

Ulrich K. Preuss, *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts* Frankfurt/Main 1980 (Suhrkamp Verlag), 356 Seiten, DM 30,-.

I.

Die Legalität wird zunehmend zu einer politischen Verkehrsform, die lediglich noch ihre eigene Außerkraftsetzung zu legitimieren vermag, dieses Resümee seiner 1973 publizierten rechtstheoretischen Studie »Gesellschaftliche Bedingungen der Legalität«¹ antizipierte eine verfassungsstrukturelle Entwicklung, die unter den Stichworten der Normalisierung des Ausnahmezustandes bzw. des »alltäglichen Notstandes« als das entscheidende Charakteristikum der Veränderung der Formen politischer Herrschaft in der Bundesrepublik insbesondere in der zweiten Hälfte der 70er Jahre Schlagzeilen machte.

In Preuß jüngster Monographie aus dem Jahr 1979 mit dem geheimnisvollen Obertitel »Die Internalisierung des Subjekts« fällt die Diagnose über Zustand und Entwicklungsperspektive der Gesellschaft sogar noch deutlich schärfer, katastrophentheoretisch radikalisiert aus. Danach haben sich alle drei elementaren Vernunftkategorien, um die das frühliberale Konzept einer rationalen, seiner eigenen Geschichte und Geschehnisse mächtigen Vergesellschaftung zentriert war, nämlich Individuum (Subjekt), Recht und Staat im Entfaltungsprozeß der bürgerlichen Gesellschaft zur Irrationalität hin aufgelöst: In dem Maße, wie das Legalitätssystem weitgehend durch andere Strategien und Mechanismen gesellschaftlicher Steuerung überlagert,

zersetzt und aufgelöst worden und damit »die Konstituierung einer sozialen Ordnung durch Recht der Idee nach aufgegeben worden ist« (258), unterliegen auch das individuelle wie das gesellschaftliche Subjekt (Individuum und Staat) grundlegenden Veränderungen, die zu einer gänzlich veränderten Konstruktion von Subjektivität und politischer Herrschaft sowie des Verhältnisses beider zueinander geführt haben.

Zentral geht es dabei nach Preuß um einen parallelen Prozeß des Verlusts an Souveränität, der in gleicher Weise zur Zerstörung der Autonomie des Individuums wie zur Schwächung der »ordnungspolitischen Kraft« (257) des Gesetzgebers geführt hat. Nicht nur das Individuum wird unter die »Regelmäßigkeiten und Funktionsimperative der gesellschaftlichen Ordnung« (250) gezwungen, sondern auch der Gesetzgeber wird an die »Bewahrung einer inhaltvollen Identität des Gemeinwesens« (250) gebunden; für seinen »verlorengegangenen Eigenwert« (271) wird das individuelle Subjekt durch – ihrerseits monetär konvertierbare – staatliche Kompensationsleistungen entschädigt, »individuelle Identität (wird) durch etwas definiert, was austauschbar ist« (272) mit der Konsequenz, daß das »subjektive Widerstandspotential, das die biographische Einmaligkeit jedes Individuums in die kollektive Selbstreproduktion der Gesellschaft einbringt, vollkommen ausgelöscht (ist)« (329). Ebenso wenig wie das Individuum »biographische Einmaligkeit« unter gesellschaftlichen Bedingungen auszubilden vermag, unter denen »ihm sein ökonomischer und sozialer Wert gewissermaßen verordnet wird« (270), ebenso wenig ist das System politischer Herrschaft in der Lage, den gesellschaftlichen Zusammenhang bewußt zu gestalten und ihm dadurch historische Einmaligkeit zu verleihen. Zwar wird das politisch-administrative

1 In: Legalität und Pluralismus, Beiträge zum Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt/M., 1973, S. 105 ff. (112 f.).

