gewiß häufig ein ausgezeichnete Personalchef, konnte gerade einem Juristen von Gürtners politischer Prägung eine Tarnungsaufgabe überlassen, um die Justiz auf seine Linie einschwenken zu lassen. Aus zahlreichen Beispielen in diesem Buche geht hervor, daß Gürtners »Widerstand« gegen nationalsozialistisches Eingreifen sich nicht gegen die eigentlichen NS-Verbrechen richtete, sondern gegen die unjuristische Form ihrer Ausführung. Sie waren oft nicht »legal« genug getarnt! Nicht die Einrichtung von Konzentrationslagern wurde beanstandet, sondern die von »illegalen« – das heißt wilden – Konzentrationslagern. Nicht der manipulierte Reichstagsbrandprozeß wurde von Gürtner beanstandet, obwohl völlig Unbeteiligte angeklagt wurden und Göring und Goebbels Meineide leisteten, sondern die Anwendung der Todesstrafe für Brandstiftung, die es vorher nicht gab. Mit am tiefsten fiel Gürtner, als er die Ermordungen vom 30. Juni 1934, u. a. seines eigenen früheren Reichskanzlers von Schleicher und dessen Ehefrau, »legalisierte«. Gürtner fühlte sich im Jahre 1939–1940 übergangen, als die Massentötungen von angeblich unheilbar Kranken und Unerwünschten – fälschlich als Euthanasie bezeichnet – nicht durch das Justizministerium auf »legalem« Wege prozediert wurden, sondern aus Hitlers eigener Kanzlei heraus durch Maßnahmen von Philipp Bouhler. Die Verbrechen hätten wohl innerhalb seines Justizempires geschehen sollen, von dem er ungern etwas an Himmlers

Empire oder an andere abgeben wollte. Aber es störte Gürtner nicht in seinem »Rechtsbewußtsein«, daß die Generalstaatsanwälte keine Verfahren wegen der rechtswidrigen Tötungen auf Anzeigen von Angehörigen der Opfer durchführen sollten! (Siehe auch meinen Beitrag in dem Band »Richterbriefe«, Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung 1942–1944, herausgegeben von H. Boberach, Köln 1975).

Reitter ist der Ansicht, daß Gürtner ein Machiavellist war, ein Anhänger einer nationalen Ordnungsideologie, beschränkt in seinen Ansichten über die Zähmbarkeit des Nationalsozialismus. Dieser These kann ich jedoch nicht folgen. Die Taten sprechen dagegen. Gürtner hatte im Justizministerium noch mehr Gelegenheit zu sehen, daß nationalsozialistische Justiz eine Blutjustiz war, als die schon frühzeitig ausgeschiedenen Minister Hugenberg, Schmid und Eltz von Rübenach. Aber trotz mancherlei Einwände war Gürtner ein konsequenter Anhänger der Hitler-Politik. Er hatte sein Wohlwollen gegenüber dem Führer aus der Zeit seiner Ministertätigkeit in Bayern nach Berlin mitgebracht und dies auch als Reichsjustizminister in den Kabinetten von Papen und Schleicher bewiesen, als er das drohende Hitler-Unheil förderte, indem er es weder auf dem Verordnungswege noch durch die Oberreichsanwaltschaft bekämpfen ließ. Spätestens seit 1923 hätte er, wäre er nicht ein Ultra-Konservativer gewesen, die Gefahren für das deutsche Volk und die Welt erkennen können. Als Gürtner in das Kabinett Papen von München nach Berlin berufen wurde, war er als Totengräber der Weimarer Republik seit Jahren profiliert. Diese Arbeit wollte und sollte er als Reichsjustizminister fortsetzen, wenn auch noch nicht mit Hitlers terroristischen Methoden, sondern »legal«. Der Verfasser des Buches zeigt aufgrund der Tätigkeit Gürtners in Bayern, warum dieser für seine Arbeit in Berlin prädestiniert war, und scheut sich nicht, dies klar auszusprechen; (daß die Arbeit in München in Verbindung mit der Universität entstand, ist bemerkens- und dankenswert). Es heißt dort über die Ministertätigkeit von 1922 bis 1924:

»... Es läßt sich, bezogen auf das politische Stellungsspiel der Justizverwaltung, wohl von einem »System Gürtner« sprechen. Gürtner hatte als Mitglied der Bayerischen Mittelpartei einen politischen Auftrag zu erfüllen, der dahingehend lautete, Weimar zu

überwinden, sich aber dabei an die Spielregeln des Parlamentarismus zu halten. Sein System bestand also darin, einerseits den Schein der Verfassungslegalität zu wahren, andererseits aber tatkräftig die Bestrebungen für eine illegale Verfassungsänderung zu unterstützen. Gemäß seiner Taktik versuchte er die Unabhängigkeit der Gerichte zu suggerieren, um diese um so besser politisch einsetzen zu können. Die Urteile gegen Fechenbach und Genossen auf der einen und die gegen Hitler und Genossen auf der anderen Seite geben davon Zeugnis. Es entsprach seiner konservativen, nicht revolutionären Art, sich um einen Ausgleich mit dem Reich zu bemühen, um sein Profil als parlamentarisch verantwortlicher Minister unter Beweis zu stellen, aber auch eine Verordnung einzubringen, die zum Trugschluß verleitete, die demokratische Ordnung solle damit gestärkt werden, wohingegen sie in Wirklichkeit doch nur dazu beitragen sollte, antidemokratischen Strömungen Schützenhilfe zu leisten.«

Immerhin: Über 18 Jahre Justizminister! Gürtner genoß bis zu seinem Tode im Januar 1941 Hitlers Wohlwollen, selbst wenn beide nicht in allem politisch übereinstimmten. (Der Verfasser glaubt nicht an das Gerücht, Hitler habe Gürtner ermorden lassen.) Felix Fechenbach, der Pazifist, Sozialdemokrat und Jude, den Gürtner einst nach einem skandalösen Strafverfahren noch im bayerischen Landtag erniedrigt hatte, wurde bald nach Hitlers Machtantritt im Sommer 1933 von den Nationalsozialisten ermordet. Ein Jahr später, im Sommer 1934, wurden Gürtners ehemalige Regierungschefs Gustav von Kahr und Kurt von Schleicher Opfer des neuen Regimes, während Gürtner an der »Legalisierung« ihrer Ermordung mitwirkte. Ein Jahr später, nach den schändlichen Nürnberger Gesetzen von 1935, sah Gürtners Justizministerium niemals einen Anlaß, »Rassenschänder« zur Begnadigung vorzuschlagen. Die meisten kamen elendiglich in der Haft oder anschließend in Konzentrationslagern um. Die Verurteilungen waren »legal« gewesen. – Doch Gürtner war ein ehrenwerter Mann.

*Robert M. W. Kempner*

Bradley F. Smith, *Der Jahrhundertprozeß*, S. Fischer Verlag Frankfurt 1977, 379 S., DM 34.-.

Werner Maser, *Nürnberg. Tribunal der Sieger*, Econ-Verlag, Düsseldorf-Wien 1977, 516 S., DM 38.-.

Ohne daß der Kalender es nahelegte, sind gleichzeitig zwei wichtige und dicke Bücher über den Nürnberger Prozeß von 1945/46 erschienen; zwei sehr verschiedene allerdings. Die Arbeit von Bradley F. Smith, einem amerikanischen Historiker und Deutschland-Spezialisten führt hauptsächlich hinter die Kulissen des Prozesses; es ist ein vom amerikanischen Standpunkt aus verfaßter Bericht darüber, wie die Initiative zum Prozeß entstand, über die Verhandlungen, in denen seine Rechtsgrundlage und seine Besetzung zustande kam, sowohl der Richter – wie der Angeklagtenbank, und schließlich darüber, wie das Urteil in langen Auseinandersetzungen innerhalb und außerhalb der Beratungszimmer erarbeitet wurde. Dabei kommt viel Neues zu Tage, auch recht viel Menschliches. Das andere Werk stammt von dem deutschen Hitler-Biographen Werner Maser. Es ist eine für's breite Publikum, nicht für Historiker und Juristen bestimmte Zusammenstellung der Vorgänge vor den Kulissen, vor allem der Verhandlung selbst. Es enthält lange Zitate aus deren Protokoll und aus den Urkunden, auf die die Anklage und das Urteil gestützt wurden. Diese Darstellung ist stark auf den Effekt hin orientiert. Sie enthält recht subjektive, krasse, knallige, anfechtbare Behauptungen und Bewertungen, für die oft Belege fehlen. Maser verschmäht auch nicht läppische Witze, so wenn er unter dem Photo, auf dem der sowjetrussische Ankläger Rudenko zusammen mit einem Soldaten des amerikanischen Wachpersonals erscheint, sagt, daß dieser Soldat »wie alle seine Kameraden in Nürnberg ganz offensichtlich als Symbol der Unschuld den weißen Helm, weiße Handschuhe, weiße Gamaschen und ein weißes Koppel trage«. Bei allem Fleiß, den sich Maser auf dem Buchumschlag selbst bescheinigt, ist seine Darstellung oft flüchtig, sprachlich fehlerhaft, ungeordnet und unbedacht. Gar nicht leiden kann er Franklin D. Roosevelt, dem er die Durchsetzung des unconditional surrender vorwirft. Das sei »das Ergebnis einer Initiative des kranken, bedenklich vergreisten und starrsinnig machtdürstigen US-Präsidenten Roosevelt« gewesen, dem es »wie Hitler auch

ausschließlich um die Macht selbst gegangen« sei. Nicht leiden kann Maser auch den armen Feldmarschall Paulus. Er erhebt Vorwürfe ohne Quellenangabe und beruft sich auf Zeugnisse ohne Namensnennung, wobei er Gunst und Ungunst nach links und rechts – sozusagen als ausgleichende Ungerechtigkeit – verteilt. Man möchte hoffen, daß es nur ein Druckfehler ist, wenn er (S. 157) sagt, daß »wir im Jahre 1933 das deutsche Volk nach dem Rückschlag des letzten Krieges sein Ansehen in Handel, Industrie und Kunst zurückgewinnen sahen«. Aber das Buch hat trotzdem seine Verdienste, vor allem wegen der Auswahl und Wiedergabe von wichtigen Beweisurkunden und Teilen des Verhandlungsprotokolls, die aus ihrem modrigen Akkordasein zu lebendiger Wirkung kommen.

Die rechtlichen und moralischen Zweifel am Nürnberger Verfahren und Urteil, am »Tribunal der Sieger« liegen zu Tage. Sie sind schon ausführlich erörtert, und in Amerika sind sie erst neuerdings wieder lebhaft in Erscheinung getreten. Ist der Versuch, einen solchen Vorgang wie den zweiten Weltkrieg und die Hitlerzeit im Ganzen, strafgerichtlich zu erfassen, nicht von vornherein untauglich? Die Polemik darüber kreist um die Stichworte Katyn, Dresden, Hiroshima, My Lai. Uns Deutschen steht es nicht zu, dabei groß mitzureden; was in unserem Namen verbrochen wurde, ist mit solchen Argumenten nicht entschuldigt. Uns stünde eher die Überlegung an, ob wir nicht etwa die Nürnberger Angeklagten zu Sündenböcken gemacht haben. Die Unmenge von Hitlerliteratur der letzten Jahre lief im Ergebnis auf Ähnliches hinaus, denn auch sie hat das wichtigste Problem mehr oder weniger umgangen, wie es zu erklären ist, daß ein Mensch von der gar nicht schwer erkennbaren und von vielen erkannten moralischen und geistigen Beschaffenheit Hitlers zum Haupt einer mächtigen Partei und zum Diktator eines mächtigen Reiches werden konnte. Ein Diktator, der in gewissen Erfolgsperioden breite Zustimmung und Begeisterung weckte. Man kann der Meinung sein, daß dies ohne eine Disposition des deutschen Volkes nicht denkbar gewesen wäre – eine Disposition und ein Hang zur Unterwerfung unter die Macht und zum radikalen Freund-Feind-Verhalten, das zu provozieren und zu steigern eine exzessive und instinktive Begabung Adolf Hitlers war. (Die Sorge, ob und

wie stark diese Disposition heute noch besteht, bewegt den, der die Hitlerzeit als Gegner erlebt hat.) Als die unmittelbaren persönlichen Gefahren des Zusammenbruchs sich verzogen hatten, sind die Nürnberger Urteile von vielen, die noch einmal davongekommen waren, kritisiert worden. Ihnen haben die Verurteilungen eine psychologische und moralische Entlastung beschert. Die ungelöste Frage ist, ob das deutsche Volk diese Entlastung verdient hat.

Aber zurück zu den Büchern. Das Maser'sche Buch macht vor allem einen Komplex deutlich, einen Komplex, der den Prozeß nicht nur einzigartig macht, sondern ihn auch historisch und moralisch rechtfertigt; und neben dem die formalen und juristischen Bedenken gegen das Verfahren und seine rechtlichen Grundlagen zurücktreten. Ich meine damit die ungemein energische und umfassende Suche hauptsächlich durch die Amerikaner nach Dokumenten für den urkundlichen Beweis der einzelnen Anklagepunkte und nicht nur diese erfolgreiche Suche und Sicherung, sondern auch, daß diese Urkunden in öffentlicher Verhandlung – vor der Öffentlichkeit der ganzen Welt – vorgelegt und den Angeklagten ausführliches rechtliches Gehör dazu und eine vom Gericht respektierte Verteidigung gewährt wurden. Das war – wenn man das Vorausgegangene bedenkt – ein Triumph anglo-amerikanischen Rechtsdenkens. Wir Deutschen hätten so etwas nicht zustande gebracht. So wurden zum Beispiel das Hossbach-Protokoll und die schrecklichen Dokumente zur Endlösung Gegenstand eines justizmäßigen Verfahrens und Urteils.

