

## Buchbesprechungen

*Vera Slupik, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis. Zur Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in Recht und Wirklichkeit, Berlin (Duncker & Humblot), 1988, 64,- DM.*

Mit den zunehmenden Erfahrungen von Frauen in den verschiedensten gesellschaftlichen Bereichen wird immer klarer, wie grundlegend die gesellschaftliche Diskriminierung der Frau selbst in den sogenannten modernen westlichen Gesellschaften ist – und wie zählebig. Zudem zeichnet sich immer deutlicher ab, daß eine zahlenmäßig größere Präsenz von Frauen, selbst wenn sie bis zu 50% ginge, für sich genommen noch keine Lösung des Problems darstellt. Die herkömmlichen Strukturen von Ökonomie, Politik, Wissenschaft, Kultur erweisen sich als in sich androzentratisch, d. h. vornehmlich »männliche« Vorstellungen von dem, was Arbeit, Politik, Wissenschaft, Kultur ist, repräsentierend und präferierend. Wollen Frauen sich gesellschaftlich »gleichberechtigt« bewegen, wird von ihnen nicht nur eine hohe Anpassungsleistung an »männliche« Denk-, Gefühls- und Handlungsweisen verlangt, sie erfahren auch, daß ihre Sicht auf die Welt, Kompetenzen, Wertsetzungen und Vorstellungen darin keineswegs aufgehen, ja weitgehend als irrelevant ausgeschlossen sind. Das heißt: Es scheint, daß gerade aufgrund der wachsenden gesellschaftlichen Möglichkeiten viele Frauen ihre Sicht auf die Welt überhaupt erst als möglicherweise entschieden andere erfahren.

Versuche einer präziseren Bestimmung »weiblicher« Verschiedenheit und Forderungen nach Anerkennung der Geschlechterdifferenz gewinnen dementsprechend zunehmend an Bedeutung. Damit verbunden wird die Frage nach dem Emanzipationspotential herkömmlicher Gleichheitspolitik immer

brisanter: Lassen sich die Interessen von Frauen – wie bisher geglaubt – mit Gleichheits- bzw. Gleichberechtigungsforderungen wirklich angemessen durchsetzen? Bedarf es dazu nicht vielmehr der Forderung nach einer positiven, nicht-hierarchisierenden Anerkennung der Geschlechterdifferenz und einer ganz grundlegenden Veränderung der Strukturen von Arbeitswelt, Politik usw.? Läßt sich das aber überhaupt im Rahmen des herkömmlichen Gleichheitsdiskurses formulieren? Widerspricht das nicht seiner Logik? Vor dem Hintergrund dieser Diskussion könnte das Buch von Vera Slupik eigentlich mit einer breiten Aufmerksamkeit rechnen. Daß dem – bislang zumindest – nicht so ist, ist überraschend und läßt sich nicht nur mit der leider wenig zugänglichen und einige Geduld erfordern Schreibweise erklären. Denn »Gegenleistung« ist eine bislang fehlende, aus der Perspektive der Frau gewonnene allgemeine Präzisierung und Radikalisierung des Gleichheitsgrundsatzes des Grundgesetzes. Zudem werden auf diese Weise die strukturellen Grenzen des herkömmlichen Gleichheitsverständnisses besonders deutlich. Letzteres allerdings eher gegen die Intention von Slupik. Und hierin könnte auch für die aktuelle Debatte die Hauptchwäche dieser Arbeit liegen. Meines Erachtens wird die Arbeit dadurch aber keineswegs uninteressanter. Im Gegenteil. Vera Slupik geht es – wie sie selbst im Vorwort schreibt – um nichts geringeres als um ein neues dogmatisches Modell des Artikels 3 Absatz 2 und 3 des Grundgesetzes. Wobei ihr weniger an einer Weiterentwicklung der bislang recht schwach ausgeprägten Dogmatik gelegen ist als vielmehr an einer Belebung der aktuellen Auseinandersetzung um die Reichweite des Gleichberechtigungsgrundsatzes. Begründet ist dieses Vorhaben zum einen in der Überzeugung, daß das Recht ein wir-

kungsvolles ordnungspolitisches Instrument ist, das sich sehr gut als Mittel zum Ausgleich von Benachteiligung eignet, wird es nur entschieden für diese Aufgabe genutzt; und zum anderen, daß die diskriminierende Rolle des Rechts selbst meist unterschätzt wird. Ziel ist also ein effektiveres rechtliches Instrumentarium gegen die gesellschaftliche wie rechtliche Diskriminierung der Frau.

Schon hier deuten sich allerdings zwei grundlegende Probleme an. Slupik neigt dazu, die Frauenbewegung auf eine Frauenrechtsbewegung zu reduzieren. Mit Blick auf die Geschichte der deutschen Frauenbewegung heißt es beispielweise: Es »fällt auf, daß die ›Frauenfrage‹ in der Theorie und Praxis dieser politischen Bewegung zuvorderst als Rechtsfrage gestellt und von den Frauen selbst sowie in der Öffentlichkeit auch so begriffen wurde.« (S. 25) Historisch ist das alles andere als evident. Da drängt sich, im Gegenteil, viel eher die Frage auf, ob sich die Frauen hierzulande bisher nicht viel zu wenig um das Recht zur Durchsetzung ihrer Interessen gekümmert und daher unter Umständen viele Chancen verschenkt haben. Die Bedeutung von Slupik's Versuch, die dogmatischen Möglichkeiten des Grundgesetzes neu auszuloten und ein effektiveres und handhabbares rechtliches Instrumentarium zu schaffen, besteht gerade darin, daß es Zeit ist, das zu ändern. Doch das eigentliche Problem liegt in der Ausklammerung jeglicher Überlegungen, was es bedeutet, wenn Frauen sich zur Durchsetzung ihrer Interessen des Rechts bedienen. Dabei ist hier weniger das unkritische Verhältnis gegenüber dem Recht als staatlichem Herrschafts- und Zwangsinstrument von Belang als vielmehr die Ignorierung der dem Recht eigenen systemischen Dynamik und diskursiven Logik. So bleibt undiskutiert, daß in der Struktur des herkömmlichen Rechts die Forderungen von Frauen nur auf ganz besummierte Weise artikulierbar sind. Was nicht nur dazu führen kann, daß sie rechtlich reformuliert kaum wiederzuerkennen sind, sondern auch, daß dies darüber hinaus kontraproduktive Folgen haben kann.

Mit ihrer Konzentrierung auf den Versuch, ein wirksames rechtliches Instrument zur Beendigung der Diskriminierung der Frau zu schaffen, geraten Slupik die Grenzen des Rechts und seine dialektische Struktur sowie Überlegungen in der Frauenbewegung, die auf eine Kritik der herrschenden Präferenzur

des Rechts als gesellschaftliche Regelungsform zielen, aus dem Blick. Das hat – wie sich zeigen wird – Auswirkungen auf Art und Reichweite ihrer rechtpolitischen Forderungen wie ihrer gesellschaftspolitischen Ziele.

In einem ersten Schritt unternimmt Slupik nun eine allgemeine Interpretation des Artikels 3 des Grundgesetzes. Im Gegensatz zu der vom Bundesverfassungsgericht vertretenen objektiven Auslegungspraxis, wonach der objektivisierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, ausschlaggebend ist, stützt Slupik ihre Interpretation auf die »Entstehungs- und Anwendungsgeschichte als ›Grundlagen‹ eines dogmatischen Modells« (S. 36). Sie bezieht sich dabei insbesondere auf die breite Debatte um den Vorschlag von Elisabeth Selbert zur Aufnahme des Absatz 2: »Männer und Frauen sind gleichberechtigt.« Sie kommt zu dem Schluß, daß »der Gleichberechtigungsgrundsatz durch Frauenbewegungen erkämpftes Recht« (S. 40) und »Verteilungsgerechtigkeit« (S. 45) sein gesellschaftspolitisches Ziel ist. Wie sie hervorhebt, wurde jedoch nicht eindeutig festgelegt, ob es sich dabei um »Bewertungs- oder Austauschgerechtigkeit« handelt. Zwei ihrerzu folge von Anbeginn in der Frauenbewegung zu unterscheidende gesellschaftspolitische Optionen: In ersterer wird »als Basis für Bestrebungen zur Anerkennung einer Gleichwertigkeit von Frau und Mann... eine sozial erhebliche Verschiedenheit der Geschlechter (konstatiert, A. M.), die auch in Zukunft hingenommen werden soll«, wohingegen die zweite »von einer Auffassung einer grundsätzlichen Gleichheit der Geschlechter aus argumentierend ihr Ziel in einem potentiellen Rollentausch sieht«. (S. 32) In beiden wird – so Slupik weiter – »die existierende Verteilung gesellschaftlicher, staatlicher und privater Besitzstände zur Disposition« gestellt, was für sie gleichbedeutend ist mit einer beiden gemeinsamen Forderung nach »Verteilungsgerechtigkeit.« (S. 33)