System zur Sicherung der gesamtgesellschaftlichen Reproduktion mit immer weitergehenden Kompetenzen ausgestattet und dadurch in seiner Machtfülle gigantisch gestärkt; jedoch bleibt diese Stärke in ihrer Substanz kraftlos, weil sie der Kompetenz zur fundamentalen sozioökonomischen Umgestaltung, zur Entscheidung über legitime ökonomisch-soziale Besitzstände beraubt ist. Infolge dieser Entsubstantialisierung staatlicher Gewalt entwickelt sich der Staat gleichsam zu einer unbewußten, nicht länger souveränen Reproduktionsmaschinerie: »... gesellschaftliche Regeln (folgen) zunehmend nur noch der Opportunität der Erhaltung eines gesellschaftlichen Zusammenhalts...«, der keine Identität mehr hat... Die Entfaltung bürgerlicher Subjektivität hat ihre Geschichte hinter sich; wir leben im geschichtslosen Zustand einer Gesellschaft, in der wir alle (immerhin) für ihre Versagungen materiell entschädigt werden«.

(329 f.)
Diese Pointe von einer subjekt- und geschichtslos gewordenen, vollständig unvernünftigen (wenn auch funktionierenden) Gesellschaft ist das illusionslose Resultat von Preuß' Analyse des Funktionswandels des subjektiven Rechts und der um diese Kategorie gruppierten zentralen rechtlichen Grundbegriffe privatautonomer Vergesellschaftung (Rechtssubjektivität, subjektiv-öffentliches Recht, öffentliches Recht).² Die diesen Funktionswandel reflektierende Begriffsgeschichte des subjektiven Rechts ist durch zwei Momente charakterisiert: Einmal durch den zunehmenden Verlust der »sozialphilosophischen Begründung« (22) des subjektiven Rechts aus der sittlichen Autonomie des Subjekts, zum anderen durch eine parallele stufenweise Verobjektivierung seines Bezugspunktes. Ursprünglich konzipiert als Herrschaftsrecht des ausschließlichen, andere ausschließenden Habens, als Mechanismus der Zuordnung sowie Verteilung von Lebensgütern, worin das Individuum als Subjekt, die Lebensgüter als Objekt vorausgesetzt sind und ihre Vergesellschaftung durch den individuellen Willen im Medium der Freiheit erfolgt, treibt die Subjektivität der Individuen mit dem Markt ein Handlungssystem

hervor, »innerhalb dessen sich die Verteilung der Lebensgüter nach eigener Logik vollzieht und der Beherrschung durch die Subjekte entzogen ist« (21). Die Sozialethik des subjektiven Rechts verändert sich: Sie liegt nunmehr in der Einheit von Sachherrschaft und sozialer Machtlosigkeit auf dem Markt, in der »Begrenzung subjektiver Herrschaftsbefugnis auf das individuelle Interesse« (38) bei gleichzeitiger »Verantwortungslosigkeit für die sozialen Folgen individuellen Handelns« (37). Im Zuge der ökonomischen Konzentration erweitert sich einerseits der »soziale Wirkbereich individueller Freiheit« (d.h. soziale Macht) und andererseits wird die soziale Ordnungsfunktion des kapitalistischen Wirtschaftsprozesses immer weniger durch die »immanenten Gegenwirkungen des Marktprozesses« garantiert (27), sondern muß durch staatliche Intervention durchgesetzt werden. Als einen derartigen Versuch, »die das subjektive Recht kennzeichnende einseitige und niemand verantwortliche Bestimmungsmacht über andere... zu mildern, in dem die soziale Ordnungsfunktion des privatrechtlich verfaßten Wirtschaftsprozesses als Grenze subjektiven Beliebens geltend gemacht wird« (27), begreift Preuß die in neueren Privatrechtstheorien zu beobachtende Ethisierung des subjektiven Rechts im Sinne einer materialen Ethik sozialer Verantwortlichkeit. Damit wird die »soziale Ordnungsfunktion eines auf Privateigentum an Produktionsmitteln beruhenden Wirtschaftssystems... zum Gegenstand von Verhaltenspflichten gemacht« (27 f.). Juristisch reflektiert sich dies darin, daß das subjektive Recht »nicht länger eine in der Autonomie des Individuums fundierte Sphäre individueller Herrschaftsmacht« darstellt, auch nicht mehr als bloßer »Zurechnungspunkt für Lebensgüter« (23) fungiert, sondern »eine soziale Funktion des Einzelnen im gesellschaftlichen Prozeß« (24) bezeichnet.