Bradley Smith konnte für sein Buch die Notizen und Tagebücher dreier amerikanischer Juristen, die am Verfahren beteiligt waren, verwerten, insbesondere die des amerikanischen Chefrichters Francis Biddle, zeitweise Justizminister in der Roosevelt-Zeit. Obwohl das Buch manches Neue über die Vorgeschichte bringt, so sind doch die Aufschlüsse über die Vorgänge bei der Beratung weitaus interessanter. Zuerst berichtet er über das Urteil gegen die sechs angeklagten Vereinigungen, von denen nur die SS und die Gestapo verurteilt, die übrigen (Reichsregierung, Politische Leiter der NSDAP, SA, Generalstab und Oberkommando der Wehrmacht) freigesprochen wurden; alsdann über die Beratung des Urteils gegen jeden einzelnen der Angeklagten. Man lernt die kompli-

zierten juristischen Überlegungen der teilweise berühmten Rechtsgelehrten, die als Richter oder Berater beteiligt waren, kennen; vor allem aber die taktischen, praktischen und politischen Gründe und Gegengründe zur Schuld- und Straffrage. Die Formulierung der Tatbestände im Statut, dem Londoner Abkommen, zeigt angelsächsische Machart, vor allem der Tatbestand I (Verschwörung zum Angriffskrieg), der getrennt ist von dem Tatbestand II (Planung und Ausführung des Angriffskriegs). Dieser Tatbestand I war den Franzosen fremd; und der französische Chefrichter Donnedieu de Vabre hat seinen Standpunkt sehr lebhaft vertreten. Weniger schwierig waren die Tatbestände III (Kriegsverbrechen) und IV (Verbrechen gegen die Menschlichkeit). Bemerkenswert aus diesen Beratungen ist vor allem die Rolle der beiden sowjetrussischen Richter, des Chefrichters und seines Vertreters. Sie hatten schon im Prozeß verlangt, den Tatbestand Katyn den Angeklagten zur Last zu legen. Das gelang ihnen nicht; das Gericht hatte im Gegenteil Mühe, den begründeten Gegenangriff der deutschen Verteidigung, die Morde von Katyn seien von der Sowjetunion zu verantworten, abzuwehren. Dasselbe galt auch bezüglich der Beschuldigung II (Angriffskrieg), wegen des deutsch-sowjetrussischen Geheimabkommens vom August 1941 über die Teilung Polens. Ich zitiere aus dem Buch:

»Die ärgste Schwierigkeit bot dabei die Haltung der Sowjetunion vor dem deutschen Überfall auf Polen, denn erst Stalins Unterschrift unter den deutsch-russischen Nichtangriffspakt hatte ja Hitler freie Hand gegenüber Polen verschafft. Wurden die Geheimabsprachen dieses Paktes im Urteil erwähnt, und sei es nur andeutungsweise, konnte man der Schlußfolgerung nicht ausweichen, daß Stalin ebenso wie einige der Angeklagten, in diesem Prozeß Hitler »die Mitarbeit« nicht aufgekündigt hatte, obwohl er von dessen Angriffsplänen wußte. Wie sollte das Gericht, das einen Fick deshalb zu Haft oder zum Strang verurteilen würde, die gleiche Haltung der Sowjetunion bewerten? Daß die Deutschen ihren Angriff auf Rußland 1941 damit begründet hatten, Stalin sei im Begriff gewesen, den Nichtangriffspakt zu brechen und seinerseits die Deutschen anzugreifen, machte alles noch schlimmer.«

Ein als juristischer Berater tätiger Amerikaner muß ein Gutachten machen, wie diese Klippe zu umschiffen ist. In dessen Entwurf



werden die Angriffsvorbereitungen der Sowjetunion gegen Deutschland verneint, womit die Sowjetunion gerade dafür gelobt wird, einen Vertrag gehalten zu haben, der sie zu Komplizen der deutschen Angreifer gemacht hatte. Auch diese Formulierung wird verworfen. Es ist klar, daß in diesem Punkt kein Urteil möglich war, das gleichzeitig richtig war und die Sowjetunion schonte. Im übrigen zeigte sich bald, daß die sowjetrussischen Richter ein Fremdkörper auf der Richterbank waren. Die Richter der drei anderen Sieger fühlten sich gänzlich frei und weisungslos und haben sich, je nach persönlicher Meinung, Sympathie oder juristischer Schulung geäußert und entsprechend abgestimmt, während die beiden Sowjetrussen für die juristischen und menschlichen Erwägungen der anderen Richter über Schuld und Strafe recht wenig Verständnis hatten und sich nach Weisung ihrer Regierung verhielten. Sie haben so gut wie immer im Sinne der Verschärfung gesprochen und abgestimmt. Während in die Überlegungen und teilweise sehr lebhaften Auseinandersetzungen der anderen Richter oft höchst persönliche verschiedenartige und emotionale Regungen und Gedankengänge einfließen. Es gab auch Gegensätze innerhalb der von jeder Nation abgeordneten zwei Richter. Die Notizen von Francis Biddle über die Beratungen sind offenbar recht aufrichtig, schonungslos und lebhaft. Daß die Motive und Erwägungen der Richter so bunt gemischt waren und so viel persönliche Elemente enthielten, kann den Respekt vor dem Urteil aber nicht mindern. Wer will behaupten, daß richterliche Urteile sonst von solch subjektiven Bestandteilen frei zu sein pflegen.

Die Übersetzung des Buches leidet darunter – soweit man das ohne Kenntnis des amerikanischen Textes sagen kann – daß häufig nicht der adäquate deutsche Ausdruck gefunden wurde. Ein Beispiel: Von Baldur von Schirach wird gesagt, er habe sich als »ein umnachteter Mitläufer« ausgegeben. Das englische Wort heißt vermutlich »benighted«, was auch »unwissend« heißt, und das war sicherlich gemeint.

Richard Schmid

Hermann Klenner, *Rechtsphilosophie in der Krise*, Berlin (Ost) 1976, Akademie-Verlag, 181 Seiten, M 12,-

Hermann Klenner vom Zentralinstitut für Philosophie an der Akademie der Wissenschaften der DDR ist längst durch kritische Untersuchungen einzelner Vertreter und bestimmter Aspekte der bürgerlichen Rechtstheorie auch hierzulande bekannt. Seine neue Veröffentlichung, laut eigener Auskunft eine »im Frühjahr 1973 geschriebene Streitschrift« (134), gibt eine Analyse der wichtigsten rechtstheoretischen Ansätze in der BRD seit Beginn der 60er Jahre. Dargestellt und in einem Anhang mit Textauszügen präsentiert werden Vertreter der Topik und der Hermeneutik, die Rechtstheorie Niklas Luhmanns und die »Realistische Jurisprudenz« Werner Maihofers. Ein Kapitel über Kelsen sprengt den Rahmen dieser Konzeption und soll hier – zumal es Klenners Thesen in seiner speziellen Publikation »Rechtsleere« (Berlin/Frankfurt am Main 1972) nicht modifiziert – nur soweit berücksichtigt werden, als Klenners dort entwickelte Ansichten für andere Bereiche der vorliegenden Untersuchung relevant werden.

Wichtig ist Klenners Untersuchung durch ihre zentrale Intention: die Warnung vor einer Unterschätzung der konkreten gesellschaftlichen Funktion bürgerlicher Rechtstheorie in der »linken« Diskussion der BRD (10, 20, 51). Dabei geht es Klenners Analyse bürgerlicher Theorie nicht allein um strategische Orientierungshilfen angesichts heterogener Rechtsargumentationen konkurrierender bürgerlicher Fraktionen, oder um den Nachweis der insgesamt gesteigerten Bedeutung bürgerlicher Rechtsphilosophie für Dogmatik und Juristenausbildung, in welcher letzterer sie gleichsam als Äquivalent für Berufsverbote fungiere (14 f). Wenn Klenner als grundsätzlichen Aspekt seiner Untersuchung formuliert: »Da Ideologien materielle Interessen nicht nur widerspiegeln, sondern auch durchsetzen helfen – enthalten sie doch handlungsorientierende Programme – liegt im Nachweis des Klassencharakters einer Rechtsphilosophie immer auch eine politische Leistung« (23), so ist dem durchaus zuzustimmen. Zu prüfen bleibt hier nur, ob Klenners ideologiekritisches Verfahren den angedeuteten Realitätsgehalt der untersuch-

totalen Staat zur totalen bürgerlichen Gesellschaft, in: *Das Argument* Nr. 38, Jg. 12 (1970) 322 ff (325).

<sup>1</sup> Zum »zumindest partiellen« Realitätsgehalt der herrschaftsorientierenden Komponente bürgerlicher Ideologie vgl. schon Peter Römer, Vom

ten rechtsphilosophischen bzw. -theoretischen Ansätze wirklich zutage fördern kann. Klenner konstatiert zunächst eine lang anhaltende Krise bürgerlichen Rechtsdenkens, deren Beginn er etwa in der Mitte des 19. Jahrhunderts datiert, und nennt als Momente ihrer gegenwärtig akuten Phase den Verlust der bürgerlichen Selbstverständlichkeit, mit Hilfe des Rechts zu regieren, den Verlust einer einheitlichen »Weltanschauung«, aus der das Recht sich legitimiert, mit der Folge zahlreich konkurrierender Ansätze der Rechtsphilosophie und »literarischer Überproduktionskrise«, den Verlust eines wissenschaftlich-rationalen Verhältnisses zu Gesellschaft und Recht mit der Tendenz zu metaphysischen Eskapaden oder zynischem Verzicht auf Wahrheitsorientiertheit überhaupt, schließlich den Verlust der progressiven Tradition bürgerlicher Rechtsphilosophie (116 ff.). Dabei verweist Klenner auf das intensive Bewußtsein einer Krise auch im Selbstverständnis der bürgerlichen Rechtstheorie und leitet daraus zu Recht die bemühte Künstlichkeit ihrer gegenwärtigen Ideologieproduktion, den Eklektizismus bis hin zu Marx-Anleihen im Sinne einer verkappten Marx-Revision ab (111 ff.; 15 et passim). Wenn allerdings die gegenwärtige Zuspitzung der diagnostizierten Krise darin gefunden wird, daß das für die Entwicklung bürgerlicher Rechtstheorie charakteristische Schwanken zwischen naturrechtlichen und rechtspositivistischen Positionen insofern in eine Sackgasse geraten ist, als beide »ewig wiederkehrenden« Theorien vor, nach und vor allem unter dem Nationalsozialismus herrschten und also in gleicher Weise diskreditiert seien (129, 113 f.), die rechtstheoretischen Ansätze der 60er Jahre aber trotz ihres Anspruchs einer Überwindung der alten Gegenpositionen nichts Neues zu bieten hätten, so ist hier schon zu fragen, ob Klenners Darstellung der Funktionen von Naturrecht und Rechtspositivismus differenziert genug ist, um die Problematik der gegenwärtigen Situation voll zu erfassen.

Was zunächst das Naturrecht angeht, so ver raten Klenners gelegentliche Hinweise ein unhistorisches Verständnis des Naturrechts:

dessen vermeintlich immergleiche gesellschaftliche Funktion wird durchgehend von Thomas von Aquin bis zur Naturrechtsrenaissance nach 1945 unterstellt (125 et passim). Auf diese Weise macht Klenner sich die spärbürgerliche Verdrängung der aufklärerisch-revolutionären Phase des Naturrechts selbst zu eigen und bekommt das Spezifikum gegenwärtiger neothomistischer Argumentationen nicht in den Blick, das auf die Regression von formaler Rechtsgleichheit zum Recht gesellschaftlicher Sonderordnungen, vom Vertragsrecht zum Statusrecht in einer stark ausdifferenzierten »refeudalisierten« Gesellschaft verweist<sup>1</sup>. Indem hier Klenner – im Gegensatz zu anderen DDR-Veröffentlichungen<sup>2</sup> – historische Entwicklungsstufen nicht unterscheidet, kann der Funktionswandel bürgerlicher Rechtstheorie und der angesprochene »Verlust ihrer progressiven Tradition« (s. o.) gar nicht aufgewiesen werden.

Klenners weitaus stärkeres Verdikt trifft jedoch – wie auch seine 1972 ergangene »Verurteilung« Kelsens belegt – den Rechtspositivismus. Dies Moment ist so beherrschend, daß Klenners vorliegende Kritik gegenwärtiger rechtstheoretischer Ansätze der BRD sich wesentlich darauf richtet, deren offene oder versteckte Affinität zum Rechtspositivismus zu entlarven. Dabei macht sich Klenner unbeschadet seiner Kritik der bundesrepublikanischen Richterideologie, wonach alle Schuld der NS-Justiz beim NS-Gesetzgeber und damit beim positivistischen Gesetzesvollzugsdenken zu suchen sei, inhaltlich doch eben diese These zu eigen, behauptet also die Diskreditierung des Rechtspositivismus im NS-System (29 f.), ohne etwa zu untersuchen, ob die extrem offene Struktur der NS-Gesetze einen »Gesetzesgehorsam« überhaupt noch zuließ, oder ob nicht vielmehr »unbegrenzte Auslegung«<sup>3</sup> die NS-System-konformen Entscheidungen der Gerichte erst ermöglichte.