Eine historisch sicherlich unzulässige Gleichsetzung, wodurch gerade die unterschiedlichen gesellschaftspolitischen Prioritäten dieser beiden Positionen zugunsten der ersten neutralisiert werden. Wobei es nicht zufällig zugunsten der ersten geschieht. Die konservative Frauenbewegung zielt mit ihrer Problematisierung herrschender Bewertun-

gen von weiblichen Fähigkeiten, Tätigkeiten und Tätigkeitsbereichen gerade nicht auf deren Um- bzw. Neuverteilung. Sie verstand dies, im Gegenteil, als Kritik an den Gleichheitsforderungen anderer, fortschrittlicherer Teile der Frauenbewegung. Sie befürchtete, daß eine vornhmliche Orientierung an Forderungen nach einer gerechteren Verteilung »gesellschaftlicher Besitzstände« zwischen Männern und Frauen letztlich zur Anpassung der Frau an den Mann, bestenfalls zu wechselseitiger Angleichung führt. Konservativ ist diese Kritik vor allem durch das mit ihr verbundene soziale Ideal: Ziel ist die Bewahrung der bestehenden geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung; sowohl die bestehende Trennung gesellschaftlicher Tätigkeits- und Lebensbereiche wie auch ihre bisherige Aufteilung zwischen den Geschlechtern soll erhalten bleiben. Konservativ ist überdies die meist biologische Begründung geschlechtspezifischer Zuschreibungen, ebenso ihr normativer Charakter. Aus heutiger Sicht interessant ist jedoch der hier unternommene Versuch, auf einer positiven Anerkennung »weiblicher« Denk- und Lebenspraxen und damit einer möglichen »weiblichen« Differenz zu insistieren. Dies verweist auf eine Gesellschaft, in der Frauen nicht nur dann gesellschaftlich gleichberechtigt agieren können, wenn sie sich als den Männern gleich an Fähigkeiten, Wissen etc. erweisen.

Daß Slupik die »Bewertungsgerechtigkeit« unter den Begriff der Verteilungsgerechtigkeit subsumiert, indiziert die strukturelle Dominanz der Idee ausgleichender Äquivalenz-Gerechtigkeit im herkömmlichen rechtlichen Gleichheitsdiskurs. Welche Konsequenzen das für die rechtspolitischen Forderungen von Frauen hat, wird nicht zuletzt an Slupiks Ausführungen selbst deutlich. In einem zweiten Schritt unternimmt Slupik eine genauere Festlegung des verfassungsrechtlichen Handlungsspielraums der einzelnen Absätze des Artikels 3 GG. Die vieldiskutierte Frage, ob Abs. 1 lediglich auf formale oder auch auf soziale Gleichheit abzielt, ist ihrer Meinung nach nicht endgültig zu klären, genaugenommen aber auch sekundär. Denn folgt man der herrschenden Meinung, wonach mit Abs. 1 lediglich ein formales Gleichheitsgebot gegeben ist, dann ist damit noch keineswegs gesagt, daß dies auch für Abs. 2 u. 3 gilt. Im Gegenteil: »warum hätte sich sonst der Verfassungsgeber bemüht gefühlt, dem Art. 3 Abs. 1 GG die speziellen

Gleichheitssätze hinzuzufügen?« (S. 74) Umgekehrt läßt sich daraus eher auf eine besondere Regelungsbedeutung dieser Absätze schließen. Ebenso bezichen sich auch die Absätze 2 und 3 jeweils auf unterschiedliche Aspekte. So enthält Slupik zufolge Absatz 2 »ein besonderes kollektives Förderungsgebot ausschließlich zugunsten von Frauen, Abs. 3 hingegen ein individualrechtliches Diskriminierungsverbot zugunsten beider Geschlechter« (S. 79). Im Kollisionsfalle hat ersteres Vorrang. In Absatz 2 wird also ein nicht lediglich formalrechtliches, sondern soziales Gleichheitsgebot formuliert. Dies erfordert kompensierendes, formal gesehen also ungleiches Recht. Zudem geht die Verfassung hier über eine bloß individualrechtliche Gerechtigkeitskonzeption hinaus (S. 80): Den Frauen insgesamt, als soziale Gruppe, wird das Recht auf staatliche Eingriffe zur Verbesserung ihrer Lage zugesprochen.

Das heißt, der Staat ist nicht nur legitimiert, es besteht sogar ein verbindlicher Verfassungsauftrag, zur Beseitigung der gesellschaftlichen Schlechterstellung der Frau und zur Herstellung von Chancengleichheit kompensierende Maßnahmen zu ergreifen. »Äquivalenzmaßstab« ist dabei »die Lage der Männer« (S. 86), Ziel ein »Gleichgewicht im gesellschaftlichen Kräfteverhältnis zwischen den Geschlechtern« (S. 85). Das Ideal des »potentiellen Rollentauschs« (S. 85) ist dabei Slupik zufolge das in der Verfassung anvisierte soziale Ideal, ihre positive Utopie.

Die »Eignung der Idee vom potentiellen Rollentausch als Chancengleichheitskriterium« besteht dabei – so hebt Slupik hervor – »nicht etwa darin, daß man die existierenden Geschlechterrollen äquivalent setzt. Gerade weil sie nicht äquivalent sind, ist der Staat gehalten, Voraussetzungen für ihre Austauschbarkeit zu schaffen«. (S. 85 f.) Der Staat muß die Bedingungen schaffen, daß die bestehenden Geschlechterrollen austauschbar sind. Nur auf diese Weise ist ein Machtgleichgewicht im Geschlechterverhältnis erreichbar.

Slupiks Interpretation stellt sicherlich die fortschrittlichste und zugunsten von Frauen weitestgehende Möglichkeit der Auslegung des Gleichheitsgrundsatzes dar. Frauen können hiernach zur Herstellung eines (Macht-) Gleichgewichts im Geschlechterverhältnis und der realen Möglichkeit des potentiellen Rollentauschs die Beseitigung von direkter wie indirekter Diskriminierung (im Recht

und in der Wirklichkeit) sowie nachteilausgleichende, kompensatorische Regelungen, deren »Reichweite lediglich von dem sozialen Ideal der Geschlechterparität... begrenzt wird« (S. 136), fordern. Das ist gleichsam das verfassungsrechtlich abgesicherte emanzipatorische Optimum, das – wie klar sein dürfte – noch keineswegs ausgeschöpft ist.

Zugleich aber treten nun die strukturellen Grenzen des in unserer Verfassung formulierten Gleichheitsverständnisses deutlich hervor. Vier Punkte möchte ich abschließend hervorheben.

**Erstens:** Hierarchisch dominiert im Recht ein quantitativer Gleichheitsbegriff. Er ist am Bild der Waage und der Äquivalenz orientiert. Die gesellschaftlichen Möglichkeiten der Frau werden an denen der Männer als Benachteiligung erkannt. Dies gilt es auszugleichen, bis sich die Lage der Frauen der der Männer angeglichen hat, ein Gleichgewicht zwischen beiden hergestellt ist. Die Situation der Frauen ist dabei primär als Schlechterstellung, als Mangel im Blick.