Im Anschluß an diese einleitende Skizze der Veränderung des subjektiven Rechts formuliert Preuß die beiden Fragestellungen, denen er in seiner Untersuchung nachgeht: Zum einen, welche »Form das subjektive Recht unter (solchen) gesellschaftlichen Bedingungen annimmt« (28), unter denen sich die gesellschaftlichen Beziehungen der Menschen nicht mehr durch »ein System von Zuordnungen individuell beherrschter Lebenssphären organisieren« (28) und reflektieren lassen, zum anderen, welches die »recht-

² Zum Problem der Rechtssubjektivität vgl. auch R. Knieper, Selbstbestimmung als Selbstdisziplinierung und Fremdbestimmung, in: ders., Zwang, Vernunft, Freiheit – Studien zur juristischen Konstruktion der bürgerlichen Gesellschaft Frankfurt/M. 1981, S. 9 ff.

liche Struktur politischer Herrschaft und der sie legitimierenden Prinzipien sozialer Gerechtigkeit im Rahmen einer Verfassungsordnung (ist), in der das subjektive Recht eine zentrale Funktion hat« (29).

Die Analyse der ersten Fragestellung, des Form- und Funktionswandels des subjektiven Rechts, die den ersten Teil seiner Arbeit ausmacht (Kap. II–V), resümiert er wie folgt: Weil Gesellschaft heute zunehmend durch »übergreifende staatliche Ordnungspolitiken hergestellt wird« und die »um Marktfreiheit, Staatsbürgergehorsam und liberale Öffentlichkeit gruppierten besitzindividualistischen Formen der Vergesellschaftung keine Realität mehr haben«, kommt es zum Funktionswandel des subjektiven Rechts, den er als »Internalisierung des Subjekts« (31) charakterisiert: »Darunter ist der Vorgang der Transformation »subjektiven Eigenhabens« – des Ursprungsmythos bürgerlicher Vergesellschaftung – in bewußte soziale Ordnung zu verstehen. Unter Bedingungen bewußter Herstellung sozialer Ordnung verwandelt sich die durch das subjektive Recht bezeichnete Herrschaft durch Ausgrenzung in Herrschaft durch Eingrenzung . . . Internalisierung bezeichnet dabei den Prozeß der Überführung der gesellschaftlichen Beziehungen der Individuen unter die Kontrolle ordnungsgarantierender Autoritäten« (31 f.). Dieser Definitionsversuch der »Internalisierung des Subjekts« ist eigentümlich unscharf und fügt der einleitend geschilderten Veränderung der Begriffsgeschichte des subjektiven Rechts nur insofern etwas Neues hinzu, als der Autor nunmehr in aller Deutlichkeit davon ausgeht, daß die bestehende soziale Ordnung *bewußt* hergestellt wird und die besitzindividualistischen Formen der Vergesellschaftung keinerlei Realität mehr haben.

Was er allerdings unter der »Bewußtheit« der Herstellung dieser neuen Sozialordnung versteht, ist unklar: Ist es doch, wie dargelegt, eines der Resultate der Untersuchung, daß es an jeglichem gesellschaftlichen oder geschichtlichen Subjekt fehlt, welches als Träger eines derartigen Vernunftattributs bezeichnet werden könnte. Man wird Preuß daher – in Übereinstimmung mit seinen Formulierungen auf S. 27 ff. sowie den Kap. VI–X – wohl so verstehen müssen, daß ihm zur Charakterisierung des gegenwärtigen Gesellschaftssystems eher ein Konzept des »organisierten Kapitalismus« vorschwebt, in dem die »soziale Ordnungsfunktion des