Wenn Klenner bis dahin nur dem Mißverständnis auch vieler »Linker« in der BRD unterliegt, sich einer herrschenden bürgerlichen Sprachregelung anzuschließen, so enthält doch seine Kritik des Rechtspositivismus noch einen prinzipiellen Widerspruch. Klen-

<sup>1</sup> Vgl. unten die Ausführungen zum Maihofer-Kapitel.

<sup>2</sup> S. z. B. Roland Meister, Das Rechtsstaatsproblem in der westdeutschen Gegenwart, Berlin (Ost) 1966.

<sup>3</sup> Bernd Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Frankfurt/M. 1973.

ner nennt als Grund für die offizielle Abwendung der bürgerlichen Rechtstheorie vom Rechtspositivismus nach dem Krieg nicht nur dessen angebliche NS-Belastung, sondern auch die Tatsache, daß er zu »unterentwickelt« war, um unter den Bedingungen der wissenschaftlich-technischen Revolution den Anforderungen einer monopolkapitalistischen Leitungsfunktion zu entsprechen (9). In einer solchen Situation seien vielmehr – wie es im Hinblick auf das gegenwärtige Vordringen der juristischen Topik sehr zutreffend heißt – Anleitungen für flexible Argumentationen gefragt (10). Gerade das letzte Argument führt aber die These von der rechtspositivistischen Verstrickung in nationalsozialistische Herrschaftstechniken ad absurdum. Der Stand der wissenschaftlich-technischen Entwicklung und das Ausmaß ökonomischer Konzentration im System des Nationalsozialismus und dem der BRD sind zu wenig verschieden, um den Rechtspositivismus im einen Fall als dominant, im anderen als obsolet weil zu »unterentwickelt« anzusprechen. Die besagte Unterentwicklung des Rechtspositivismus existiert seit längerem und ist im Hinblick auf die Divergenz von allgemeinen Regeln einerseits und wachsender ökonomischer Ungleichheit der Rechtsadressaten in Verbindung mit permanentem situationsbezogenem Krisenmanagement andererseits (im Sinne Franz Neumanns u. a.) zu analysieren. Es scheint also, daß Klenners Kritik bürgerlicher Rechtstheorie partiell deren Verschleierungsstrategie nach 1945 aufspitzt, mit der diese den Rechtspositivismus diffamierte, um die in der ökonomischen Organisation des NS-Systems tatsächlich herrschenden »Rechtsfiguren, wie sie Eigengesetzlichkeit ökonomischer Situationen und Machtverhältnisse umschrieben<sup>1</sup>, desto ungestörter perpetuieren zu können. Der von Klenner mit großer Berechtigung festgestellte »Verlust der bürgerlichen Selbstverständlichkeit, mit Hilfe des Rechts zu regieren« (s. o.), ist gerade auch durch die Verdrängung des Rechtspositivismus signalisiert.

Dieses grundsätzliche Mißverständnis Klenners über die Funktion des Rechtspositivismus in der Gegenwart bleibt nicht ohne Rückwirkung auf die Einzelanalysen der bundesrepublikanischen rechtstheoretischen Ansätze, obwohl sich hier eine Fülle wertvoller Interpretationen findet. Das gilt besonders auch für die Analyse der Luhmannschen Rechtstheorie<sup>2</sup>. Es ist zunächst Klenners Verdienst, die reaktionäre Aggressivität dieser Theorie herausgearbeitet (64 ff., 76) und deren Konzept einer Offensivideologie von eher defensiv-apologetischen Strategien unterschieden zu haben, die Klenner dem überkommenen Rechtspositivismus – besonders Kelsens – zuschreibt (58). In diesem Zusammenhang verweist Klenner auf die gesteigerte Bedeutung der herrschaftsorientierenden Dimension der Systemtheorie als Anleitung interessenselektierenden Managements der politischen Apparaturen unter dem Aspekt des Primats der Wirtschaft, wobei volle Übereinstimmung mit ihrer rein ideologischen Funktion als antidemokratischer Integrationstheorie<sup>3</sup> bestehe. Die extrem reaktionäre Konsequenz der Luhmannschen Theorie exemplifiziert Klenner u. a. an der Entsubjektivierung ihrer Grundrechtskonzeption, die er als theoretische Begleiterscheinung der Notstandsgesetzgebung qualifiziert und – vielleicht zu undifferenziert – in die Nähe zu Carl Schmitts Lehre von den institutionellen Garantien bringt (64 u. Anm. 1). Jenseits dieser punktuellen Momente von Klenners Ideologiekritik ist dazu sicher anzumerken, daß zum »Verschwinden des bürgerlichen Subjekts« und zur Ausbildung institutioneller Theorien und institutionellen Grundrechtsverständnisses eine langfristige und kontinuierliche Tendenz besteht, in der die objektiv zunehmende Differenzierung und organisatorische Verfestigung gesellschaftlicher Interessen ihren in sich ambivalenten Ausdruck findet<sup>4</sup>. – Als Grundzug der funktionalistischen Theorie nennt Klenner deren Weigerung, das Sein gesellschaftlicher Systeme nach qualitativen Kriterien zu untersu-

<sup>1</sup> Dazu Ingeborg Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus – Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, München 1976.

<sup>2</sup> Vgl. auch Klenners Luhmann-Aufsatz in: *Demokratie und Recht* 4 (1976) 14 ff.

<sup>3</sup> Übrigens verheimlicht Luhmann nicht – wie Klenner meint – seine Anleihen bei Smends *Integrationstheorie*, s. Niklas Luhmann,

*Grundrechte als Institution*, Berlin 1965, S. 44 ff., bes. S. 46.

<sup>4</sup> Vgl. zu dieser Ambivalenz nur etwa Franz Neumanns Versuch, Carl Schmitts Theorie der institutionellen Garantien auf den Problembereich der Gewerkschaften zu übertragen, s. *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung – Die Stellung der Gewerkschaften im Verfassungssystem*, Berlin 1931.

chen, und sieht im Ausweichen vor dem Substanzbegriff nicht so sehr eine Absage an ontologische Traditionen als eine Berührungsangst vor dem Materialismus (61 f.). Eine Auswirkung dieses Ansatzes kritisiert Klenner an Luhmanns These von der inhaltlich nichtdeterminierten Aufgabenstellung des Rechts: »Bevor das Recht – in der Formulierung der Funktionalisten – gesellschaftliche Komplexität reduziert, ist nämlich längst über die Verteilung der Produktionsmittel und damit auch über die der politischen Macht entschieden« (69 f.). In diesem Zusammenhang hat Klenners Kritik gegenüber zahlreichen anderen Luhmann-Analysen den Vorzug, daß sie das Nichterfassen dieser tatsächlichen gesellschaftlichen Verhältnisse nicht als Unfähigkeit der Luhmannschen Theorie mißversteht<sup>9</sup>, sondern gerade als deren innerste Intention beschreibt. Ungeklärtheiten in Klenners Kritik des Rechtspositivismus beeinträchtigen allerdings die Einschätzung der Luhmannschen Theorie als einer positivistischen Rechtstheorie (58, 60). Sicher ist Luhmanns Theorie – wie Klenner gleichzeitig sagt – eine positivistische Gesellschaftstheorie, aber gerade darum ergibt sich im Hinblick auf die Diskrepanz zwischen progressiverem Verfassungsrecht und schlechtem gesellschaftlichem Status quo die Frage, ob Rechtspositivismus und soziologischer Positivismus nicht genau umgekehrte Intentionen vertreten müssen. Es wäre also der Untersuchung wert, ob nicht gerade Luhmanns positivistische Gesellschaftstheorie einen positivistischen Rechtsbegriff eliminiert. Material dazu fände sich etwa in Luhmanns ausdrücklich formuliertem Programm soziologischer Theorie, »das exegetisch aktualisierbare Selbstverständnis der Verfassung (zu) unterlaufen und (zu) relativieren«<sup>10</sup>, was sich am klarsten in Luhmanns vom Wortlaut ganz abgehobener Interpretation von Grundrechten und rechtsstaatlichen Verfassungsbestimmungen als Stabilisatoren der Systemdifferenzierung und der wechselseitigen Verträglichkeit gesellschaftlicher Subsysteme mani-

festiert. Dem entspricht, daß etwa das von Luhmann charakterisierte rechtspositivistische Verständnis einer in sich selbst legitimen Legalität nicht auf seine eigene Theorie der Legitimität zutrifft. Entgegen häufigem Mißverständnis<sup>11</sup> beruht »Legitimation durch Verfahren« nach Luhmann gerade nicht auf der rechtlichen Regelung des Verfahrens (schon gar nicht auf seiner demokratischen Struktur), sondern allein auf seiner faktischen Integrationsleistung<sup>12</sup>. Nicht ein offener oder heimlicher Rechtspositivismus, der noch an die bindende Kraft in demokratisch geregelten Verfahren zustandegekommenen Rechts glaubte, sondern das Insistieren auf der Rechtsfremdheit von Planungsprozessen ist das Signum der Luhmannschen Theorie und der gegenwärtigen Situation. Es ist der stetige Abbau demokratischer Gesetzmäßigkeit, der nun umgekehrt Vertreter einer progressiven alternativen Verfassungsinterpretation dazu bestimmt, einem über sich selbst aufgeklärten Rechtspositivismus das Wort zu reden<sup>13</sup>. Als eigentliche Ausbruchsversuche aus der zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht ausgetragenen Nachkriegskontroverse wertet Klenner die Ansätze der juristischen Topik und der Hermeneutik. Dabei reagiere die Topik sowohl auf die Unmöglichkeit, einen unwandelbaren Naturrechtskatalog aufzustellen und für die Rechtspraxis zu begründen, als auch auf die zunehmende Brüchigkeit der rechtspositivistischen Orientierung an einem in sich geschlossenen Rechtssystem. Die topische Wendung vom System- zum Problemenden erklärt Klenner – unter Hinweis auf die Erosion des Systems des BGB durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kartell- und Konzernverträge – vor allem aus dem gesteigerten Bedarf an situationsbedingten und fallbezogenen Konfliktlösungstechniken in einer krisenanfälligen, zu permanenter Änderungsfähigkeit aller Entscheidungen gezwungenen Gesellschaft (42 f.). Mit großer Berechtigung hebt dabei Klenner den Zusammenhang zwischen der dynamischen Flexibilität topischer Argumentationsstrategie und ihrer Intention statischer Absicherung des

9 S. unter vielen Hans Joachim Giegel, *System und Krise – Kritik der Luhmannschen Gesellschaftstheorie*, Frankfurt/M. 1975, S. 76 ff.

10 Niklas Luhmann, *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, in: *Der Staat* 12 (1973) 1 ff. (7).

11 So auch Habermas, in: Jürgen Habermas / Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder So-*

zialtechnologie, Frankfurt/M. 1971, S. 242 f.

12 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied/Berlin 1969, S. 36 f. et passim.

13 S. Helmut Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes – Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*, Opladen 1975, S. 11 ff. et passim.

gesellschaftlichen Status quo hervor (43) und kritisiert den Anspruch der juristischen Topik, ein demokratisches, auf die Zustimmung aller Vernünftigen zielendes Verfahren der Rechtsfindung anzubieten, treffend als »Verbaldemokratismus«, der nur die jeweils herrschende Meinung als Meinung der Herrschenden verstärke (32, 37 f.).

Die gleiche Befangenheit in der letztlich subjektiven Sphäre des intersubjektiven Konsensus unter Verleugnung realer gesellschaftlicher Antagonismen beschreibt Klenner als die Crux auch der Hermeneutik (80, 83). Sie erfasse die menschliche Gesellschaft statt als Produktionsform des Zusammenlebens von Menschen als eine Gesprächsgemeinschaft und weigere sich damit, Herrschaftsmomente in nur unter Kommunikationsaspekten erfaßten Gerichtsverfahren oder in der richterlichen Urteilsfindung auszumachen. Im lediglich kontemplativen Charakterzug der Hermeneutik, die die Vorurteilsstruktur im Prozeß der Rechtsfindung zugleich transparent macht und für unaufhebbar erklärt (81, 84), aber auch in ihrer schließlich doch geübten Selbstbeschränkung gegenüber dem Vorrang des Gesetzgebers (82) sieht Klenner die Desavouierung ihres zunächst postulierten progressiven Ansatzes. Als diesen progressiven Ansatz aber bezeichnet Klenner den hermeneutischen Anspruch, (konsensuale) Gerechtigkeitskriterien als »Argumente des Widerstandes gegen das Gesetz« zu entfalten (80). So sehr bis hierhin Klenners Kritik zuzustimmen war, so wird an dieser Stelle doch deutlich, daß die Fixierung auf Gefährdungen, die Gesetzespositivismus und Gesetzgeber ausschließlich zugeschrieben werden, den Blick verstellen für gegenwärtige demokratische Involutionstendenzen durch die Justiz. So werden Topik und Hermeneutik nicht unter dem Gesichtspunkt ihrer eigentlichen Funktion reflektiert, daß sie tatsächlich eine uferlose Kompetenzerweiterung der Justiz legitimieren, sondern allein darum kritisiert, weil sie dem Gesetzgeber nicht genügend Widerpart bieten. Nur in diesen Argumentationszusammenhang ist auch Klenners befremdliche These einzuordnen, in der Judikatur der obersten Gerichte der BRD, speziell des Bundesverfassungsgerichts, herrsche noch immer (wo wird dann aber das konstatierte Vordringen von Topik und Hermeneutik praktisch?) das rechtspositivistische Prinzip der Schrankenlosigkeit des Gesetzgebers (56 u. Anm. 4) – als ob nicht das Akzeptieren

dieses Prinzips die weitgespannte Normenkontrolle des Bundesverfassungsgerichts gerade ausschlosse und das Bundesverfassungsgericht sich in der Praxis nicht längst zum heimlichen Nebengesetzgeber entwickelt hätte!