**Zweitens:** Die Anerkennung der Gleichheit der Menschen ist Grundlage für die Anerkennung ihrer Gleichberechtigung. Im modernen Gleichheitsdiskurs wird zwar nicht die Verschiedenheit der Menschen gelugnet; sie gilt als Voraussetzung. Doch seine emanzipatorische Errungenschaft gegenüber der Ständegesellschaft des Feudalismus liegt vor allem darin, daß in ihm die Verschiedenheit der Menschen als sekundär erklärt wird, als unwesentlich gegenüber den allen menschlichen Wesen als solchen gemeinsamen Fähigkeiten und daß auf dieser Grundlage allen Menschen – eben weil und insoweit sie als Menschen alle gleich sind – die gleichen Rechte zugesprochen werden. Seine historische Grenze liegt jedoch zugleich eben hierin. Denn damit ist eine diskursive Unfähigkeit verbunden, die Verschiedenheit der Menschen anders als ein sekundäres Phänomen zu betrachten, von dem abgesehen oder das kompensatorisch ausgeglichen werden muß.

Für Frauen bedeutet dies im positiven Sinne, sie werden nunmehr endlich – wenn auch aufgrund gesellschaftlicher Benachteiligung nicht immer real, aber doch potentiell – als den Männern gleich an Fähigkeiten und damit gleich an Rechten angesehen; darin lag und liegt das emanzipatorische Potential des Gleichheitsbegriffs für Frauen. Dies impliziert aber andererseits, daß die Anerkennung

ihrer Verschiedenheit nur nachträglich bzw. in negativer und damit letztlich diskriminierender Form möglich ist, als etwas nämlich, was Frauen gemessen an den Möglichkeiten von Männern benachteiligt und daher ausgeglichen werden muß. Das Recht der Frau auf Gleichbehandlung mit dem Mann sowie auf kompensatorische Ungleichbehandlung wird dementsprechend mit ihrer Gleichheit bzw. mit der Forderung begründet, daß sie als gleich an Fähigkeiten anerkannt wird. So betont Slupik auch die Sonderrolle rechtlicher Regelungen wie dem Mutterschutz, da hier »nicht etwa das Prinzip der faktischen Gleichheit die Rolle eines Grundes für ein Recht auf rechtliche Ungleichbehandlung mit Männern (spielt), sondern ein Umstand, nämlich die Schwangerschaft, der beim männlichen Geschlecht gar nicht auftreten kann«. (S. 90)

Mit anderen Worten: Im herkömmlichen Gleichheitsdiskurs ist es in einem ganz grundlegenden Sinne nicht möglich, Verschiedenheiten der Menschen als *gleichwertig* nebeneinander bestehen zu lassen, also in einer nicht hierarchisierenden und damit nicht diskriminierenden Weise anzuerkennen. Seine diskursive Logik zwingt, im Gegen teil, zu einer Subsumtion unter ein angeblich allgemeines Drittes, den Menschen, das sich inzwischen nur allzu klar als patriarchal hegemoniale normative Verallgemeinerung »männlicher« Vorstellungen, Denk- und Lebensweisen erweist. Die Anerkennung der Menschen als gleiche und damit gleich an Rechten impliziert die diskursive Unmöglichkeit einer *rechtlich* positiven Anerkennung ihrer Verschiedenheit.

**Drittens:** Die Frau mag sich daher drehen und wenden wie sie will, im herrschenden Gleichheitsdiskurs ist Maßstab für ihre Gleichberechtigung immer der Mann. Er ist Subjekt dieses Diskurses, die Frau tritt nur in Relation zu ihm auf. Die Frau ist kein gleichberechtigtes, denn das hieße, eigenständiges Subjekt. Die Formulierung ihrer Rechte geht nicht von ihrer gesellschaftlichen Situation aus, von ihren Fähigkeiten, Erfahrungen, Kompetenzen und ihren Interessen. Die gesellschaftliche Lage des Mannes, seine Fähigkeiten, seine normativen Standards sind Gradmesser für ihre emanzipatorische Entwicklung.

**Viertens:** So präferiert diese Gleichheitskonzeption auch das gesellschaftspolitische Ideal des potentiellen Rollentausches. Es soll ge-

sellschaftlich möglich werden, daß die bestehenden Rollen austauschbar werden: Frauen ebenfalls gleichberechtigt im Beruf tätig sind und Männer familiale Aufgaben übernehmen können. Es geht nicht in erster Linie darum, bestehende Rollen in sich zu problematisieren, sodaß Frauen also von ihren Erfahrungen und Interessen her bestimmen können, wie sie arbeiten, Karriere machen, wie sie Familie, Kinder und Leben miteinander verbinden wollen.

Die in der aktuellen Diskussion um eine Gleichheit ohne Angleichung (Ute Gerhard) artikulierte Erfahrung des Zwanges zur Anpassung von Frauen an herrschende, von Männern gemachte Standards erweist sich hiernach also nicht als Zufall, als dem Gleichheitsdiskurs lediglich äußerlich, sondern es zeigt sich, daß dies ein immanentes, ein mit dem darin präfizierten Gleichheitsverständnis strukturell verbundenes Problem ist. Da für Slupik die diskursive Logik des rechtlichen Gleichheitsdiskurses kein Thema ist, sie diesen lediglich, so radikal wie möglich, auf die Frauen ausgedehnt sehen möchte, übersieht sie, wie sie damit patriarchale Denkweisen und Ausgrenzungen reproduziert und daß die Gleichberechtigung der Frau eigentlich einer Korrektur des in der Verfassung formulierten Gleichheitsverständnisses bedarf.

*Andrea Marhofer*

überhaupt. Auch nach dem Zweiten Weltkrieg, in der Zeit der naturrechtlichen Kehren, galt die theoretische Abgehobenheit und ethische Indifferenz als das entscheidende Manöver dieser Theorie, und in den fünfziger Jahren gehörte es zum unhinterfragten Allgemeingut deutscher Juristen, Kelsens Positivismus eine indirekte Mündigkeit an der Machtergreifung der Nationalsozialisten zuschreiben. Es ist bezeichnend, daß noch Ernst Bloch in seinem 1960 erschienenen Werk *Naturrecht und menschliche Würde* bruchlos an dieses Urteil anknüpfte und in der Reinen Rechtslehre nicht mehr zu schen vermochte als einen sich selbst überschlagenden Formalismus, ein völlig sinnentleertes Rechtsdenken.

Diesem Urteil möchte Horst Dreier widersprechen. Für ihn ist das Werk des Juristen Hans Kelsen nicht das Produkt eines weltabgeschiedenen Theoretikers, der, im Mythos vom elsenbeinernen Turm der Wissenschaft gefangen, eine unwirkliche Rechtsphantasie hervorbringt, sondern der zum Großteil gelungene Versuch, eine den Problemlagen der entwickelten bürgerlichen Gesellschaft angemessene Rechtstheorie zu begründen. Es ist das in weiten Teilen gelungene Ergebnis eines mit ungeheurer Strenge und Selbstdisziplin durchgeföhrten Bemühens, eine konsequent nachmetaphysische und radikal wertrelativistische Rechtslehre auszuarbeiten, »die den Objektivitäts- und Exaktheitsansprüchen der Naturwissenschaften und damit dem ›wissenschaftlichen Anspruchsniveau der Moderne‹ gerecht wird« (S. 27). Denn auf die moderne Gesellschaft antwortet Kelsen mit einem verfassungstheoretischen Entwurf, der die Koningenzerfahrung des modernen Subjekts akzeptiert, den Schritt zum ›Dezisionismus‹ bewußt vollzieht und der vorbehaltlos für die Demokratie optiert. Als Konsequenz aus der Einsicht in den »Prozeß zunehmender Verweltlichung des Denkens«, »der Entgöttlichung der Welt« (S. 99), entstehe hier ein Entwurf, der durchdrungen sei von der Überlegenheit offener demokratischer Verfahren und der »nicht, wie man vielleicht meinen könnte, nur ein längst vergangenes Ideal der Epoche des Aufklärungsnaturrechts mit dem Glauben an die rationalitätsverbürgende Kraft der Diskussion beschwört, sondern um die Änderungen der Gesellschaftsstruktur wie der politischen Organisation mit ihren Folgen für die Entscheidungsprozesse weiß« (S. 192).