kapitalistischen Wirtschaftsprozesses« durch staatliche Interventionsstrategien hergestellt und stabilisiert wird. Dann freilich ist die Formulierung, daß die »besitzindividualistischen Formen der Vergesellschaftung« – wie z. B. das subjektive Recht, aber auch Eigentum und Vertragsfreiheit – keine Realität mehr hätten, erheblich überpointiert: Ist es doch gerade das zentrale Dilemma dieses Gesellschaftstypus, daß die bewußte Gestaltbarkeit sozialer Verhältnisse in einer – freilich näher zu bestimmenden Weise – begrenzt und eingeengt wird durch die Funktionsgesetzmäßigkeiten der kapitalistischen Ökonomie und das ihr zugrundeliegende System »individueller Präferenzen« (33), ein Dilemma, dessen rechtliche Ausdrucksform ja gerade den Gegenstand der Preuß'schen Untersuchung bildet.

Doch nicht nur hinsichtlich der Bestimmung der gegenwärtigen Gesellschaftsstruktur sind die Formulierungen wenig konsistent, teilweise widersprüchlich, jedenfalls sehr unscharf; gleiches gilt – bezogen auf den privatrechtlichen, ersten Teil der Arbeit – auch für den Zentralbegriff der Untersuchung, mit der das wesentliche Grundmuster des Funktionswandels des subjektiven Rechts bezeichnet werden soll, für die »Internalisierung des Subjekts«. Darunter faßt Preuß ganz unterschiedliche soziale Sachverhalte wie z. B. das Lohnarbeitsverhältnis (juristisch: speziell das Direktionsrecht und die Gehorsamspflicht) (43 f.), die private Aneignung von positiven »externen Effekten« privater Güter (im Patent- und Warenzeichenrecht), (51 ff., 34) den Schutz von Unternehmen vor öffentlicher Kritik (durch Zuerkennung eines verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereichs auch für Juristische Personen) (69) oder etwa die Transformation von Grundrechten wie der Wissenschaftsfreiheit in eine gleichheitswidrig privilegierte Organisationsgewalt von Professoren über den Wissenschaftsprozess (97).

Es scheint jedoch zweifelhaft, zumindest ungenau, die Gemeinsamkeit dieser »Internalisierungsprozesse« gemäß der oben zitierten Definition in der »Überführung der gesellschaftlichen Beziehungen der Individuen unter die Kontrolle ordnungsgarantierender Autoritäten« (32, ähnlich 103) zu sehen. Eher schon bezeichnen diese sozialen Sachverhalte die genuine Janusköpfigkeit einer Vergesellschaftung auf der Basis des subjektiven Rechts, in der sich die scheinbar rein auf

dingliche Güter bezogene Sachherrschaft stets als soziale Herrschaft, immer auch als Herrschaft von Menschen über Menschen offenbart. Dieses Phänomen ist nun weder ein neues Resultat des »organisierten Kapitalismus« – es kennzeichnet Eigentümergeellschaften seit je –, noch macht Preuß an dieser Stelle plausibel, warum es heute eine erhöhte oder veränderte Relevanz besitzt bzw. welches seine spezifisch neuen sozialen Funktionen und rechtlichen Formen sind. Zu sehr verbleiben die Formeln von der Wandlung von »Herrschaft durch Ausgrenzung in Herrschaft durch Eingrenzung« (32), von der Erfassung der Individuen in bürokratischen Großorganisationen, die die sozialen Interaktionen intern kontrollieren, nach außen monopolisieren (103), phänomenologisch-assoziativ, als daß sie schlüssig einen neuen Typus der Verzahnung von privater Willkür (i. S. verantwortungsloser Freiheit) und sozialer Herrschaft herauspräparieren.