Als besonders prominentes Beispiel einer Neubegründung der Rechtsphilosophie jenseits von Naturrecht und Rechtspositivismus untersucht Klenner die »Realistische Jurisprudenz« Werner Maihofers, von der übrigens bemerkt werden muß, daß sie in der internationalen rechtsphilosophischen Diskussion eine erhebliche Rolle spielt<sup>14</sup>. Klenner erkennt in Maihofers Werk einen – nicht gradlinigen – Entwicklungsgang von frühen Ansätzen einer progressiven, auch »nichtbürgerliche Zielsetzungen« enthaltenden Naturrechts-Utopie, die einen Kompromiß von »westlicher« Demokratie und »ösilichem« Sozialismus eingeschlossen habe, bis zur eigentlichen Ausbildung »realistischer Jurisprudenz«, die unter dem Eindruck der mangelnden Integrationswirkung des frühen Konzepts auf die »rebellische Jugend« eine Wendung zum reformkapitalistischen Programm genommen habe (96 f.). Der wahrhaftig der Aktualität nicht entbehrende Satz: »Maihofers vieldeutige Sozialutopie von gestern hat sich als eindeutige Realpolitik von heute entpuppt«, bezieht sich auf die stabilisierenden Faktoren des »realistischen« Programms, vor allem Maihofers zentrale theoretische Figur der Koexistenz gesellschaftlicher Rollenträger. Mit Recht erkennt Klenner die Zumutung der wechselseitigen Selbstentfaltung der Rollenträger in einer antagonistischen Gesellschaft als Ausdruck einer Status-quo-Theorie schlechthin, nach der niemand aus der Rolle fallen darf, und die darum trotz gegenteiliger Versicherungen außerstande ist, progressive Rechtsforderungen zu stellen (108 f.). Klenner verfolgt die Frage nach dem Versickern des zunächst progressiven Ansatzes in der angenommenen Entwicklung der Maihoferschen Theorie und kommt zu dem Resultat, daß dieser an den aufrechterhaltenen Grenzen zwischen Rechtstheorie, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie scheitere, die in Maihofers lediglich interdisziplinärem Konzept die bürgerlichen Trennungen zwischen Rationalität und Humanität, zwischen Wissenschaftlich-

<sup>14</sup> S. Arbeiten von Alessandro Baratta und Nicos Poulantzas.

keit und Progressivität wiederholten (102 f.). Damit aber – so folgert Klenner in der Konsequenz seiner durchgehenden Argumentationsstrategie – bleibe Maihofers Theorie trotz aller antipositivistischer Anstrengungen innerhalb der vom Positivismus gezogenen Schranken (102).

Trotz der Gefahr aufkommender Monotonie kann auch dieser Positivismusaffront nicht unwidersprochen bleiben, schon deshalb nicht, weil Maihofers Mißtrauen gegen den Gesetzgeber dem seines Kritikers Klenner in nichts nachsteht. Schon in den »Anfängen«, jedenfalls seit Beginn der 50er Jahre, entwickelt Maihofer die Rechtsfigur der »Natur der Sache« – sie ist etwa die rechtstheoretische Übersetzung des von Klenner erwähnten Rollenkonzepts – und immunisiert sie gegen jeden legislativen Eingriff<sup>15</sup>. Indem unterm Begriff der Natur der Sache soziale Positionen einer hierarchisch ausdifferenzierten Gesellschaft unmittelbar als Rechtspositionen erfaßt werden, ist das Rechtsverständnis vom frühbürgerlichen Prinzip der (wenigsten formellen) Rechtsgleichheit auf die Anerkennung gleichsam refeudalisierter Rechtsstrukturen zurückgeworfen. Maihofers ausdrückliche Berufung auf thomistisches Naturrecht stellt klar, daß seine Theorie mitnichten ihren Imperus – wie Klenner unterstellt (110) – aus den »unverschlissenen Parolen der Aufklärung« bezieht. Der progressive Anstoß der Maihoferschen Theorie ist so wenig vorhanden, daß sein Versickern in rechtspositivistischen Schrankenziehungen nicht nachgewiesen werden muß. Es scheint aber, daß in der Gleichsetzung von Sozial- und Rechtsstruktur im Begriff der Natur der Sache ein soziologischer Positivismus inkorporiert ist, der (über tagespolitische Dimensionen hinaus) einen Hinweis auf den eigentlichen »Realismus« dieser Theorie gibt.

Der zwiespältige Eindruck weitreichender Einsichten der belesenen und kenntnisreichen Einzelinterpretationen und einer verfehlten Frontstellung der grundsätzlichen Kritik bürgerlicher Rechtsphilosophie betrifft Klenners Buch im ganzen. Es scheint, daß bei aller Erkenntnis veränderter Funktionen bürgerlicher Ideologie in der Gegenwart

ein Moment unterbelichtet blieb: die Tendenz zur Unmittelbarkeit der Legitimation. Besonders an den Theorien Luhmanns oder Maihofers ließe sich zeigen, wie wenig verschleiern sie noch wirken, wie offen sie unter Preisgabe frühbürgerlicher Postulate den gesellschaftlichen Status quo abbilden, so daß also – nach Klenners Terminologie – ihre desorientierende Funktion gegenüber ihrer orientierenden zurücktritt (statt in gleichem Maße zu wachsen – S. 128). Der Realitätsgehalt gegenwärtiger bürgerlicher Rechtstheorie kann in Klenners Untersuchung vielleicht deshalb nicht ganz erfaßt werden, weil sie gelegentlich dazu neigt, zeitgenössische Ideologien stärker auf den Ost-West-Konflikt zu beziehen als auf deren soziales Substrat, wie überhaupt auf die Kritik bürgerlicher Rechtsauffassungen stets wie ein *deus ex machina* die Darstellung endgültiger Lösungen des »etablierten« Sozialismus folgt. Partiiell ergibt sich daraus die Gefahr, eine Kritik nicht bürgerlicher Ideologien, sondern bürgerlicher Illusionen zu liefern und in die Darstellung eines weltweiten Machtkampfes verselbständigter Ideologien zu verfallen. – Gemessen am Stand der Auseinandersetzung mit bürgerlicher Rechtsphilosophie durch die BRD-Linke ist Klenners Untersuchung ein wichtiges Buch, wenn es auch in einzelnen Partien gegen alle Absicht (129) zum »Illusionsmuseum« geriet.

Ingeborg Maus

Franz Jürgen Sacker, *Zur Rechtmäßigkeit des Boykotts von Außenseiter-Reedereien zum Zwecke des Abschlusses von Anschluß-Tarifverträgen. Ein Rechtsgutachten erstattet für die Gewerkschaft ÖTV, hrsg. vom Hauptvorstand der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr, Stuttgart 1976, 92 S.*

Sackers Gutachten betrifft einen der aufseherregendsten und wichtigsten Arbeitskämpfe in der Geschichte der Bundesrepublik: den mit einem internationalen Boykott verbundenen gewerkschaftlichen Streik gegen sog. Außenseiter-Reedereien im Jahre 1973. Die Gewerkschaft ÖTV versuchte da-

<sup>15</sup> Vgl. zu den folgenden kurzen Andeutungen meine Analyse der Maihoferschen Theorie unter dem Aspekt der bürgerlichen Ideologiekonstruktion an Bedürfnisse des formlierten Industriekapitalismus und der pseudomarxistischen Anlei-

hen: Ingeborg Maus, Die Basis als Überbau oder: »Realistische« Rechtstheorie, in: Hubert Rottluthner (Hg.), *Probleme der marxistischen Rechtstheorie*, Frankfurt/M. 1975, S. 484 ff.



mals zusammen mit der Deutschen Angestellten-Gewerkschaft (DAG), die nicht tarifgebundenen Reedereien – 1972 hatte der Verband Deutscher Reeder beschlossen, die Tariffähigkeit aufzugeben und nur eine Tarifgemeinschaft zu bilden, der die Verbandsmitglieder nicht anzugehören brauchen – zum Abschluß von Anschlußtarifverträgen (Übernahme der geltenden Heuer- und Manteltarifverträge) zu bewegen, teilweise ohne Erfolg (S. 5 f.). Nachdem die Internationale Transportarbeiter-Föderation (ITF) aktive Unterstützung bei Aktionen gegen Außenseiter-Reedereien zugesagt hatte und Kampfmaßnahmen angedroht worden waren, schlossen diese Reedereien zum größten Teil Anschlußtarifverträge ab oder traten den Arbeitgeberverbänden wieder bei (S. 7). Am 1. 7. 1973 begannen die Kampfmaßnahmen gegen die bis dahin noch nicht tarifgebundenen (meist kleineren) Reedereien. »Vertreter der Gewerkschaften betraten Schiffe der Außenseiter-Reedereien, um die Besatzungsmitglieder zum Beitritt für die Gewerkschaften zu werben, soweit sie noch nicht bereits Mitglieder waren, und um sie zum Arbeitskampf aufzurufen. Auf Ersuchen der Gewerkschaft ÖTV beschloß die Internationale Transportarbeiter-Föderation den Boykott gegen die Schiffe der Außenseiter-Reedereien mit der Folge, daß deren Schiffe in den angelaufenen in- und ausländischen Häfen nicht mehr abgefertigt wurden.« (S. 9)<sup>1</sup>

Am 9. 7. 1973 erließ das Arbeitsgericht in Stuttgart, wo sich der Hauptvorstand der Gewerkschaft ÖTV befindet, auf Antrag von sieben Reedereien eine einstweilige Verfügung, mit der der Gewerkschaft untersagt wurde, zu veranlassen oder daran mitzuwirken, daß die Schiffe der Außenseiter-Reedereien »durch die Internationale Transportarbeiter-Föderation in London (ITF) boykottiert werden«. Der Gewerkschaft wurde außerdem aufgegeben, der ITF gegenüber zu erklären, daß die Schiffe der Antragsteller »einstweilen bis zur Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr zu boykottieren sind«. Schließlich wurde der Gewerkschaft untersagt, ohne Zustimmung des jeweiligen Schiffskapitäns Schiffe der Außenseiter-Reedereien zu betreten; »dieses Verbot schließt das Betreten der Schiffe zur Werbezwecken, zu Zwecken des Arbeitskampfes und der Vorbereitung von Arbeitskämpfen ein.«<sup>2</sup> Das Landesarbeitsgericht (LAG) Stuttgart bestätigte diese einstweilige Verfügung am 2. 8. 1973.<sup>3</sup> Nach Beendigung der Kampfmaßnahmen erklärte das Arbeitsgericht Stuttgart mit Urteil vom 19. 10. 1973 (Az.: 6 Ca 147/73) den Rechtsstreit für in der Hauptsache erledigt. Die Kosten des Verfahrens wurden der Gewerkschaft auferlegt, denn »nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand hätte die Klage [...] Erfolg gehabt«.

Säcker prüft in seinem Gutachten, »ob die vom Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht Stuttgart im einstweiligen Verfügungsverfahren getroffenen rechtlichen Feststellungen haltbar sind und der Eigenart des Sachverhalts Rechnung tragen« (S. 12).<sup>4</sup> Diese Fragen beantwortet Säcker mit einem eindeutigen Nein. Die »arbeitskampfrechtlich als Streikaktion zur Erzwingung des Abschlusses von Anschluß-Firmentarifverträgen in Verbindung mit einem internationalen Sympathieboykott zu werten(de)« Kampfaktion sei vielmehr ohne Einschränkung rechtmäßig (S. 80 f.).<sup>5</sup> Den Stuttgarter Gerichten wirft Säcker vor, den »sozialen Hintergrund« des Konflikts verkannt zu haben; es sei erstaun-

<sup>1</sup> Zu Verlauf und Hintergründen des Konflikts vgl. auch M. Busse / J. Oppermann / J. Peters, Arbeitskampf auf deutschen Schiffen, Ms. einer Fernsehsendung des SFB vom 28. 8. 1973; die Berichte in ÖTV-Seefahrt Nr. 3/73, 4/73, ÖTV-Magazin Nr. 7/73, 8/73, 10/73 und DAG-Schiffahrt, Jahrgang 1973; K. Gröbning (Hauptvorstand der ÖTV), in: M. Kittner (Hrsg.), Streik und Aussperrung, Frankfurt a. M. 1974, S. 107 ff.; außerdem DAG-Bundesvorstand, Zur Lage der deutschen Seeschiffahrt, Hamburg 1973.