*Horst Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Baden-Baden (Nomos-Verlagsgesellschaft) 1986, 322 S., 69,- DM*

Viele halten ihn noch heute für den Juristen des Jahrhunderts: Hans Kelsen, den Begründer der Reinen Rechtslehre. Und doch ist, wie jedermann weiß, die Formel vom Juristen des Jahrhunderts alles andere als unumstritten. Schon in der Diskussion mit den Weimarer Zeitgenossen überwogen die skeptischen Stimmen, ja mehr noch, für die Mehrzahl der damaligen Staatsrechtslehrer vollendete Kelsen in seinem System die Entleerung des juristischen Denkens, wie sie durch den staatsrechtlichen Positivismus des 19. Jahrhunderts bereits eingeleitet war, war die Reine Rechtslehre der »bewußt erreichte Nullpunkt« (Smend) juristischer Reflexion

Ein anspruchsvoller Entwurf also, und Horst Dreier hat diesen Entwurf auf eine, wie ich finde, durchweg gelungene Weise nachgezeichnet. Demnach setzen Kelsens Überlegungen damit ein, die Rechtswissenschaft als eine eigenständige, streng wissenschaftliche Disziplin zu begründen (S. 30). Diese Wissenschaft verschreibt sich ganz dem großen Mysterium des Rechts, dem rechtlichen Sollen als dem Sollen einer dauerhaften Rechtsordnung, und unterscheidet um ihrer Wissenschaftlichkeit und Exaktheit willen streng zwischen natürlicher und intelligibler Welt, zwischen »Recht und Fakt, Wert und Welt, Geist und Natur« (S. 52). Ganz in der Tradition des Neukantianismus stehend (S. 33), begründet Kelsen die Rechtstheorie als normative Disziplin, die ausschließlich die Gelungsebene rechtlicher Normativität zu ihrem Thema macht, oder genauer: die über ein System von Rechssätzen den Inhalt des Sinnes von Willensakten oder Rechtsnormen konstituiert und zu ermitteln versucht (S. 196 ff.). Gegenstandskonstituierend ist der Erkenntnisakt in dieser Lehre deshalb nur insofern, als durch ihn präskriptive Sätze in deskriptiver Weise erfaßt werden können. Erst durch ein artifizielles Deutungsschema beschreibender Rechtssätze wird es für den Juristen möglich, das positive Recht als sinnvolle Ordnung zu verstehen. Und erst durch die Annahme, daß diese Welt des Sollens in einer hypothetischen Grundnorm ruht, die Kelsen später durch das Konzept vom Stufenbau der Rechtsordnung ergänzt hat, gelingt es der Jurisprudenz, den Objektbereich ihrer eigenen Disziplin zu bestimmen und diese Welt des Sollens als normativ geschlossene Ordnung deuten zu können.

Bei diesem Entwurf ist nun aber von grundlegender Bedeutung, zu erkennen, daß Kelsen damit zwar an die Idee des transzendentalen Verfahrens anknüpft, dieses in einem entscheidenden Punkt gleichwohl modifiziert. Wie Horst Dreier in einem sehr schönen ideengeschichtlichen Abriß zeigt (S. 56 ff.), reinigt Kelsen die Transzentallogik nämlich von allen metaphysischen Beimengungen und Verunreinigungen. Während Kant in der Rechtslehre an dem unbedingten Postulat der praktischen Vernunft festhielt und somit dem Naturrecht im Sinne eines Vernunftrechts verhaftet blieb – ein Wertbezug, der sich als Orientierung an einer übergeordneten Idee auch in den unterschiedlichen Spielarten des Neukantianismus fort-

setzte (Lask, Cohen, Stammer und Radbruch) –, ist das Recht bei Kelsen nur noch reine Sollensordnung, grundsätzlich geschieden von anderen normativen Ordnungen wie Religion, Moral und Naturrecht. Die Idee einer Fundierung des Rechts in einem unabänderlichen und allgemeingültigen Ursprungsprinzip wird endgültig fallengelassen. Aus dem zwingenden Postulat wird eine mögliche Annahme. »Die Grundnorm ist... keine unausweichliche Größe. Sie fungiert lediglich als Platzhalter der Idee der Normativität. Man kann sie wählen und sich damit auf die normative Deutung des Rechtsmaterials einlassen oder auch nicht« (S. 88).

Aber nur wenn man sich auf die normative Deutung des Rechtsmaterials einläßt, ist es nach Kelsen möglich, Rechtsverhältnisse als Rechtsverhältnisse wahrzunehmen. Rechtliche Ordnung ist aber nicht Ausdruck einer Idee des richtigen Rechts, sie hat den Bezug zur alteuropäischen Vorstellung eines richügen Lebens ebenso eingebüßt, wie sie nicht mehr an die Konzepte einer formalen, nur noch auf das gerechte Leben ziellenden Ethik anzuknüpfen vermag. Kelsen reflektiert daher, daß das Recht als eigenständige Ordnung aus dem Lebensprozeß der Gesellschaft ausdifferenziert wird und, vermittelt über den modernen Parlamentarismus, sich mehr und mehr zu einem Instrument gesellschaftlicher Entwicklung und ihrer jeweiligen Mehrheitskoalitionen gestaltet (S. 91 ff.). So wie für Niklas Luhmann die Rechtsform mit ihrer Ausbreitung und Änderbarkeit zunehmend den Charakter der Trivialität annimmt, so sieht auch Kelsen, daß das Recht im Zuge seiner Vollpositivierung in eine beliebig handhabbare Ordnung zur Gestaltung und Umgestaltung der Gesellschaft verwandelt wird. Und so teilt die Reine Rechtslehre mit dem modernen Äquivalenzfunktionalismus und dem staatsrechtlichen Positivismus die Eigenschaft, »Ausdruck des realen Abstrahierungs- und Rationalisierungsprozesses zu sein. Mit ihrer These von der immanenten Beliebigkeit des Rechts spiegelt sie die – virtuell – totale Verfügungsgewalt der Gesellschaft über sich selbst wider« (S. 104).

Schon von ihrer theoretischen Anlage her erweist sich die Reine Rechtslehre deshalb viel stärker realitätsbezogen, als gemeinhin angenommen wird. Gerade weil Kelsen die Resultate des Prozesses der Rationalisierung weit ernster nimmt, als viele seiner konservativen Gegenspieler, kann er die repräsentative

Demokratie als die einer hochdifferenzierten Gesellschaft angemessene ›Staatsform‹ begreifen. Dreier zieht somit gegen die eigene Interpretation und gegen die eigene These Kelsens, daß die Reine Rechtslehre eine Theorie des positiven Rechts schlechthin sei, eine Verbindung zwischen den Elementen des Werkes, die dieser zeit seines Lebens als zwei unverbunden nebeneinander stehende Teile betrachtet hat. Da Kelsen jede Fundierung des Rechts in einer vorgeordneten Idee des Guten ablehnt – und d. h., »nonkognitivistische Ethik mit positivistischer Rechtstheorie verbindet« (S. 246) –, bestehe zwischen der neutralen, universalistischen Rechtslehre auf der einen Seite und dem persönlich favorisierten Modell einer demokratischen Verfassungsform auf der anderen Seite ein deutliches Korrespondenzverhältnis (S. 249). Wenn Kelsen in seiner Demokratietheorie auch zunächst sehr abstrakt ansetzt und die Demokratie aus einem recht ahistorischen Begriff der Freiheit entwickelt, so zeigt Dreier insbesondere im fünften Abschnitt seiner Untersuchung, gelangt er doch zu einem klar verfahrensorientierten Verfassungskonzept. Für Kelsen ist der demokratische Verfassungsstaat deshalb nicht Ausdruck einer »immer schon vorausgesetzte(n) und vorzusetzende(n) Basis von (Art-) Gemeinsamkeiten« (S. 251), sondern ein in sich manigfach gebrochenes System, das in seinen wesentlichen Teilen auf der Prämisse der Ungewißheit, auf der Grundlage von Schwankungen operiert. Kompromiß, Interessenkämpfe, prinzipielle Ermöglichung des politischen Ausgleichs und den beständigen Versuch, minoritäre Positionen auszuhalten und diese nicht per staatlichen Autoritätsanspruch hors la loi zu stellen – das sind für Dreier die wesentlichen Konstruktionselemente der Kelsen'schen Demokratietheorie, zu der es in einer entzauberten Welt keine Alternative gibt (S. 291).