Um so eindringlicher gelingt dies aber dem Autor im Verlauf des zweiten Teils seiner Untersuchung (in Kap. VIII) in Zusammenhang mit der Analyse der veränderten rechtlichen Strukturen politischer Herrschaft. Der Leser, der nicht bereits vorher – entnervt ob der z. T. äußerst trocken-abstrakten, zudem nicht immer einheitlichen Begrifflichkeit und der undurchsichtigen Systematik des Argumentationsaufbaus – das Opus beiseite gelegt hat, wird hier für seine Mühe belohnt. Die soziale Funktion und die rechtlichen Spezifika von »Internalisierungsprozessen« bestimmt Preuß, indem er auf das insbesondere von J. Habermas und C. Offe verwendete soziologische Paradigma der Diskrepanz von System- und Sozialintegration zurückgreift (245 ff.). Danach besteht für alle sozialen Systeme das Problem der möglichen Nichtübereinstimmung zwischen den objektiven Wirkungszusammenhängen der Gesellschaft (den sog. »Gesetzmäßigkeiten«) und den sozialen Folgen individueller Handlungsorientierungen – ein Problem, welches für die auf subjektiven Interessen und Motivationen basierende kapitalistische Privatrechtsgesellschaft von struktureller Brisanz ist:

So scheitert das frühbürgerliche Legalitätskonzept von Beginn daran, daß es die Mechanismen der System- und Sozialintegration nicht zur Deckung bringen kann mit der Folge, daß sich das in diesem Rationalitätsmodus politischer Herrschaft nur scheinbar »aufgehobene«, in Wirklichkeit aber ver-

deckte soziale wie politische Gewaltverhältnis in dem (zeitlichen) Nebeneinander von Legalzustand und Ausnahmezustand Geltung verschafft. Im Zuge der ökonomisch-politischen Konzentration und des damit einhergehenden Verlusts der Vergesellschaftung durch den Markt wird die soziale Stellung des Einzelnen zum Ergebnis politisch-administrativer Produktion, er selbst zum sozialen Rollen- und Funktionsträger, der von seinen subjektiven Rechten (»Freiheiten«) nur mehr einen funktionalen, funktionsgerechten Gebrauch machen darf.

Bezugspunkt dieses funktionalen Gebrauchs sind die »sozialen Ordnungsgehalte« der privatkapitalistischen Produktionsweise, die in Form einer Hierarchie sozialethisch formulierter Werte in das Legalitätssystem Einzug halten. Damit verändert sich das System der rechtlichen Normierung individueller Verantwortlichkeit, welches traditionell bestimmt war durch die Kongruenz individualistischer Herrschaft und Haftung, und zwar in eine *zweifache Richtung*: Einerseits werden die sozialen Wirkungen individueller Handlungen durch neuartige personalistische Rechtskonstruktionen (wie etwa die Kategorie des Grundrechtsmißbrauchs) den Individuen zugeschrieben – obwohl evident ist, daß die sozialen Effekte individueller Handlungen kaum noch von einzelnen beherrscht werden können (*»Internalisierung«*). Andererseits werden die sozialen Wirkungen individueller Handlungen monetarisiert, damit teilbar und umverteilt gemacht und auf Dritte, in der Regel auf die Allgemeinheit verschoben wie etwa im Umweltschutzrecht (*»Externalisierung«*).

Beide Strategien lassen sich interpretieren als Versuche, die stets drohende Entkoppelung des Zusammenhangs von System- und Sozialintegration präventiv zu verhindern und insofern sind sie die modernen, im Zuge der vielfältigen Krisenvermeidungs- und -bewältigungsstrategien ausgebildeten *Alternativen zur Legalität*: Internalisierung stellt den Versuch dar, die objektiven Funktionsgesetzmäßigkeiten des Systems zu synchronisieren mit den Mechanismen sinngeliteten, normorientierten Handelns (*»Systemintegration durch Sozialintegration«*), Externalisierung ist der Versuch der Abschottung der Funktionsimperative vor gesellschaftlich relevanten Handlungsmotiven, die Steuerung des Sozialprozesses außerhalb des Systems motivierender Normen über das Medium des