<sup>2</sup> ArbG Stuttgart, DuR 1973, S. 416 ff., Anm. Geffken; vgl. auch die scharfe Kritik in ÖTV-Magazin Nr. 8/73, S. 2.

<sup>3</sup> LAG Stuttgart, AuR 1974, S. 316 ff. = DuR 1974, S. 326 ff. (Anm. Geffken) = AR-Blattei Arbeitskampf IV: Boykott, Sperre – Entsch.

Nr. 1 (Anm. Löwisch); vgl. auch die scharfe Kritik in Informationen, Abteilung Seeschiffahrt (ÖTV), Nr. 57 v. 9. 8. 1973; Gröbning a. a. O. (Fn 1), S. 109 f.

<sup>4</sup> Säcker beschränkt die Prüfung allerdings auf die arbeitskampfrechtliche Problematik im engeren Sinne und thematisiert weder das Zutrittsrecht von Gewerkschaftsvertretern (vgl. hierzu ÖTV-Seefahrt Nr. 4/73, S. 6, 8 ff.) noch die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen im Arbeitskampf (vgl. hierzu Birk, AuR 1974, S. 290 ff.) noch die internationalrechtlichen Aspekte (vgl. hierzu Fn. 14).

<sup>5</sup> In einer die gleiche Kampfaktion betreffenden Entscheidung hat mittlerweile das BAG (NJW 1977, S. 318 f.) Boykottmaßnahmen als jedenfalls in der BRD zulässige Arbeitskampfmittel bezeichnet; es erging jedoch noch keine Endent-

lich, daß sie, »ohne Verständnis für die Situation der Arbeitnehmer dieser Schiffe zu bekunden, ausschließlich die Interessen der Reedereien vor dem angeblich unverhältnismäßigen Zugriff der Gewerkschaften glaubten schützen zu müssen« (S. 12).

Da das »Gebot der Verhältnismäßigkeit«, unter dem nach dem Bundesarbeitsgericht (BAG) jeder Arbeitskampf stehen muß (S. 22), in den Stuttgarter Entscheidungen eine zentrale Rolle spielt, entfaltet Sacker zunächst eine prinzipielle Kritik an diesem »Gebot« und entwickelt ein alternatives Verständnis der »Arbeitskampffreiheit« zum Zwecke der »grundrechtstheoretischen Absicherung« (S. 29) seiner weiteren Argumentation. Die Auffassung des BAG, so arbeitet Sacker heraus, besagt, daß die Ausübung der in Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich garantierten Arbeitskampffreiheit »nur noch in den Grenzen des Verhältnissesgebots rechtmäßig sein (soll)« (S. 26). Er nennt die Argumentation des BAG »grundrechtsdogmatisch abgesichert, rein politisch begründet« (S. 26 f.) und spricht von dem »freiheitsaushöhlenden Weg, auf dem die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zum Arbeitskampfrecht sich befindet« (S. 29). Vor allem die Entscheidungen des Arbeitsgerichts und des LAG Stuttgart in Sachen ÖTV/Außenseiter-Reedereien zeigen, »wie sehr der vage und unkonturierte Mechanismus der Verhältnismäßigkeit zur Begründung beliebiger Restriktionen des Arbeitskampfes verwandt werden kann« (S. 29)<sup>6</sup>. Beide Instanzen begründen nämlich die Rechtswidrigkeit der Boykottmaßnahmen mit dem »Grundsatz der Verhältnismäßigkeit«, aus welchem das LAG u. a. ableitet, daß »die Mittel des Arbeitskampfes ihrer Art nach nicht über das hinausgehen (dürfen), was zur Durchsetzung des erstrebten Zieles jeweils erforderlich ist«. Ein weltweiter Boykott, so die »Subsumtion« im vorliegenden Fall, »geht weit über das hinaus, was zur Durchsetzung des erstrebten Tarifabschlusses erforderlich ist«. Der Gewerkschaft

»standen [...] Kampfmittel von geringerer Schärfe zur Verfügung, so etwa ein Streik auf den Schiffen oder eine Aufforderung an ihre Mitglieder, mit den ASt (Antragstellern, R. K.) kein Heuerverhältnis einzugehen oder bestehende Heuerverhältnisse zu beenden«.

Nach Sacker steht der Arbeitskampf rechtlich nicht unter dem »Gebot der Verhältnismäßigkeit«. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip verbiete übermäßige Eingriffe in die Grundrechte, könne aber nicht deren Ausübung beschränken: es »ist ›Schranken-Schranke‹, nicht aber selbst Schranke grundrechtlicher Freiheitsausübung« (S. 26).<sup>7</sup> »Es ist deshalb dringend zu wünschen, daß künftig die Rechtsprechung nicht einfach aus einem abstrakten Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen gegen Arbeitskämpfe aufrichtet, sondern, solange kein Arbeitskampfgesetz existiert, genauso wie der Gesetzgeber prüft, ob die von ihm aufgestellten, die Arbeitskampffreiheit begrenzenden Normen im Interesse überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter erstens erforderlich und zweitens verhältnismäßig sind, d. h. das Streikrecht nicht in einer Weise in Frage stellen, die zu dem (am Wertungssystem der Verfassung zu messenden) Nutzen der Beschränkungsnorm für die Allgemeinheit in keinem Verhältnis steht.« (S. 68 f.) Die in diesen Formulierungen deutlich werdende »grundrechtstheoretische« Differenz zwischen dem BAG und Sacker ist ganz offenkundig Ausdruck unterschiedlicher »Sozialideale«<sup>8</sup>. »Seine (des BAG, R. K.) enge«, so bringt Sacker selbst die Differenz auf den Begriff, »ja ängstliche, von der Furcht vor unkontrollierten ›übermäßigen‹ Entwicklungen diktierte Seh- und Wertungsweise im Bereich dieser Grundrechte ließe, wenn sie sich generell durchsetzte, die liberal-demokratisch verfaßte Gesellschaft, die Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur durch den ›Filter‹ eines allgemeinen Gesetzes duldet [...], in eine staatlich mediatisierte, ›gelenkte‹ (formierte) Gesellschaft umschlagen, die Freiheitsausübung von vornherein nur hin-

scheidung, weil es nach dem BAG »noch näher tatsächlicher Feststellungen und deren Würdigung bedarf«. In dem Verfahren will die Gewerkschaft ÖTV den Abschluß eines Tarifvertrages mit einer Reederei durchsetzen, die sich aufgrund des Boykotts dazu bereit erklärt hatte, aber nach seiner Beendigung die Erklärung wegen widerrechtlicher Drohung anfecht.

<sup>6</sup> Sacker nennt außerdem noch ArbG Düsseldorf, Der Betriebsrat, 1973, S. 174 ff. = EzA Nr. 15 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (auszugsweise in

DB 1973, S. 876). Vgl. auch die von Erd, KJ 1977, S. 49 ff. kommentierte Entscheidung des KG Berlin v. 9. 9. 1976 (= EzA Nr. 17 zu Art. 9 GG Arbeitskampf).

<sup>7</sup> Vgl. schon Sacker, GewMH 1972, S. 287 ff. Ebenso (in Abgrenzung zum LAG Stuttgart) Birk, AuR 1974, S. 299 ff.; Rose, Die Quelle, 1973, S. 457 f.

<sup>8</sup> Vgl. zu diesem Begriff W. Däubler, Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts, Frankfurt a. M./Köln 1975.

nimmt, solange sie »harmlos« und »maßvoll« ist, ohne sich der Mühe der Aufstellung präzise formulierter, Eingriffe gestattender, sie damit aber auch zugleich begrenzender, vorhersehbar und berechenbar machender, allgemeiner Gesetze zu unterziehen.« (S. 27) Während das BAG an einem etatistischen Sozialideal orientiert ist, in dem ein »starker Staat« gegenüber den gesellschaftlichen Gruppen das »Gemeinwohl« durchsetzt, liegt bei Sacker ein »kollektiv-liberale(s)« (S. 39) bzw. liberal-pluralistisches (vgl. S. 52) Konzept der im Prinzip staatsfreien Auseinandersetzung »typischerweise gleich(er)« (S. 33) sozialer Machtgruppen in einer von »Freiheit zum Arbeitskampf und zum Wettbewerb« (S. 28) geprägten »marktwirtschaftlichen Ordnung« (S. 81) zugrunde. Wie nicht zuletzt das Ergebnis des vorliegenden Gutachtens im Vergleich zu den der Linie des BAG folgenden Stuttgarter Entscheidungen zeigt, ist die Differenz zwischen dem BAG und Sacker beträchtlich und keineswegs irrelevant. Sacker arbeitet präzise die mit der BAG-Auffassung verbundene Aushöhlung des Streikrechts heraus und entwickelt als Gegenposition wichtige Elemente eines demokratisch-rechtsstaatlichen Verständnisses der Koalitionsfreiheit. Allerdings verbirgt sich im Sackerschen Pluralismus eine etatistische Hintertür. Zwar lehnt er das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke der Grundrechtsausübung ab, aber er überläßt es der Rechtsprechung, »im Interesse überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter« erforderliche und verhältnismäßige Normen zur Begrenzung des Streikrechts zu setzen (s. o.). Mit Hilfe dieser Konstruktion kann die Justiz die je nach Vorverständnis und Lage des Einzelfalls für notwendig gehaltenen Beschränkungen der Koalitionsfreiheit als Normen formulieren, ohne daß die nun dogmatisch anspruchsvolleren Entscheidungen unbedingt im Ergebnis von der alten Linie abweichen

müßten. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke für solche Grundrechtsbeschränkungen ändert daran nichts; gerade Sacker selbst betont in seiner BAG-Kritik die »inhaltliche Unbestimmtheit« (S. 28) und Fungibilität dieses Prinzips für »beliebige Restriktionen des Arbeitskampfes« (S. 29). Er verspricht sich von seiner Konzeption ein Mehr an Rechtssicherheit: Wenn das BAG die »Begrenzungsnormen für Arbeitskämpfe klar zu formulieren« hat (S. 27), könnte sich – so meint Sacker wohl – nach gewisser Zeit ein Bestand an präzisen Regeln des Arbeitskampfes herausbilden und so einer uferlosen Ausweitung der Restriktionen im Einzelfall vorgebeugt werden. Selbst wenn dies möglich wäre, bleibt die Frage, ob denn die Justiz zur Setzung grundrechtseinschränkender Normen, die in den vom Grundgesetz vorgesehenen Fällen dem Gesetzgeber vorbehalten ist, befugt sein kann. Überdies ist im hier einschlägigen Art. 9 Abs. 3 GG eine Beschränkung, durch welche Staatsgewalt auch immer, gerade nicht vorgesehen. Dazu bemerkt Sacker: »Der Vorbehaltlosigkeit des Grundrechts kommt hier nur die Bedeutung zu, daß die Grenzen der Koalitionsfreiheitsgarantie nur von der Verfassung selbst zu bestimmen sind.« (S. 25) Seine Formulierungen (S. 69: »Gemeinwohlinteresse«, »im Interesse überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter«) deuten indes darauf hin, daß er »der Verfassung selbst« eine Art »Gemeinwohlvorbehalt« aller, auch der vorbehaltlos garantierten Grundrechte entnimmt, eine höchst fragwürdige Konstruktion, die angesichts der inhaltlichen Unbestimmtheit des Gemeinwohlbegriffs für beliebige Beschränkungen instrumentierbar ist<sup>9</sup> und vor allem mit dem fein abgestuften Eingriffs- und Schrankensystem der Art. 1–20 GG, das bei einem derart pauschalen Vorbehalt überspielt werden könnte, nicht in Einklang steht.<sup>10</sup>

Nach der »grundrechtstheoretischen Absi-

<sup>9</sup> Daran ändert sich auch dann nichts, wenn das »Gemeinwohl [...] anhand der in der Verfassung niedergelegten Wertvorstellungen zu bestimmen« ist (S. 52 f.); gerade die Ableitung ganz verschiedener »Werte« aus dem Grundgesetz im Zuge der politischen Auseinandersetzungen der letzten Jahre [vgl. Seifert, Vorgänge Nr. 12 (1974), S. 35 ff.; v. Krockow, Vorgänge Nr. 24 (1976), S. 3 ff.] zeigt, daß hierin keine Rationalitätskontrolle liegt. Kritisch zu einem »Wertungssystem der Verfassung« (S. 69) auch K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl., Heidel-

berg/Karlsruhe 1976, S. 11 f., 127 ff.