Wenngleich man bei der Lektüre des Buches von Dreier bisweilen den Eindruck gewinnt, daß der Autor selbst eine normative Letztbegründung der Demokratie für möglich oder wünschenswert hält (vgl. etwa S. 183 ff., S. 192 ff., Fn. 194 einerseits; S. 159 ff., Fn. 18 andererseits), so muß es dennoch als Verdienst dieser Untersuchung gewertet werden, die Verbindung von Reiner Rechtslehre und Wertrelativismus mit überzeugenden Argumenten dargestellt und schärfer als je zuvor herausgearbeitet zu haben. Damit stellt sich

Dreier nicht nur zu Recht gegen jene Interpretationsrichtung, die gerade diese entscheidende Leistung des Kelsen'schen Positivismus heute wieder revidieren möchte<sup>1</sup>. Dreier kann zudem deutlich machen, wie sehr die Reine Rechtslehre, indem sie auf einen auf sich selbst verweisenden Sollensbegriff insistiert, mit Max Webers Konzept der legalen Herrschaft kommuniziert und damit an die Auffassung anknüpft, daß die Schaffung und Abänderung beliebigen (bestehenden) Rechts im demokratischen Verfassungsstaat durch formal, gewillkürte Satzung erfolgt. Kelsen stand also in diesem Punkt ganz nahe bei den Verfassungskonzepten in Weimar, die primär prozedural, an den experimentellen Formen politischer Willensbildung ausgerichtet waren (H. Heller, Anschütz, Thoma u. a.); und aufgrund seiner wertrelativistischen Prämissen bleibt Kelsen für die Weiterentwicklung einer solch pluralistischen Rechtstheorie, vielleicht mehr noch als jene, einer der ersten Ansprechpartner.

So sehr es dem Autor insgesamt gelingt, den häufig vorgebrachten Vorwurf der Affirmation weitestgehend zu entkräften und Kelsen damit vor einer allzu schnellen Verurteilung im Sinne der »Denkblockade der Nachkriegsjahre« (S. 225, Fn. 367) in Schutz zu nehmen, so wenig haltbar ist doch letztlich die – von Dreier wohl vertretene – These, daß die Reine Rechtslehre nun tatsächlich eine wert- und wertungsneutrale Rechtslehre darstellt. Es ist sicher nicht von der Hand zu weisen, daß Kelsens Begriffsapparat ein hohes Maß an Objektivität in der Rechtswissenschaft sicherstellt, aber dieses System der reinen Begriffe ist deswegen noch lange nicht neutral. Denn zu einer Zeit, zu der selbst die bürgerliche Philosophie in Deutschland die Wahrheit eines rein technisch-wissenschaftlichen Lebensentwurfs infragezustellen beginnt, bleibt Kelsens Programm in einer eigenümlichen Weise naiv szientistisch und fortschrittsgläubig, und das nicht nur in einem wissenschaftstheoretischen Sinn. Indem Kelsen den Objektivitäts- und Allgemeinheitsanspruch des positiven Rechts – mag dieser für den Theoretiker der Reinen Rechtslehre auch gewisse allgemeine soziale Voraussetzungen haben – nicht als Leistung der reinen Vergesellschaftung dechiffriert

<sup>1</sup> Vgl. nur Ralf Dreier, Recht – Moral – Ideologie, Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt 1981, S. 217 ff., S. 227; S. 180 ff., S. 204.

kann, sondern ganz im Gegenteil diesen Universalismus als Leistung der wissenschaftlichen Exaktheit und Rationalität hinstellt (S. 98), verfehlt er vollständig ein Unternehmen, das die Form des abstrakten Rechts eben als Rechtsform der bürgerlichen Gesellschaft begriffe. Kelsens gesamte Konstruktion scheidet jede kritische Reflexion auf das abstrakt formale Recht aus ihrem Kategorienapparat aus und findet somit kein reflexives Verhältnis zu dem aus der reinen Vernunft geborenen Kosmos strikter Normprogramme. Wengleicht Kelsen demokratietheoretisch gesehen auch ein Pluralismustheoretiker war, so blieb er in seinen rechts-theoretischen Grundlagen doch stets ‚Universalist‘. Daß im Allgemeinheitsanspruch des Formalrechts selbst ein Macht- und Herrschaftspotential angelegt ist, das, neben aller darin enthaltenen Rationalität, auch erst ermöglicht, Ungleichnamiges komparabel zu machen und alles Nichtidentische virtuell auszuscheiden, blieb jedenfalls für Kelsen Zeit seines Lebens ein fremder Gedanke, d.h. auch die Reine Rechtslehre entscheidet sich vorweg, nicht anders als der ‚bürgerliche Klassenfeind‘, für die Ordnung. Und noch in einem weiteren, ganz wichtigen Punkt hätte ich mir von Dreier etwas mehr Selbstvertrauen in die konsequente Umsetzung seiner eigenen Einsichten gewünscht. Auch Kelsen muß, wenn die Reine Rechtslehre über die Funktion ihrer fortlaufenden Selbstbestätigung hinaus denn irgendneinen Sinn haben soll, davon ausgehen, daß es Evidenzen für die Möglichkeit einer begründenden Subjektivität gibt. Daß sich aber die moderne, auf Technik und Wissenschaft geprägte bürgerliche Gesellschaft aus der Perspektive des Vernunftsubjekts erschließen läßt, ja daß die hyperkomplexe, funktional differenzierte Weltgesellschaft das Produkt menschlichen Willens sei und von Menschen beherrscht werde, ist eine Annahme, die im Zeitalter der »technischen Realisation« (Forsthoff) massiv infragegestellt werden muß. Zwar scheint das Schlagwort von der »Entzauberung des Staates« (H. Willke) die Staatslehre noch nicht erreicht zu haben, aber im Lager der Soziologie mehren sich doch die Stimmen, die die klassische Tradition einer politisch definierten Gesellschaft nun selbst hinterfragen. Daß die Politik noch als Kulminationspunkt aller Willen und Interessen der Menschen und Bürger gefaßt werden kann, diese Annahme selbst ist heute problematisch

geworden, und die Konsequenzen, die sich aus dieser Entwicklung ergeben, wird auch Kelsen in einem Punkte sich vorhalten lassen müssen: nämlich ob es sich die Reine Rechtslehre nicht gar zu einfach macht, wenn sie die Frage nach der Einheit des Staates als einem die Gesellschaft zusammenhaltenden Herrschaftsverband nur noch als Frage nach den Bedingungen der Einheit der Rechtsordnung eines solchen Herrschaftsverbandes zuläßt – und sie überdies auf rein formalistische Weise lösen zu können meint. Es sollte doch wenigstens nachdenklich stimmen, wenn heute Überlegungen immer nachhaltiger plausibel erscheinen, die alle Bemühungen für obsolet erklären, den Begriff der Einheit des Rechtssystems für die Verfassungslehre zu retten, die vom Zerfall der klassischen Einheitskonzeptionen ausgehen und den Verlust staatlicher Ordnungs- und Steuerungsleistung durch das Konzept einer »agonalen Komplexität« ersetzen wollen<sup>2</sup>. Und es sollte auch zu denken geben, wenn selbst Niklas Luhmann in einer neueren Veröffentlichung entschieden davon abrückt, die Einheit des Rechtssystems von einer vorausgesetzten Grundnorm abhängig zu machen und von der gegenwärtig so prägenden »gesellschaftlichen Überdetermination« des Rechts spricht, die nach Luhmann dazu zwingt, die Vorstellung von der Einheit des Rechtssystems strikter noch als Kelsen rein prozedural zu fassen, sie von allen vorausgesetzten Elementen zu befreien<sup>3</sup>.

Überprüft man die hier (und andernorts) vorgetragenen Thesen im Hinblick auf ihren verfassungstheoretischen Gehalt, dann deutet einiges darauf hin, daß wir uns inmitten einer Entwicklung befinden, in der die moderne Gesellschaft als politische Gesellschaft zu verschwinden droht. Scheinbar hat die bürgerliche Gesellschaft auf Grund der ihr eigentümlichen Autonomisierungstendenz inzwischen einen Grad an Unabhängigkeit erreicht, daß das »einigende Band, die gesellschaftliche Synthesis« (S. 224) gerade nicht mehr in normativen Zusammenhängen gesucht werden darf; und wir leben wohl inmitten einer Umbruchphase, in der eine Verfassung immer deutlicher sichtbar wird, die

<sup>2</sup> Karl-Hennt Ladeur, Computerkultur und Evolution der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft. Zur Theorie rechtlichen Entscheidens in komplexen Handlungsfeldern, in: ARSP 74 (1988), S. 218 ff., S. 232.