Geldes. »Die negative Gemeinsamkeit beider Strategien liegt darin, daß die Konstitution einer sozialen Ordnung durch Recht der Idee nach aufgegeben worden ist« (258). Im Gegensatz zum Legalitätssystem bedeuten sie nach Preuß den Verzicht auf jegliche bewußte politische Gestaltung der Sozialordnung: Die Internalisierung zwingt die Individuen zur Anpassung an subjektlose Gesetzmäßigkeiten und verpflichtet auch den Gesetzgeber an die »Bewahrung einer inhaltvollen Identität des Gemeinwesens . . . , weil andernfalls die Existenz einer mit spezifischer Identität ausgestatteten sozialen Ordnung nicht glaubhaft ist« (250). Er ist daher gemäß dem ausdrücklichen Verfassungsbefehl des Art. 20 GG an die »verfassungsmäßige Ordnung« gebunden und unterliegt der Rechtsprechungsgewalt des Bundesverfassungsgerichts. Durch die Strategie der Externalisierung wird die steuernde Kraft des Legalitätsmechanismus nach deren Kriterien der Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit bzw. legitim/illegitim in dem Maße hinfällig, wie der Gesetzgeber hinsichtlich aller umverteilender Maßnahmen (einschließlich der Sozialisierung nach Art. 15 GG) zur Entschädigungsleistung verpflichtet ist. Das Resultat ist Entpolitisierung, Rückzug des Staates aus sozialordnenden Funktionen (259), Verlust seiner ordnungspolitischen Kraft (257). Parallel zu diesem Prozeß der Ersetzung des Legalitätssystems durch alternative Mechanismen der Regulierung des sozialen Prozesses verändert sich auch das Verhältnis von Individuum und Staat grundlegend (= eine Entwicklung, die Preuß allerdings ohne jeglichen systematischen Bezug zu den dargestellten Alternativen zur Legalität in Kap. VII und IX analysiert): Die Grundrechte werden »aus Bastionen gegen ungesetzlichen Zwang in Garantien privater Sphären gegen die gesetzgeberische Ordnungsgewalt transformiert; damit wurde jene Subjektivierung des politischen Prozesses ausgelöst, der unsere gegenwärtige politische Ordnung bestimmt« (126). In dem Maße, wie zunehmend alle Lebensbereiche politisch-administrativ vermittelt werden (167), der Staat generell »zum Garanten der sozialen Bedingungen der in den einzelnen Grundrechten umschriebenen individuellen und kollektiven Lebenstätigkeiten« erklärt wird (170) und staatliches Handeln insgesamt nur noch als Grundrechtserfüllung, als sozialstaatliche Grundrechtspolitik betrachtet wird, werden aus

individuellen Grundrechten Organisationswerte des Staates (188). Dies hat zwei bedeutende Konsequenzen: Einerseits kommt es zu neuerlichen Diskriminierungen, die – wie etwa in der Berufsverbotspraxis – auf den staatsbürgerlichen Status des Einzelnen durchschlagen, weil »alles dem Staatsziel Entgegenstehende auch keinen grundrechtlichen Schutz mehr genießen kann, da die Objektivation der Grundrechte bereits in den (staatlichen) Organisationszielen aufgehoben ist« (187). Da andererseits die Erstellung öffentlicher Güter und die Ausgestaltung der Institutionen, die zum Schutz öffentlicher Güter existieren, als staatliche Grundrechtspolitik im Vollzug individueller Ansprüche erscheinen, wird den Einzelnen ein Recht auf bestimmte Organisationsstrukturen (z. B. Universität), Organisationsziele (Schule: Toleranz) oder Organisationshandeln (Anspruch auf Tätigwerden der Polizei) eingeräumt, deren Inhalt und Umfang von den Gerichten definiert wird. Die Folge ist die Austrocknung des politischen Prozesses bei gleichzeitiger Steigerung der staatlichen Machtbefugnisse »über die konstitutionellen Grenzen hinaus« (181); denn alle Grundrechte, selbst scharf konturierte oder explizit uneinschränkbare, werden politisch disponibel zugunsten des Funktionierens kollektiver Güter (so z. B. die Gewissensfreiheit von Wehrdienstverweigerern zugunsten des Interesses an einem ungestörten Dienstbetrieb der Bundeswehr (177), das individuelle Leben zugunsten kollektiver Sicherheit im Fall Schleyer (178 f.) oder die Grundrechte von Angeklagten in Strafverfahren zugunsten einer funktionstüchtigen Rechtspflege und des Prinzips »materieller Gerechtigkeit« (180)). Mit der Transformation der Grundrechte in Organisationswerte des Staates kehrt sich die Funktion der Grundrechte in ihr Gegenteil: Die Rechte des Individuums, »im sozialen Leben und politischen Prozeß anders zu sein und Widerspruch anzumelden«, gehen auf den Staat über, der sich »die durch die individuelle Freiheit begründeten sozialen Verkehrsformen an(eignet)«: »Aus der Freiheit der Individuen zum Anderssein wird die Befugnis des Staates zum »Andersbehandeln« der seinem Rechtszwang unterworfenen Bürger« (188).