<sup>10</sup> Vgl. W. Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl., Tübingen 1971, S. 81 ff. Zur hier nicht weiter zu vertiefenden Problematik der Grenzen des Streikrechts vgl. Hoffmann, AuR 1963, S. 38 f.; ders., KJ 1971, S. 53 ff. Allgemein gegen die h. L. und Rechtspr. zu den Schranken vorbehaltloser Grundrechte vgl. H. Ridder, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975, S. 76 ff.; H. Copie, Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, Tübingen 1967, S. 23 ff.; vgl. auch Hesse a. a. O. (Fn. 9), S. 131 f.

cherung» (S. 29) weist Sacker nach, daß auch die tatsächlichen Annahmen und Schlußfolgerungen, die das LAG Stuttgart im Rahmen seiner Argumentation zum Verhältnismäßigkeitsprinzip zugrundelegt, nicht haltbar sind (S. 29 ff.), und widmet dann den Hauptteil des Gutachtens (S. 34–72) der Begründung der These: »Es gibt keinen verfassungs- oder arbeitsrechtlichen Rechtssatz, der Gewerkschaften verpflichtet, vor Durchführung eines Arbeitskampfes eine Urabstimmung durchzuführen.« (S. 81) Das Arbeitsgericht Stuttgart hatte nämlich die vom Hauptvorstand der Gewerkschaft ÖTV aufgestellten Richtlinien, denen gemäß er ohne vorherige Urabstimmung die Boykottmaßnahmen in die Wege geleitet hatte, als insoweit »rechtswidrig, weil satzungswidrig« erklärt und (u. a.) daraus die Rechtswidrigkeit des Boykotts selbst abgeleitet. Das LAG ließ diese Frage dahinstehen und merkte an, gegebenenfalls sei im Verfahren zur Hauptsache neben den Erwägungen des Arbeitsgerichts auch zu prüfen, »ob sich, wenn nach Satzung und Richtlinien eine Urabstimmung nicht vorgeschrieben ist, trotzdem aus ungeschriebenem, zwingendem Berufsverbandsrecht eine Pflicht zur Durchführung einer vorherigen Urabstimmung ergibt.« Sacker kritisiert zunächst die Versuche, aus dem »Verfassungsgebot demokratischer Infrastruktur für Koalitionen« (S. 54), welches er bejaht (S. 52), das Erfordernis einer Urabstimmung vor Streikbeginn abzuleiten. Denn mit einem derartigen »Verfassungsgebot« stehe »noch nicht fest, welchen konkreten Inhalt dieses Gebot hat [. . .]. Es gibt keine gesetzlichen Wertungen oder Fernwirkungen gesetzlicher Wertungen, die eine solche Gebotskonkretisierung ermöglichen könnten«. (S. 53 f.)<sup>11</sup> Sacker macht deutlich, daß ein Urabstimmungserfordernis die Gewerkschaften durch den Zwang »totaler Transparenz und Verzögerung in der Beschlußfassung« gegenüber den über »einfachere Kommunikationswege« verfügenden Arbeitgeberverbänden benachteiligt (S. 63). Zudem führe eine »Verbandswidrigkeit [. . .] nie zur Rechtswidrigkeit gegenüber dem sozialen Gegenspieler« (S. 64). Neben dieser »verbandsrechtlichen Theorie« (S. 64) weist Sacker auch die Begründung des

Urabstimmungserfordernisses aus dem »Grundsatz der Verhältnismäßigkeit« oder dem »Prinzip fairer Kampfführung« zurück (S. 65 ff.). Entsprechend seinem grundrechtstheoretischen Ansatz (s. o.) prüft er die »Erforderlichkeit einer Urabstimmung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Inanspruchnahme des Streikrechts« und gelangt zu dem Ergebnis, daß das »Gemeinwohl« solches gerade nicht fordere (S. 69 f.).

Abschließend untersucht Sacker den internationalen Boykott gegen die Außenseiter-Reedereien unter dem Gesichtspunkt der »Akzessorietät von Sympathiearbeitskampfmaßnahmen« (S. 73 ff.), d. h. die Zulässigkeit des Sympathiearbeitskampfes erfordert einen zu unterstützenden Hauptarbeitskampf, um zu verhindern, daß eine Sympathieaktion ohne Einvernehmen mit den Begünstigten durchgeführt wird (S. 75). Vor dem LAG Stuttgart hatten die Reeder argumentiert, ein Boykott sei dann rechtswidrig, wenn die Schiffsbesatzung nicht streike, ein Hauptarbeitskampf also nicht vorliege.<sup>12</sup> Nach Sacker geht es an der sozialen Wirklichkeit vorbei, allein aus der Tatsache der Nichtteilnahme an Streiks zu folgern, »daß der von der Gewerkschaft ausgerufene Streik von den Arbeitnehmern nicht getragen wird« (S. 76). Er bezieht sich mehrfach auf »die Eigenart der Verhältnisse in der deutschen Seeschifffahrt« (S. 11), um die Notwendigkeit und Legitimität des gewerkschaftlichen Vorgehens zu begründen. Vor allem wegen der weithin praktizierten Möglichkeit des »Ausflaggens«, mit der die Reedereien ihre Schiffe der Geltung deutschen Rechts entziehen, und der »Anwerbung gewerkschaftlich unorganisierter Arbeiter aus Lohnbilligstländern [. . .] wäre hier ein isolierter Streikaufruf ohne Aussicht auf Erfolg geblieben« (S. 11).<sup>13</sup> »Gerade da, wo die Angst und »Ausbeutung« am größten sind, wo die Sorge um den Verlust des Arbeitsplatzes am meisten drückt, die Unkenntnis sozialer Rechte am stärksten ist, könnte ein Streikaufruf ins Leere gehen, weil angesichts der Übermachtsposition des Arbeitgebers die latente Streikbereitschaft völlig unterdrückt wird.« (S. 76) Von daher ist es nur konsequent, wenn Sacker in dem Aufruf der Arbeitnehmer der Außenseiter-Reedereien

<sup>11</sup> Diese Argumentation ist im Zusammenhang der Diskussion um ein Verbändegesetz äußerst relevant, vgl. Erd. KJ 1977, S. 52 ff.

<sup>12</sup> Ebenso Löwisch a. a. O. (Fn. 3). Das LAG ließ

diese Frage dahinstehen und behielt sie der eventuellen Prüfung im Verfahren zur Hauptsache vor.

<sup>13</sup> Vgl. dazu die in Fn. 1 genannte Literatur.

zum Streik durch die Gewerkschaft ÖTV eine »Hauptkampfmaßnahme« sieht. Es »ist [...] nicht erforderlich, daß der Streik bereits begonnen hat oder alle Betriebe (Schiffe) ergreift, für die die erstrebten Anschlußtarifverträge gelten sollen. Selbst wenn in einzelnen Betrieben (Schiffen) alle Arbeitnehmer unorganisiert und arbeitswillig sind (vielleicht nur deshalb, weil sie es nicht wagen können, nicht arbeitswillig zu sein), so wäre das kein Grund, das Vorliegen einer Hauptkampfmaßnahme zu verneinen.« (S. 77)<sup>14</sup>

Im Ergebnis verdienen die Ausführungen Säckers zum Erfordernis der Urabstimmung und zur Sympathiekampfmaßnahme Zustimmung. Er arbeitet die Widersprüche und die gegen gewerkschaftliche Aktionsfreiheit gerichteten Konsequenzen der von ihm kritisierten Rechtsprechung und Literatur mit zum Teil scharfen Formulierungen präzise heraus und entwickelt jeweils eine dogmatisch gut fundierte Gegenposition. Dabei darf jedoch nicht verkannt werden, daß Sacker – wie dargelegt – nichts anderes vertritt als eine liberal-pluralistische Variante innerhalb des Spektrums der herrschenden Meinung und auf ein flexibles Instrumentarium zur Eindämmung »überzogener« gewerkschaftlicher Aktionen nicht verzichtet.<sup>15</sup> Daß er, und nicht einer der Autoren, die diese herrschende Meinung auf der Basis gewerkschaftlicher Positionen<sup>16</sup> grundsätzlich in Frage stellen, mit dem Gutachten betraut wurde, mag mit der Hoffnung zusammenhängen, so eher auf die Rechtsprechung einwirken zu können. Ein solches Kalkül wäre gerade bei der Gewerkschaft ÖTV nicht verwunderlich, denn das vor einigen Jahren für sie von Däubler

verfaßte Gutachten zur Rechtmäßigkeit des Beamtenstreiks<sup>17</sup>, das sich außerhalb des herrschenden Konsensus bewegte, fand, obwohl juristisch sehr fundiert, keine »Anerkennung« in der »Zunft« und rief statt dessen wütende Reaktionen bis hin zu Versuchen persönlicher Diffamierung des Autors hervor.<sup>18</sup> Angesichts der in jüngster Zeit sich forcierenden Tendenz, die Vertreter von »Außenpositionen« nicht bloß wissenschaftlich zu kritisieren, sondern sie der »Verfassungsfeindschaft« zu bezichtigen und ihnen jede wissenschaftliche Seriosität abzuspochen<sup>19</sup>, gibt es indes keine Garantie dafür, daß liberal-pluralistische Positionen wie die Säckers auf Dauer hiervon verschont bleiben.

Rainer Keffler

Peter Gutjahr-Löser (Hrsg.), *Neues Recht durch neue Richter? Der Streit um die Ausbildungsreform der Juristen*, G. Olzog Verlag, München 1975, 115 S., kart. DM 14,80, mit Beiträgen von: H. Rüßmann, K. Larenz, P. Mayer, E. Niebler, P. Schlosser, E. Knoll, Chr. Joerges, W. Böhm, G. Püttner, H. Ratte (I)

*Einstufige Juristenausbildung. Kolloquium über die Entwicklung und Erprobung des Modells im Land NRW, Veröffentlichung der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften, Abhandlung 57*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1975, 108 S., Ln. DM 32,-, mit Einleitungsreferat von H. P. Westermann, Kurzreferat von H. Schelsky, Aufzeichnung der Aussprache und dem Text der

<sup>14</sup> Sacker thematisiert leider nicht die spezifischen Rechtsprobleme des grenzüberschreitenden Arbeitskampfes, z. B. die vom BAG in der in Fn. 5 referierten Entscheidung erwogene Frage der Anwendung ausländischen Rechts. Vgl. dazu Birk, AuR 1974, S. 289 ff., der im vorliegenden Fall den Boykott nach niederländischem Recht beurteilt, weil der Schwerpunkt des Kampfgeschehens im Hafen von Rotterdam gelegen habe (S. 302 f.).

<sup>15</sup> Sacker übernimmt ausdrücklich die h. M. von der Zulässigkeit der Aussperrung, welche er in seinem »liberalen Konzept [...] begründet« sieht, und grenzt sich von der gewerkschaftlichen Forderung nach einem Verbot der Aussperrung ab (S. 32, Fn. 61).

<sup>16</sup> Vgl. z. B. die Beschlüsse Nr. 180/181 des 9. Ord. Bundeskongresses des DGB in Berlin (1972).

<sup>17</sup> A. a. O. (Fn. 10).

<sup>18</sup> Vgl. die Nachweise bei Hammer, RdJB 1976, S. 278.

<sup>19</sup> Vgl. z. B. Rüthers, FAZ Nr. 76/1974, S. 11. Vgl. schon Nipperdey (unter Mitarbeit seines damaligen Assistenten Sacker!), BB 1969, S. 322, nach dem »Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der geltenden Arbeitskamps-konzeption [...] nur vom Standpunkt verfassungs-transzendenter gesellschaftspolitischer Ideologien geäußert worden sind«. Gemeint ist hier Th. Ramm, der, ähnlich wie heute Sacker, von einer »kollektivliberalen« Position aus das BAG scharf kritisierte, vgl. Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Stuttgart 1965 sowie die von Nipperdey zitierte Besprechung dieses Buches von Rüthers, Der Staat, 1967, S. 101 ff.

VO über die einstufige Juristenausbildung (NRW) (II)

»In der Art, wie ein von der Bundesgesetzgebung angestoßenes gesetzliches Richtlinienprogramm zur juristischen Ausbildungsreform in einem kraft gelingender Interpretationsherrschaft gewonnenen Anwendungsverständnis in den meisten Bundesländern jetzt Gestalt gewinnt, scheint die Einphasenausbildung in ihrer Verwirklichung ihr Ende zu finden« (Wiethölter, in: *Der neue Jurist*, 1973, 231). Sie hat es schon gefunden. Davon legen die hier besprochenen Bücher Zeugnis ab. Die Einphasenausbildung, die mit emanzipatorischem Anspruch konzipiert wurde, ist tot; ihre Reste leben in Bremen. Ob in Hamburg oder Hannover noch etwas von den ursprünglichen Intentionen überleben wird, ist noch nicht auszumachen. Den Resten wird wohl, wenn sich die politischen Kräfteverhältnisse nicht ändern, der Ablauf der Experimentierphase den Rest geben. Übrig geblieben ist eine formale Organisations- und Verfahrensreform, die die Einwirkungsmöglichkeiten des Staates auf den Qualifizierungsprozeß drastisch erhöht und so die Produktion juristischer Qualifikationen formal planbar macht.