<sup>3</sup> Niklas Luhmann, Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts, in: Rechtstheorie 19 (1988), S. 11 ff., S. 24.

nur noch als Anhänger des materiellen Produktionsprozesses ohne eigene Autonomie und ohne eigene Substanz mitgeschleift wird. Es ist klar, daß dieser Abbau normativer Strukturen und ihre fortschreitende Ersetzung durch kognitive Mechanismen unter dem Vorzeichen einer weltweit vernetzten, spezifisch neuzeitlichen Zeitökonomie mit dem Kategoriensystem der Reinen Rechtslehre schlechterdings nicht zu begreifen ist. Nun spricht, wie schon angedeutet, für Dreier, daß er vor diesen Problemen nicht die Augen verschließt und darauf an den verschiedenen Stellen seines Buches zurückkommt; etwa wenn er der Interpretationslehre in Kelsens System bescheinigt, daß sie dort aufhöre, »wo die konkreten Probleme der Rechtsdeutung anfangen« (S. 145 ff., S. 148). Oder wenn Dreier in der mit Verve und Temperament geschriebenen Schlussbetrachtung dieses Problem sogar in den Mittelpunkt rückt, wenn es heißt, daß die gesamte Konstruktion Kelsens mit der Frage nach den Bedingungen stehe und falle, die individuelle wie kollektive Freiheit auch heute ermöglichen und sichern. »Kelsen beschwört diese Verhältnisse, ohne über ein tragfähiges Konzept zu verfügen, das Auskunft über ihre Realisierungsbedingungen gäbe. Oft bleibt er bei der Idee autonomer, freier Rechtssubjekte stehen, die in merkwürdig ungeschichtlicher Raum- und Zeitlosigkeit ihr Recht, ihre Gesellschaft, ihre Demokratie praktisch-tätig herstellen. Die nicht nur für uns entscheidende Frage dürfte aber sein, ob eine derartige Vorstellung menschlicher Subjektivität und Individualität, von Autonomie und Selbstbestimmung überhaupt noch angemessen oder nicht bereits hoffnungslos antiquiert ist« (S. 290).

Daß auch Kelsen nach der ungeheuren intellektuellen Anstrengung, der er sich zweifellos unterzogen hat, nicht viel mehr bleibt als der Glaube an Immanuel Kant und »an die Wirklichkeit menschlicher Vernunft« (S. 290) – darin wird man Horst Dreier vorbehaltlos zusammen können. Hinzuzufügen wäre nur, daß die ungebrochen aktuelle Aufgabe der Verfassungstheorie dann sicher nicht darin bestehen wird, »Recht, Staat und Demokratie als Einheit zu denken« (S. 294). Vor diesem Hintergrund wird sie sich vielmehr – und das mit aller Entschiedenheit – die Frage stellen müssen, ob sie Recht, Staat und Demokratie überhaupt noch als Einheit denken kann.

Thomas Vesung

J. Perels, *Demokratie und soziale Emanzipation. Beiträge zur Verfassungstheorie der bürgerlichen Gesellschaft und des Sozialismus*, Hamburg (VSA-Verlag) 1988, 240 S., 29,80 DM

1. Ganze juristische Bibliotheken werden, wie man weiß, durch einen einzigen Federstrich des Gesetzgebers Makulatur: Wie aber, wenn der Federstrich nicht vom Gesetzgeber kommt, sondern von der Zeitgeschichte? Machen wir uns klar: Abgesehen von der UdSSR, Albanien und China gibt es keine sozialistischen Länder mehr; bei genauerer Betrachtung ist auch die UdSSR nicht mehr das, was sie einmal war. DDR und BRD stehen kurz vor einer noch vor wenigen Monaten von niemandem für möglich gehaltenen Wiedervereinigung, und dies, man mag es begrüßen oder bedauern, zu »kapitalistischen Bedingungen«. Wie es aussieht, wird es die Welt, so wie wir sie erlebt haben – mit dem Grundwiderspruch zwischen kapitalistischen und sozialistischen Ländern – nicht mehr geben; angesichts der Umweltproblematisierung darf man bezweifeln, ob der Gegensatz zwischen Kapital und Arbeit gesellschaftintern jene dominierende Rolle (in der einfachen Form des Kampfes um die Verteilung von gesellschaftlichem Reichtum und gesellschaftlicher Macht) spielen wird, die er über ein Jahrhundert gespielt hat. Um all diese Fragen und Probleme kreist aber der von Perels vorgelegte Sammelband »Demokratie und soziale Emanzipation«; müssen wir also das Wort von der Makulatur erweitern?

2. Der Sammelband ist in zwei große Abschnitte aufgeteilt: »Freiheitsrechte und bürgerliche Gesellschaft« und »Freiheitsrechte und Sozialismus«. Im ersten Abschnitt widmet sich Perels dem Problem des Grundkonenses (»Grenzmarken der Verfassung«, 12 ff.), der nationalsozialistischen Vergangenheit der furchtbaren Juristen (»Die Restauration der Rechtslehre nach 1945«, 35 ff.), dem ewigen Problem des polnischen Sireks (»Die Rechtmäßigkeit des polnischen Demonstrationsstreiks«, 64 ff.), dem neuen Konservativismus nach der Wende (»Die rechtlichen Instrumentarien des Neo-Konservativismus«, 107 ff.) sowie dem Verhältnis von Grundrechten und Demokratie (»Sind Grundrechte und Demokratie unvereinbar?«, 119 ff.). Die Beiträge zu dem Problemfeld »Freiheitsrechte und Sozialismus« beschäftigen sich mit den Reformen bzw. Re-

formversuchen in Polen, der Tschechoslowakei und der UdSSR Anfang der 80er Jahre bzw. seit 1986; die Themenstellung läuft mit den Beiträgen zum bürgerlichen Staat teilweise (soweit überhaupt möglich) parallel. Die Verfassungstheorie der Brežnev-Zent (»Der staatlich verordnete Sozialismus«, 143 ff.), die Austragung von Meinungs- und Interessengegensätzen im Sozialismus (»Meinungsfreiheit und Sozialismus«, 161 ff.; »Koalitionsfreiheit und ›realer‹ Sozialismus«, 173 ff.; »Rechtstypus und gesellschaftliche Aneignung«, 190 ff.) sowie die Reformen der sozialistischen Gesellschaft und des sozialistischen Staates, besonders auch zum Rechtsstaat hin (»Öffentlichkeit als Produktivkraft«, 190 ff.; »Kein Sozialismus ohne demokratische Rechtsordnung«, 228 ff.) bilden in diesem zweiten Teil die thematischen Schwerpunkte von Perels. Die Arbeiten datieren aus der Zeit seit 1975.

3. Sammelände sind ein sperriges Material für Rezensionen, da es viele Inhalte und viele Thesen gibt, der Rezensent sich aber nicht mit allen auseinandersetzen kann. Daher sollte es im folgenden auch weniger um die inhaltlichen Thesen gehen, als vielmehr um den Versuch, unter Mißbrauch des Autors als Prototyp gewisse Charakteristika einer vielleicht der Vergangenheit angehörenden Problemkonstellation darzustellen; das Thema der Konstellation: »Jurist und Sozialist in der BRD: Zwischen reaktionär-bürgerlicher (aber sozialstaatlicher) Bundesrepublik und dem realen (aber auch echten?) Sozialismus«; oder auch: »Zur Phänomenologie des homosinister intellectualis«.

a) *Ausgezeichnet und scharfsinnig* ist die Analyse der »faschistischen« Vergangenheit und der in vielem leider ungebrochenen Kontinuität zwischen der Bundesrepublik und dem Dritten Reich; besonders lesenswert etwa der Artikel zur Restauration der deutschen Rechtslehre nach 1945, an dem man etwa am Beispiel von Smend lernen kann, daß die Frage, ob ein Rechtslehrer Nationalsozialist wurde oder nicht, weniger eine Frage seiner wissenschaftlichen Inhalte und Lehren als vielmehr eine Frage der konkreten Person war. Sehr informativ etwa auch die Geschichte der Entwicklung des Gleichheitssatzes u. a. mehr.