Als Maßstab dieser Beurteilung und Bewertung des Einzelnen durch den Staat fungiert nach Preuß eine politische Wert- oder Würdeordnung. Der für bürgerliche Verfassungs-

staaten ganz ungewöhnliche Sachverhalt, daß der Begriff der Menschenwürde nach dem Grundgesetz in Art. 1 eine derart zentrale Stellung einnimmt, erklärt sich danach als Konsequenz des zunehmenden Versagens des Marktes »als zentralem Mechanismus der Bewertung und Verteilung« (265). An die Stelle des Marktes sind politisch-administrative Verteilungssysteme getreten, die konkrete Verteilung ist das Resultat von bargaining-Prozessen sozialer Interessenorganisationen. Da es aber in der politischen Sphäre keinen immanenten Bewertungsmechanismus (wie »Wert«) gibt, wird die Zuteilung gesellschaftlicher Ressourcen nach Maßgabe einer politischen Wertskala legitimiert: »Der politische Status des Individuums in einer administrativen Würdeordnung (wird) nicht länger durch seinen Eigen-Wert bestimmt, da ihm sein ökonomischer und sozialer Wert gewissermaßen verordnet wird« (270). Diesem »Regime der Wertordnung« liegt eine »neue Konstruktion von Subjektivität zugrunde« (271): Das Individuum bezieht seinen Wert nunmehr aus einem staatlich zur Verfügung gestellten (monetär konvertierbaren) Surrogat für seinen verlorengegangenen Eigenwert (z. B. Arbeitslosengeld), womit »individuelle Identität durch etwas definiert (wird), was austauschbar ist. Im Idealfall entsteht ein System wechselseitiger Kompensationsmöglichkeiten, in dem alle Bedürfnisse und Interessen auf allen Stufen gegeneinander austauschbar sind« (272). Dies findet seinen juristischen Ausdruck darin, daß alle Interessen und Freiheiten auf einen gemeinsamen Wert bezogen werden, die menschliche Würde: Die Grundrechte werden folglich sämtlich miteinander kommensurabel und können gegeneinander abgewogen werden und da alle staatliche Politik als Grundrechtsverwirklichung erscheint (und die Achtung und der Schutz der Menschenwürde zu ihrer obersten Funktionsbestimmung erhoben wurde), werden in diesen Abwägungsprozeß auch die staatlichen Einrichtungen, also gesellschaftliche wie politische Herrschaftsverhältnisse direkt miteinbezogen. Somit können »beliebige Präferenzen zwischen Grundwerten und Gemeinschaftswerten aufgestellt werden« (273) – die dominante Stellung des Begriffs der Menschenwürde im Grundgesetz erweist sich als Ausdruck und Vehikel der politischen Fungibilisierung des Individuums für wechselnde staatliche Präferenzen. Umso empfindlicher reagiert der

Staat auf jede »Gefährdung seines Bewertungsmonopols« (279) und erstreckt seine Kontrolle auf Gesinnungen, Gefühle etc. sowie auf die sinnproduzierenden Institutionen wie Schulen und Hochschulen.