Parteipolitische Polarisierungen und Regierungsumbildungen, kurz die Veränderung der »landespolitischen Umwelt«, die Hesse (JZ 77, 49 ff.) als Gründe für das Schweigen in der Reformdebatte anführt, sind nur ein Teilaspekt eines differenzierten roll-backs auf normativer, materieller und symbolischer Ebene (Lautmann, *Vorgänge* 1/1975, 72 ff.). Man benutzt Verfassungsklagen, um alternative Inhalte (Argument der Gleichwertigkeit) und organisatorische Strukturen (das ursprünglich als autonomes Kollegialorgan geschaffene Ausbildungs- und Prüfungsamt in Bremen) abzublocken (BrStGH NJW 74, 2223; Klage gegen das BrJAG vor dem BVerfG). Wo das nicht nötig ist, weil im Parlament entsprechende Mehrheiten zu mobilisieren sind, werden Reformentwürfe, von Hochschule und Ministerialbürokratie geschaffen, durch den kollektiven Einsatz von konservativen Standesorganisationen und CDU, FDP gar nicht erst Gesetz (vgl. das Dahinscheiden des Wiesbadener Modells in Hessen). Oder es werden Ansätze einer Prüfungsreform in Richtung auf Kongruenz von Lehr- und Prüfungsinhalten unter veränderten politischen Bedingungen wieder rückgängig gemacht, wie in Niedersachsen, wo die

FDP jetzt mit der CDU ein Gesetz durchgebracht hat, das den Einfluß der Hochschule auf Themenstellung und Prüferbestellung bei ausbildungsbegleitenden Leistungskontrollen zurückdrängt zugunsten der traditionellen Hegemonie des Justizprüfungsamts (Ges. zur Änderung des Gesetzes über die einstufige Juristenausbildung vom 4. 3. 1977, nds. GVBl., S. 72). Auf der Ebene unterhalb des Gesetzes, den Verwaltungsrichtlinien, werden Ausbildungspläne erlassen, die das Einüben berufspraktischer Handlungsformen, die Rollenübernahme wieder zum zentralen Gegenstand praktischer Ausbildung machen. Im Gesetz noch angesprochene Inhalte wie die wissenschaftliche Aufarbeitung praktischer Erfahrung, die Diskussion von – sozialwissenschaftlichen zu bearbeitenden – Voraussetzungen und Folgen rechtlicher Entscheidungen, erscheinen nur noch als blutleere Postulate, während die Details der zu behandelnden Rechtstechniken und –materien minutiös festgelegt werden (vgl. nds. vorläufiger Ausbildungsplan für die Pflichtpraktika Strafrechtspflege und Zivilgerichtsbarkeit, vv. Typoskript).

Auf materieller Ebene weigern sich die CDU-Länder, die Bremer Universität mitzufinanzieren; drohen an, in Bremen ausgebildete Juristen nicht in den Staatsdienst zu übernehmen (vgl. I, 7), streicht die CDU-Regierung Stellen an der juristischen Fakultät in Hannover, während man gleichzeitig Gerüchte hörte, daß eine juristische Fakultät in Osnabrück eingerichtet werden soll.

Auf der symbolischen Ebene laufen die wohlbekannten Kampagnen, nicht nur in der Presse, sondern auch in den wissenschaftlichen Fachzeitschriften, jetzt auch in Buchform.

An den beiden hier besprochenen Publikationen zeigt sich auch wieder einmal, daß es nie einen Reformkompromiß gab, der das Ergebnis wissenschaftlicher Auseinandersetzung gewesen wäre, sondern nur beliebig valutierbare Formelkompromisse, die die Grundlage des § 5b DRiG wurden. Es hat auch nie eine Reformdiskussion gegeben, es gab immer drei:

1. Die eine ging aus von der Tradition des neuhumanistischen Bildungsideals und beklagte dessen Zerfall. Rechtswissenschaftliche theoretische Bildung, die ihre Wissenschaftlichkeit einst durch Bezug auf idealistische Philosophie begründete, war zu einer Ausbildung in technisch-instrumentellem



Fachwissen, zu einer »allseitigen Schule des geltenden Rechts« (Denkschrift des Arbeitskreises für Fragen der Juristenausbildung, 1960, 210) geworden. Doch wurde dieser Prozeß nie auf seine gesellschaftlichen Gründe hin analysiert. Die Reformvorschläge, die von dieser Seite kamen, waren daher aufgesetzt und hilflos.

2. Die Hilflosigkeit derartiger Konzeptionen machte es leicht, an die Forderungen der Denkschrift anzuknüpfen, sie inhaltlich sich auf einer expressiven Ebene zu eigen zu machen und tatsächlich formale Rationalisierungskonzepte umzusetzen: durch Schaffung von Stoffplänen mit Pflicht- und Wahlfachgruppen (Münchener und Mainzer Beschlüsse [vgl. JZ Sonderheft, Nov. 1968], die weitgehend umgesetzt wurden) sollten die zu bewältigenden Stoffmassen reduziert, das Regelstudium über eine Begrenzung der Ausbildungsförderung eingeführt und eine stärkere Orientierung der Ausbildung auf die Vermittlung von praktischen Rechtstechniken durch die Einführung von Klausurenkursen und Repetitorien gesichert werden. Freilich wurden inhaltliche Kriterien für eine derartige Veränderung überhaupt nicht diskutiert. Diese Art Reformdiskussion über betriebswirtschaftliche Rationalisierung der Produktion juristischer Qualifikationen ist beileibe nicht zu Ende. Sie wird reibungslos weitergeführt in den Ausbildungsabteilungen der Justizministerien, in den Prüfungsämtern, aber auch in den technokratischen Einphasenmodellen (vgl. die Beiträge von Schlosser, Knoll, Ratte in I; Westermann in II). Es wird darum gehen, den Wissensstand der Studenten zu Beginn der Praktika so zu gestalten, daß sie sofort voll einsetzbar sind (vgl. Knoll, in I, 41; Schlosser, in I, 36). Auch in Bielefeld wird man sich etwas zur Effektivierung einfallen lassen müssen, denn eine Quote von lediglich 40% bestandenen Zwischenprüfungen deutet auf mangelnde Effizienz oder zu hohe Ansprüche hin (JuS 4/76, VII). Es ist alles nur eine Frage der sinnvollen Begrenzung der Stoffmassen (Westermann, in II, 23). Weiterhin wird eine »Methode der historischen, philosophischen und gesellschaftswissenschaftlichen Bezugs- und Hintergrundinformation (gesucht), die die Studenten der Anfangssemester verstehen können, ohne allzuviel Zeit für die Nacharbeit zu benötigen« (Westermann, in II, 22) – »Instant«-Wissenschaft. Auch die Zentrale Evaluation aller Einphasenmodelle, die demnächst anlaufen

soll, wird an diese Reformdiskussion anknüpfen und Maßstäbe setzen, an denen die zukünftige gesetzliche Regelung einer einheitlichen Juristenausbildung für die Zeit nach 1981 gemessen wird.

3. Die dritte Reformdiskussion versuchte eine Neubegründung der Rechtswissenschaft als Wissenschaft über eine Kritik der herkömmlichen Ausbildung: Das Programm der aus dieser Kritik gespeisten Ausbildungsreform ist das Einholen des gesamtgesellschaftlichen Unterbaus durch die Rechtswissenschaft selbst, und dadurch vermittelt, durch die juristische Ausbildung. Juristen müssen ihre eigene Praxis, die immer schon politisch-soziale Praxis war, zum Gegenstand wissenschaftlicher Analyse machen. Das erfordert die gesellschaftstheoretische Aufarbeitung der Zusammenhänge von Recht, juristischer Praxis, Rechtswissenschaft und Gesellschaft. Es geht darum, die ehemals in bürgerlicher Wissenschaft vorhandene Vermittlung von Theorie und Praxis in neuer Form zu begründen: durch permanente Analyse und Kritik des Verhältnisses von Wissenschaft und Gesellschaft im Zusammenhang einer notwendigen Diskussion des wissenschaftstheoretischen und politischen Selbstverständnisses der Juristen.

Letzteres nun offensichtlich war eine Fehlspekulation, denn eine Diskussion zwischen den hier aufgezeigten Ebenen von Reformdiskussion hat bestenfalls einmal in Ansätzen existiert. Der weitaus größere Teil der etablierten Rechtswissenschaft beteiligt sich dagegen an einer Strategie, den neuen Juristen zu exkommunizieren (Lautmann, a. a. O., 76) oder in den Bereich des Herkömmlichen zurückzuzwingen. In dieser Strategie nun siedeln auch die zu besprechenden Publikationen. Wie läuft nun ein derartiger Krieg ab, in dem wissenschaftliche Standards und moralische Skrupel teils bedenkenlos, teils zögernd über Bord geworfen werden?

Ziel ist, für die Entscheidung auf Bundesebene hinsichtlich der zukünftigen Form der Juristenausbildung Voraussetzungen zu schaffen, die folgenreich zu bearbeiten, wissenschaftlicher Analyse und Kritik nicht mehr möglich sein soll. Eine Möglichkeit dazu ist die Berufung auf Rechtsargumente: das Konzept des Gegners widerspreche dem Gesetz der Verfassung. Nach dem eigenen Selbstverständnis der Reformantagonisten ist mit seiner Verrechtlichung das Problem entpolitisiert und der inhaltlichen Auseinander-

setzung entzogen. Eine weitere Möglichkeit ist, dem Gegner die wissenschaftliche Redlichkeit abzusprechen, ihn totalitärer Ideologien zu zeihen und ihn dadurch – im Extremfall – über die Totalitarismusthese der bürgerlichen Politologie in die Nachbarschaft des Faschismus zu stellen (Böhm, in I, 74), oder, wohlwollender, als Prediger modischer Heilslehren abzuqualifizieren (Westermann, in II, 18).

Das von Gutjahr-Löser herausgegebene Buch (I) beginnt mit drei Diskussionsbeiträgen der Tagung der Hans-Seidel-Stiftung, die es dokumentiert. H. Rüßmann (Bremen) erläutert kurz, daß sich die Konkretisierung und Ausfüllung juristischer Begriffe nicht aus der juristischen Dogmatik logisch herleiten lasse, sondern daß Wertungen vorgenommen werden müßten, die rational nur zu treffen seien, wenn zuvor die Folgen der Entscheidung sozialwissenschaftlich aufgeklärt würden. Insofern sei eine Bindung des Richters an das Gesetz im Sinne reiner Anwendung gesetzgeberischer Vorentscheidung nicht denkbar.

Larenz (in I, 12 ff.) hält Rüßmann entgegen, daß wir keine Ausbildung in Sozialwissenschaften brauchten, lediglich eine bessere in juristischen Methoden, unter denen es eine zwingende Rangfolge gebe: »Der letzte jeweils entscheidende Auslegungsgesichtspunkt ergibt sich aus der Sache« (13). Indes, aus der Sache ergibt sich gar nichts, sondern nur aus Theorien über die Sache. Larenz bestreitet zwar nicht, daß es nötig sei, die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Implikationen rechtlicher Regelungen zu kennen (13), doch seine Maßstäbe für die Konkretisierung von rechtlichen Begriffen finde der Jurist woanders: in der Verfassung, den Gesetzen, in einer auf einem breiten Konsens beruhenden Rechtsprechung, die wiederum der auch hinter Generalklauseln stehenden Gerechtigkeitsidee verpflichtet sei. Der Jurist müsse selbst entscheiden und dürfe seine Maßstäbe nicht irgendwelchen Sozialwissenschaften entnehmen, da es dort keine allgemein anerkannte Theorie gebe. »Denn für den Juristen steht über allem die Gerechtigkeitsfrage. Wir leben nun einmal in einem Rechtsstaat.« Wessen Gerechtigkeit, bitte? Larenz' Vorstellung von rationaler Entscheidung, von P. Mayer, Richter am Arbeitsgericht, auf den Begriff gebracht, lautet: Recht muß Recht bleiben (I, 16 ff.). Aber selbst da, wo die Scharlatanerie, Recht ausschließlich

aus sich selbst heraus in seinem Gehalt erklären zu wollen, zu offensichtlich ist, brauche man keine wissenschaftliche Diskussion: Man greift auf einen fiktiven gesellschaftlichen Konsens, auf ein fiktives allgemeines Vorverständnis zurück und das entspricht selbstverständlich »Leitbildern aus dem Bürgertum«. »Wir stehen hier auf christlichem Boden. Auch das trägt zum Vorverständnis bei... Mit diesem Vorverständnis, mit allem, was darin eingeschlossen ist an europäischer Geschichte und Kultur, an christlichem Glauben, sozialem Engagement und bürgerlicher Liberalität, kann man Lücken – auch ohne allzu große soziologische Theorien – in aller Regel vernünftig füllen.« (17) Ich habe diese drei Einleitungsbeiträge ausführlich referiert, weil durch sie klar zum Ausdruck kommt, welche Ängste schon das kritische Potential empirisch-analytischer Wissenschaften (Rüßmann) wachruft, ganz zu schweigen von gesellschaftstheoretischen Fragestellungen nach Genese und Funktion von Recht, Rechtswissenschaft und Juristen. Die Idee der Gerechtigkeit, hinter der sich Larenz' Gesellschaftstheorie verbirgt, ist ein legitimes Argument. Andere Gesellschaftstheorien müssen als verfassungswidrig abgewehrt werden.

Die meisten Beiträge folgen dem bei Larenz und Mayer angedeuteten Muster. Es tauchen in schöner Regelmäßigkeit – in der einen oder anderen Zusammensetzung – immer dieselben Argumente auf: Die reformierte Ausbildung sei nicht gleichwertig, die aufgestellten Thesen über die Funktion des Juristen seien verfassungswidrig, den Sozialwissenschaften werde die Funktion eines Maßstabes für Entscheidungen zuerkannt, dadurch würden keine Juristen mehr, sondern Ideologen herangebildet.