b) *Mißtrauisch und von Verschwörungsfurcht geprägt* ist die Darstellung der aktuellen Verfassungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, besonders schön zu demon-

strieren in der Entwicklung der Rechtsprechung zu Art. 14 GG (53 ff.) oder auch bei der Darstellung des Neo-Konservativismus. Da schimmert auf eigentümliche Weise immer so ein bißchen die Vorstellung durch, daß konservative oder auch sozialdemokratische, d. h. auf alle Fälle nicht sozialistische Tendenzen auf heimütische Weise den notwendigen Gang der Welt aufhalten. Dies verhindert, wie der ehemalige reale Sozialismus zeigt, die Anerkennung auch anderer gesellschaftlicher Interessen als legitum (weil sie eben nicht die richtigen sind) und ein gelassenes – mit anderen Worten: demokratisches – Umgehen mit der Tatsache, daß die anderen nun einmal die Mehrheit haben.

c) *Rat- und hilflos* ist die Bezeichnung zum Sozialismus und den sozialistischen Ländern: Das Fehlschlagen eines gesellschaftlichen Versuchs muß erklärt werden, ohne daß jenes Gesellschaftsmodell kritisiert oder gar widerlegt wird, dessen mißglückte Umsetzung der fehlgeschlagene Versuch darstellt: als sei dies noch nicht kompliziert genug, muß das Erklärungsmuster selbst natürlich wieder sozialistisch sein. (Darüber hinaus will man selbstverständlich auch noch hier und da Licht in all dem Schatten finden). Das führt dann (nicht nur) bei Perels zu einigen Salti rückwärts mit harter Landung. Die soziale Sicherung, festgemacht an kostenloser Bildung, ärztlicher Betreuung und am Recht auf Arbeit in der UdSSR, ist, bei etwa 40% der Bevölkerung unter der Armutsgrenze und einem alles andere als vorbildlichen Bildungs- und Gesundheitssystem, leider gerade kein Vorzeige- oder Erbauungsobjekt (156). Daß Strafnormen gegen Unterdrückung von Kritik sinnlos sind, da sich solche Probleme nicht strafrechtlich steuern lassen, und daß gerade die UdSSR zu (regelmäßig erfolgloser) Steuerung von sozialem Verhalten über das Strafrecht tendiert, hätte Perels herausstellen müssen: Vor diesem Hintergrund ist die Einführung einer die Unterdrückung von Kritik penalisierenden Strafrechtsnorm kaum weniger beeindruckend (218). Seine Hervorhebung des neuen Grundprinzips »es ist alles erlaubt, was nicht verboten ist« übersieht, daß in der UdSSR noch nicht die Frage beantwortet ist: »Kann man denn alles verbieten?« (234).

4. So muß das Gesamurteil über den Sammelband von Perels vermischt ausfallen. Stärken und Schwächen linker Intellektueller/Juristen in der Bundesrepublik Deutschland

lassen sich hier paradigmatisch studieren. Insofern ist dann aber auch die Lektüre über die vordergründigen Themen hinaus interessant; im übrigen: Wer schwelgt nicht gern in ein wenig Nostalgie, auch wenn sie durch »Makulatur« hervorgerufen wird.

Alexander Blankenagel

Bernd Rüthers, *Carl Schmitt im Dritten Reich. Wissenschaft als Zeuge-Versäumung?*, München 1989, 107 Seiten, 14,90 DM.

Die hier anzuziegende Schrift des Konstanzer Zivilrechtslehrers Bernd Rüthers befaßt sich mit demjenigen deutschen Staatsrechtslehrer, der wie kein anderer bis in die jüngste Zeit hinein eine Flut an Publikationen über sein Werk und seine Person ausgelöst hat<sup>1</sup>. Der Verfasser, publizistisch im Hinblick auf die Befassung mit dem Recht des NS-Staates mehrfach ausgewiesen<sup>2</sup>, hat sich mit seiner Schrift das Ziel gesetzt, dokumentarisches Material zur Situationsbezogenheit der Schmitt'schen Schriften und Thesen zu vermitteln (S. 101). Dieses Unterfangen ist ihm nach Ansicht des Rezessenten gelungen, bietet doch die kleine Schrift eine erste, flüssig lesbare, einführende, mit weiteren Nachweisen versehene Lektüre für denjenigen, der sich erstmalig mit Person und Werk Carl Schmitts befassen möchte. Nachteilig sei vermerkt, daß sie demjenigen Leser, der sich bereits mit dem Buch »Entartetes Recht« des Verfassers befaßt hat, nur wenig Neues zu bieten vermag, da insofern eine große Dekungsgleichheit mit dem z. Kapitel dieses Buches besteht.

Daß der Werdegang Carl Schmitts im Dritten Reich kein Einzelfall, sondern vielmehr exemplarisch für das Verhalten vieler Intellektueller zur damaligen Zeit war, zeigt Rüthers durch die Parallelen im Wirken des Philosophen Martin Heidegger, der Rechtsprofessoren Höhn, Koellreuther und Eckhardt einführend auf, die ebenso wie Schmitt nach

dem Kriege keinen Lehrstuhl mehr erhielten. Der Hauptteil (S. 43–92) hat Weg und Werk Schmitts im Nationalsozialismus zum Gegenstand. Nach Schilderung der damaligen Rahmenbedingungen in den Rechtswissenschaftlichen Fakultäten, die systematisch von jüdischen Rechtslehrern »gesäubert« wurden, beschreibt Rüthers zunächst die Entwicklungsphasen des Schmitt'schen Werks von 1933 bis zur Tagung der Reichsgruppe Hochschullehrer im NS-Rechtswahrerbund am 3. und 4. 10. 1936, auf der Schmitt einen hemmungslosen Antisemitismus propagierte. Zur Jahreswende 1936/37 verlor Schmitt aufgrund von Intrigen, in die Koellreuther, Eckhardt und Höhn verwickelt waren, seine Ämter und seinen Einfluß in der NS-Hierarchie, behielt jedoch seinen Berliner Lehrstuhl. Er wandte sich in seinen Publikationen der nachfolgenden Jahre 1939–1944 Fragen der »Großraumordnung« zu (S. 83–92), deren Erörterung von ständigen antisemitischen Schmähungen geprägt war.

Rüthers beschließt sein Buch mit einem Abschnitt über Vielfalt und Akrobatik der Deutungen von Werk und Person Schmitts (S. 92–107), zu denen dieser in seiner ihm artreigenen Begrifflichkeit – erwähnt seien hier nur die Stichworte »Benito Cceno« des Völkerrechts und »San Casciano« – einen nicht unerheblichen Beitrag leistete. Insgesamt dürften bei Schmitt, wie bei der Vielzahl der im Nationalsozialismus schreibenden und lehrenden Rechtsprofessoren, Verschweigen und Verdrängen die Hauptstrategien der Vergangenheitsbewältigung dargestellt haben.

Daß Vergangenheitsbewältigung als solche bis in unsere jüngste Gegenwart hincin von Aktualität sein kann, beweisen die Ereignisse in der DDR. Auch dort dürfte die abschließende Feststellung von Rüthers in ihrer Tendenz zutreffen, daß Juristen wenig dazu neigen, einmal etablierte Unrechtssysteme durch mutiges und entschlossenes Handeln zu beseitigen (S. 107). Daß manche von ihnen ex post betrachtet dennoch als »Widerstandskämpfer« verstanden werden wollen, mag allzu menschlich erscheinen. Es entbindet – dies sei hier ohne Pathos gesagt – nachfolgende Generationen jedoch nicht davon, Vergangenheitsforschung zu betreiben, nicht um die Vergangenheit endgültig zu »bewältigen«, sondern um daraus Lehren für die Zukunft zu ziehen.

Andreas Müller

<sup>1</sup> Vgl. etwa H. Quantusch (Hrsg.), *Complexio oppositorum – Über Carl Schmitt*, Berlin 1988, mit Beprechung von Stefan Breuer, KJ 1989, S. 500ff.; sowie die jüngst erschienene Monographie von H. Quantusch, *Ponsonen und Begriffe Carl Schmitts*, Berlin 1989, und den Beitrag von C. H. Ule, Carl Schmitt. Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, VerwArch 81 (1990), 1.

<sup>2</sup> *Entartetes Recht*, 1. Auflage, München 1989; *Die unbegrenzte Auslegung*, 3. Auflage, Zürich 1988.

Haben sua fata libelli. Wer eine 1966 in den USA vorgelegte Dissertation, die 1980 mikroverfilm wurde und im Deutschen Lih-verkehr in einem Exemplar kursiert, das die Staatsbibliothek Preußischer Kulturbesitz 1989 endlich angeschafft hat – wer eine solche Arbeit kritisch besprechen will, muß sie auf zwei Ebenen würdigen: Forschungsgeschichtlich ist die Leistung des Verfassers für die Zeit der Entstehung seiner Studie zu bestimmen, und forschungspraktisch gilt es den gegenwärtigen Belang der Arbeit, nachdem sie nun endlich allgemein benutzbar ist, einzuschätzen.

Stern hat sowohl die linken Erhebungen 1919, insbesondere die Münchner Räterepublik, den Bürgerkrieg an der Ruhr 1920 und die kommunistischen Aufstände von 1921 und 1923 als auch den Kapp-Lüttwitz-Putsch und das Femenord-Unwesen der Rechten skizziert und die Bewältigung dieser Fälle durch die Weimarer Justiz untersucht. Um das Urteil für die erwähnte erste Ebene gleichsam zu eichen, bietet sich daher die im selben Jahr 1966 erschienene Arbeit von H. Hannover und E. Hannover-Drück »Politische Justiz 1918–1933<sup>1</sup> an, die zwar keiner akademischen Ambition entsprang, aber aus juristisch und historisch bewanderter Feder stammt, mit Vorworten von K. D. Bracher bzw. J. Perels gelehrt und 1987 zum drittenmal aufgelegt wurde: unbestreitbar das Standardwerk zum Thema, das denn auch fast den gesamten von Stern behandelten Stoff abdeckt.

Doch da geht die Funktion des Maßstabs unversehens über. Während Hannover/Hannover-Drück nämlich 1966 ihre Darstellung in einem gewissermaßen phänomenalistischen Ansatz lediglich auf veröffentlichtes Material stützten (ihr Interesse galt hauptsächlich dem »Erscheinungsbild der politischen Justiz, wie es sich dem interessierten Zeitgenossen jener Jahre bieten mußte«, S. 14), hat Stern in der ersten Hälfte der 60er

Jahre bereits regulär geschichtswissenschaftlich gearbeitet, also über die eingehende Sichtung der Literatur hinaus einen Großteil der im Westen lagernden einschlägigen Archivalien benutzt, insbesondere Ministerial- und Justizakten eingesehen und die Nachlässe Lütgebrune und v. Seeckt ausgewertet. Daraus resultiert ein beträchtlicher Niveaunterschied: Sterns Schilderung der justiziellen Aufarbeitung der Münchner Räterepublik beispielsweise, vor allem der gnadenlosen Spruchpraxis der bayerischen Volksgespräkte und des Schicksals Eugen Levinés, ist den entsprechenden Ausführungen von Hannover/Hannover-Drück an Intensität und Einbezug der Hintergrundzusammenhänge ebenso überlegen wie etwa seine Darstellung der »Organisation Consul<sup>2</sup>. Mitunter wirkt der Abstand schier grotesk: Stern hat 1966 bereits den von Hannover/Hannover-Drück noch schlicht ignorierten Fall Ecchenbach brauchbar dargestellt, und über den Fall des Femeopfers Wilms, den diese in einer Fußnote erwähnen, wird bei jenem auf einem Dutzend Seiten gehandelt. Freilich heißt eine solche Differenz festzustellen im Grunde weniger den US-Historiker Stern zu loben für seine geschichtswissenschaftlich normale Arbeit, als vielmehr staunend innezuwerden, welches fachliche Leichtgewicht zur gleichen Zeit in Deutschland zum Erfolgsbuch geriet und uns unverdrossen nun schon zum drittenmal praktisch unverändert vorgesetzt wird.

Behindert wurde Sterns Forschung durch den Umstand, daß ihm die Benutzung in der DDR befindlicher Archivalien sowie etlicher Akten des Landesarchivs Berlin verwehrt wurde. Was das für sein Thema bedeutete, haben just Hannover-Drück/Hannover ein Jahr später eindrucksvoll demonstriert: Mit ihrer Dokumentation des Mordes an Rosa Luxemburg und Karl Liebknecht<sup>3</sup> hat sich die einschlägige, obendrein unglückliche Darstellung dieses Falles bei Stern einfach erledigt. Stern hat jenes Handikap durch eingehende Forschung in westdeutschen Archiven auszugleichen versucht. Wo dieser Kunstgriff nicht half, geben manche Passa-

<sup>1</sup> Heinrich Hannover/Elisabeth Hannover-Drück, Politische Justiz 1918–1933 (mit einer Einleitung von Karl Dietrich Bracher), Frankfurt a. M. 1966; 2. Auflage (mit Beiträgen (sc. = Rezensionen) von Fritz Bauer und Richard Schmid) Hamburg 1977; 3. Auflage (mit einem Vorwort von Joachim Perels) Bornheim-Merten 1987.

<sup>2</sup> Vgl. dazu die noch eingehendere Vorpublikation: Howard N. Stern, The Organisation Consul. JMH XXXV (1963), S. 20–32.

<sup>3</sup> Elisabeth Hannover-Drück/Heinrich Hannover (Hrsg.), Der Mord an Rosa Luxemburg und Karl Liebknecht. Dokumentation eines politischen Verbrechens, Frankfurt a. M. 1967.

gen, etwa zum Fall Marloh – und das ist enttäuschend – trotz der Berufung auf den Klassiker E.J. Gumbel und den von Stern überschätzten Pitaval F. K. Kauls aus dem Jahre 1953 quellenmäßig nur den Stand des aufmerksamen Zeitungslesers des Jahres 1919 wieder. Insgesamt jedoch hat Stern 1966 unzweifelhaft eine beachtliche geschichtswissenschaftliche Leistung erbracht.

Den heutigen Nutzen dieser Studie freilich kann man vielleicht in das Bild eines alten Staketenzauns nach vielen Unwettern fassen: Ganze Teile sind fortgerissen, andere halten nur noch norddürftig. Natürlich erübrigt es sich nach Schuelers Fechenbach-Biographie<sup>4</sup> oder der Untersuchung von Bauer/Schmidt über die bayerischen Volksgerichte<sup>5</sup>, noch die einschlägigen Partien bei Stern zu konsultieren, wenn man nicht gerade Rezeptionsgeschichte treibt. Aber was z.B. die Ahndung der Fememorde der Schwarzen Reichswehr angeht, haben die Forschungs»stürme« den

»Zaun« offenbar nicht ernstlich geprüft; dazu wird man, obwohl sich gerade hierauf die Restriktionen des Landesarchivs Berlin bezogen, immer noch durchaus mit Gewinn bei Stern jedenfalls sich zu unterrichten beginnen können.

Das juristische Urteil des Historikers Stern wird man nicht überbewerten. Seine Einschätzung der Ursachen und Konsequenzen der offenkundigen politischen Schlagseite der Weimarer Justiz sowie der potentiellen Abhilfen dagegen ist eher konventionell bzw. überholt<sup>6</sup>, doch würzt einmal ein frisches Urteil: »At no time during the Weimar era was the situation comparable to that presently existing in certain sections of the American South« (p. 454).

Es bleibt ein Stück publikationspolitisches Jammers: Eine materialreiche Untersuchung über ein auch politisch hochinteressantes Thema deutscher Zeitgeschichte 23 Jahre lang nicht greifbar – einen solchen Streich sollten die Kollegen aus der Neuen Welt nicht zu oft spielen.

Otmar Jung

<sup>4</sup> Hermann Schueler, Auf der Flucht erschossen. Felix Fechenbach 1894–1933. Eine Biographie, Köln 1981.

<sup>5</sup> Franz J. Bauer/Eduard Schmidt, Die bayerischen Volksgerichte 1918–1924. Das Problem ihrer Vereinbarkeit mit der Weimarer Reichsverfassung, ZBLG 48 (1985), S. 449–478.

<sup>6</sup> Vgl. Gotthard Jasper, Justiz und Politik in der Weimarer Republik, ViZ 30 (1982), S. 167–205 (192–205).