Niebler zeigt auf, daß die Gleichwertigkeit der Einphasenausbildung in Augsburg durch 20 (!) fünfstründige Klausuren sichergestellt sei, die z. T. von Studenten und Referendaren gemeinsam geschrieben würden (I, 26). Ohne auch nur einen Gedanken an die umfangreiche Diskussion über Zuverlässigkeit und Gültigkeit von Prüfungen zu verschweigen, behauptet Niebler, Klausuren seien objektiver als ausbildungsbegleitende Leistungskontrollen in den einzelnen Kursen. Daß zunehmende Standardisierung und Objektivierung von Leistungskontrollen ein abnehmendes Spektrum von Fähigkeiten erfaßt und eine zunehmende Verzerrung der Ergeb-

nisse bewirkt wegen der Nichtberücksichtigung individueller Lernprozesse und unterschiedlicher emotionaler Verarbeitung von Prüfungssituationen, davon scheint er noch nie etwas gehört zu haben. Für ihn ist es ganz klar: In Bremen erhalten die Studenten ihre Prüfungen geschenkt, denn häusliche Arbeiten seien nicht zu kontrollieren, eine Auslese sei deshalb unmöglich, denn jeder könne sich zudem seine Themen noch selbst wählen (28). Demgegenüber sei das Münchner Modell so angelegt, daß ein juristisch durchschnittlich begabter Student bei entsprechendem Einsatz das Ziel der Ausbildung erreichen kann. Daraus muß man schließen, daß einige mit einer unterdurchschnittlichen juristischen Begabung geboren werden und es nie lernen können. Wenn in Bremen bisher noch alle Studenten die abgeschichteten Prüfungen bestanden haben, dann kann das offensichtlich nicht für die Qualität der Ausbildung sprechen.

Mangelnde Gleichwertigkeit ergibt sich nach Ansicht der Reformantagonisten auch bei veränderter Ausbildung in der Praxis. Suspekt ist ihnen vor allem die Gruppenausbildung, denn diese berge die Gefahr, daß nicht Fälle gelöst, sondern unter dem Etikett »Praxis« in Wahrheit theoretisiert werde. Da Praktiker den gelernten Theoretikern unterlegen seien, – denn »sehe ich mir die sog. Theorien der Praktiker Ostermeyer, Rasehorn und Wassermann an, so muß ich mit einiger Selbstzufriedenheit feststellen, daß selbst die Theorie derjenigen Universitäts-theoretiker, deren Meinung ich bekämpfe, vom Niveau her eine wesentlich bessere zu sein scheint« (Böhm, in I, 72) –, dürften sie sich darauf gar nicht einlassen, sondern die Studenten tüchtig in das einweisen, was sie wirklich könnten: Praxis. Ähnliche Hintergedanken hat wohl auch Püttner, wenn er das Gruppenausbildungskonzept des Wiesbadener Modells kritisiert als Mittel zur Entschärfung der berufspraktischen Ausbildung (I, 90).

Die Diskussion der Funktion des Juristen beruht sich meist auf die Argumentation Coings gegen das Wiesbadener Modell (JuS 73, 797), ohne diese noch einmal selbst zu überdenken, wozu besonders angesichts der Ausführungen von Joerges (I, 47 f.) über die Ansätze von politischer Soziologie, Justizsoziologie, Sprachphilosophie, Entscheidungstheorie aller Anlaß bestanden hätte. Doch auf Autoritäten sich zu berufen, ist wesentlich

einfacher. Coing geht davon aus, daß das Wiesbadener Modell die Bindung des Richters an Recht und Gesetz nicht erwähne, den Richter zum freien Gestalter sozialer Verhältnisse mache, der nur einer bestimmten Weltanschauung verpflichtet sei. Diescs Argument kehrt bei Niebler (I, 19), Püttner (I, 87), Westermann (II, 17) wieder, hier allerdings etwas vorsichtiger: »Da die Selbstreflexion offenbar auch eine »kritische« sein soll, ist nicht daran vorbeizukommen, daß die Kritik sich auch gegen die Wertmaßstäbe oder »erkenntnisleitenden Interessen« richtet, an die der Jurist, als *Rechtsanwender* (Hervorhebung von mir – W. V.) verstanden, nach herkömmlicher Auffassung gebunden ist... (Man) muß nicht in die Warnungen vor einer gezielten Aushöhlung der Gesetzesbindung und der Gewaltenteilung einstimmen, um die Nähe solcher Ausbildungskonzeptionen zum Ruf nach dem politischen Richter registrieren zu können.« Man muß nicht, implizit tut man es aber doch.

Was hat es nun mit Coings Argument auf sich? Zunächst ist es, auch schon bei oberflächlicher Betrachtung, falsch. Denn das Wiesbadener Modell beschreibt die Funktion des Juristen im einzelnen ausdrücklich unter dem Obersatz: »Seine Aufgabe ist es, auf der Grundlage des veränderten Verhältnisses von Staat und Gesellschaft die freie Entfaltung der Persönlichkeit jedes einzelnen Bürgers innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung zu gewährleisten...« (Wiesbadener Modell, 11). Man scheut sich fast, unter Juristen darauf hinzuweisen, daß eines der vornehmsten Prinzipien der verfassungsmäßigen Ordnung die Bindung des Richters an Recht und Gesetz ist. Unqualifizierte Einwände ersetzen nicht die wissenschaftliche Diskussion, und die kann sich lediglich darum drehen, wie eine derartige Bindung zu denken sei (vgl. dazu Lüderssen JuS 74, 131; Diestelkamp, FR v. 27. 9. 73). Methodendiskussion und Sprachphilosophie wäre hier die adäquate Ebene gewesen.

Auch Schelsky (II, 77) setzt das Bild des reinen Rechtsanwenders normativ voraus, ohne sich um seine Entsprechung mit der Realität zu kümmern: Jurisprudenz als Sozialwissenschaft mute dem Juristen eine Handlungsform zu, die er in Wirklichkeit nicht ausüben könne und dürfe: »die strukturanalytisch gesteuerte und zugleich planende Veränderung ganzer sozialer Ordnungsbereiche, anstatt zu sehen, daß der Jurist zu

einem arbeitsteiligen Entscheidungsvorgang an Hand vorgegebener steuernder Normbestimmungen erzogen werden muß».

Damit wären wir bei der Rolle der Sozialwissenschaften und es ist klar, worum es geht: Nicht wichtig ist, ob in der Realität richterliche Entscheidungen tatsächlich als reine Rechtsanwendung ablaufen, ob das überhaupt denkbar ist. Daß sie das nicht tun, zeigen die leidvollen Erfahrungen (der Linken) mit der politischen Justiz in der Weimarer und der Bundesrepublik, aber auch jede beliebige andere Entscheidung. Wichtig ist allerdings eine Erziehung, die den Juristen glauben macht, er wende lediglich Recht an, wenn er sich an die herrschende Meinung hält und deren ideologische Inhalte unbefragt übernimmt.

Den Reformmodellen wird unterstellt, sie setzen als normative Instanz eine allumfassende Sozialwissenschaft an die Stelle des Gesetzes, des Rechts (Püttner, in I, 88; Böhm, in I, 65– Versuch der Retheologisierung der Wissenschaft; Niebler, in I, 19 ff.). Auch hier wieder ist Westermann etwas zurückhaltender (II, 17): Hinter dem »aufklärerischen Anspruch im Vordergrund stehender Reflexion der eigenen Funktion des Juristen und des Rechts« könne die Behauptung stecken, »die Maßstäbe für die mit solcher Reflexion verbundene Aufdeckung der »erkenntnisleitenden Interessen« liefern zu können. Man muß nicht so weit gehen, dies als Wiederaufleben der von der mittelalterlichen Theologie erhobenen allgemeinen Wahrheitsansprüche zu brandmarken, um doch zu sehen, daß der Jurist, der angeblich – im Gegensatz zum heutigen – wissen wird, was er tut, damit auch angehalten wird, dies Wissen in seine Entscheidungstätigkeit einzubringen«. Und das soll er wohl nicht, oder? Auch hier wieder beruft man sich auf Coing, aber auch auf Schelsky (JZ 74, 410), der in seinem Kurzreferat ebenfalls auf diesen Aufsatz verweist. Coing bestreitet zwar nicht, daß die Rechtswissenschaft zur Lösung von Einzelfragen auf die Erkenntnisse anderer Sozialwissenschaften zurückgreifen müsse, aber sie habe als Wissenschaft ausschließlich eigene Methoden und Gegenstände. Die Nichtanerkennung einer Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft scheint für Coing darauf hinzudeuten, daß das Wiesbadener Modell von der Existenz einer allgemeinen Sozialwissenschaft ausgehe, einer Grunddisziplin, auf der die übrigen Sozialwissenschaft-

ten erst aufbauten. Daß es hier nicht um »integrierte Heilslehren« (Westermann, in II, 18), »neue Theologien« (Böhm, in I, 65) geht, sondern um die offene Diskussion von Gesellschaftstheorien, die die Genese und Funktion von Rechtsformen und -inhalten zu ihrem Gegenstand haben, scheint schwer zu begreifen. Auf dieser Argumentationsgrundlage versteht es sich von selbst, daß in den Reformmodellen nun verblendete Ideologen erzogen werden, die entweder der Manipulation anderer Chefideologen ausgesetzt sind (Niebler, in I, 22) oder aufgrund ihrer subjektiven Kriterien in einen irrationalen Dezinismus verfallen (Schelsky, JH 74, 415). Welche Mafia von Ideologen hier unterstellt wird, zeigt sich bei Böhm, der zunächst alle Marxisten als dogmatische Vertreter einer neuen Theologie zur Herstellung einer Glaubensgewißheit (I, 66) qualifiziert und dann feststellt, daß diese Dogmatiker die Bremer Juristenausbildung fest in der Hand hätten. Joerges wird zwar davon ausgenommen, impliziert wird ihm aber unterstellt, er beteilige sich an diesem Programm. (Peinlich wird es, wenn Böhm behauptet, er stimme mit Joerges weitgehend überein [62]; auch bei aufmerksamster Lektüre hat sich diese Behauptung nicht verifizieren lassen.) Bei Püttner (I, 77 ff.) liest sich die Ideologienstory so: Im Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Frankfurt hätten sich seit 1970 unter der »Führerschaft« Wiethölters eine Menge linker und linksradikaler Kräfte gesammelt, die seit 1971 eine gesicherte Mehrheit im Fachbereich besaßen. »In diesem Kreis wuchs nun zusehends der Wunsch, einen neuen Typ von Juristen auszubilden, der sich als Sozialgestalter auf sozialwissenschaftlicher Grundlage und nicht mehr als schlichter Vollzieher des Rechts verstehen sollte.« Diesem Kreis gelang es, die Zusammensetzung der hessischen Reformkommission zu manipulieren und einen »der Jurisprudenz gänzlich unkundigen Habermas-Doktoranden, H. Rottleuthner« (heute übrigens Prof. für Rechtssoziologie an der FU Berlin) als einzigen Sachverständigen zu bestimmen. Sie trieben ein böses Spiel mit dem Fachbereich, denn »ungeachtet der Betuerung, es sei noch alles offen, wurde in der Folgezeit beinahe jede Berufung bereits unter dem Gesichtspunkt der Einphasenbildung betrachtet. Auf diese Weise gewannen gemäßigte und liberale Kräfte allmählich einen Eindruck von dem, was da kommen sollte«. Daß dann der Fach-

bereich bei drei Enthaltungen und nur einer Gegenstimme das Wiesbadener Modell übernehmen wollte, kann Püttner sich dann nur noch aufgrund guter »Schlachtvorbereitung« dieses Kreises erklären. Daß wissenschaftliche Diskussionen auch folgenreich sein, praktisch werden können, kann Püttner sich offenbar nicht vorstellen.

Machen die Bände deutlich, daß die Reformgegner mit ihren Argumentationen den Anschluß an die wissenschaftliche Diskussion noch nicht gewonnen haben (dafür aber über um so bessere Machtmittel verfügen), so wird mit dem Verweis auf Schelskys Aufsatz (JZ 74, 410) versucht werden, die eigene Position auf eine wissenschaftlich solidere Grundlage zu stellen. Schelsky verteidigt die formale Rationalität richterlicher Entscheidung, sowohl die »Konfliktreduzierung durch die Dogmatik und damit ihre soziale Entscheidungserleichterung« als auch die auf der »Formalität eines sozial und institutionell gegliederten Verfahrens bestehende Rechtssicherheit zum Schutz der politischen Gleich-

heit und der personalen Freiheit« (412) gegenüber sozialstaatlichen Konzepten materieller Freiheit und Gleichheit, die er allerdings mit Vorstellungen einer »End-Gerechtigkeit« in unzulässiger Weise identifiziert. Die Inhalte rechtlicher Entscheidung sind dann nicht mehr so wichtig, wichtig nur noch das Verfahren. Der Anknüpfungspunkt zu Luhmanns systemtheoretischer Bestimmung der Funktion von Rechtsdogmatik und Verfahren liegt auf der Hand (vgl. Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974; ders., Legitimation durch Verfahren, 1969). Der Formalität einer Rechtstheorie, der die gesellschaftlichen Gegenstände rechtlicher Regelung gleichgültig sind, entspricht eine Ausbildung, die nicht primär an Inhalten ausgerichtet ist, sondern zur konstanten Anpassung an formale, äußerlich gesetzte Anforderungen zwingt und so flexible und mobile Juristen produziert, denen die Gegenstände ihrer Handlungen ebenfalls gleichgültig sind.

Wolfgang Voegeli