Im abschließenden X. Kapitel diskutiert Preuß die Konsequenz, die sich aus der Entwicklung eines solchen Systems für eine Theorie sozialer Gerechtigkeit ergeben. Im Mittelpunkt dieser Auseinandersetzung stehen dabei wohlfahrtsökonomische Ansätze sowie die Theorie von Rawls. Danach bleibt das Problem, wie auf der Basis individueller Präferenzen ein System sozialer Präferenzen zu entwickeln sei, ungelöst; denn alle Versuche einer Ableitung sozialpolitischer Gestaltungs- und Umverteilungsmaßnahmen aus individuellen Präferenzskalen setzen die Harmonisierbarkeit der individuellen Interessen voraus. Dadurch wird die »Hegemonie des Privatismus als Sozialprinzip gegen die soziale Selbstbestimmung des Subjekts« (318) gekehrt, der Staat verwaltet die Rechte der Vielen gegen die nicht harmonisierbaren Interessen der Abweichler, die ausgeschlossen und nach Prinzipien wechselnder Toleranz/Intoleranz verwaltet/diskriminiert werden.

II.

Die Arbeit von Preuß erinnert weithin mehr an eine Aufsatzsammlung, der erst nachträglich und ohne die notwendige Überarbeitung ein gemeinsamer kategorialer Bezugsrahmen aufgesetzt wurde, als an eine theoretisch durchstrukturierte Analyse des Funktionswandels des subjektiven Rechts. Wenn nämlich die hier vorgenommene Darstellung ihres Inhalts und die Interpretation ihres zentralen theoretischen Bezugsrahmens richtig ist, dann geht es in der Untersuchung inhaltlich keineswegs spezifisch um die »Internalisierung des Subjekts«, sondern um die Herausarbeitung der »Alternativen zur Legalität«, die ja gleichermaßen in Strategien der Internalisierung wie der Externalisierung bestehen. Von diesem Begriffspaar her – und von der Bestimmung seiner spezifischer Relevanz für kapitalistische Gesellschafter im Kontext des Paradigmas von Systemversus Sozialintegration aus – hätten die einzelnen Untersuchungsschritte begründet und reformuliert werden müssen. Dann wären zahlreiche begriffliche Unschärfen und unverständliche Gedankensprünge vermeidbar gewesen, die nach meiner Kenntnis viele

davon abgehalten haben, die Untersuchung bis zum Ende durchzuarbeiten und sich mit ihr kritisch-produktiv auseinanderzusetzen. Daß bis jetzt, also ca. zwei Jahre seit ihrer Publikation, noch immer keine Besprechung erschienen ist (wenn auch der Begriff der ›Internalisierung‹ sich hier und da einschleicht), ist sicherlich ebenfalls ein Resultat dieser Überwälzung der begrifflichen Synthetisierungs- und Strukturierungslast auf den dadurch überforderten Leser. Zum besseren Verständnis der Monographie sei empfohlen, die Lektüre mit Kapitel VIII zu beginnen und zur Vertiefung den Aufsatz von C. Offe »Unregierbarkeit«, Zur Renaissance konservativer Krisentheorien³ sowie von U. K. Preuß über »Die Aufrüstung der Normalität«⁴ heranzuziehen, in denen sehr viel klarer und systematischer die soziologische wie rechtstheoretische Relevanz des Kategorienpaars System- und Sozialintegration dargestellt wird.

Nun soll dieser Aspekt der ungenügenden inhaltlich-systematischen Konsistenz der Arbeit jedoch nicht überbetont werden. Denn sie präsentiert sich gerade in diesem Mangel als Ausdruck eines fortschreitenden, nicht nachträglich geglätteten Reflexionsprozesses, dessen Resultate – wie in folgenden skizziert werden soll – für die weitere rechtstheoretische Diskussion durchaus bedeutsam sind. Bemerkenswert ist zunächst, daß Preuß die in seiner 1973 publizierten Studie »Gesellschaftliche Bedingungen der Legalität«⁵ entworfene rechtstheoretische Konzeption grundlegend revidiert hat.⁶ Die Zerstörung der Rechtsrationalität wird nicht mehr an der fortschreitenden Zerstörung rechtlicher Formstrukturen im Gefolge ökonomischer Konzentrationsprozesse und zunehmender Staatsintervention festgemacht. Ausdrücklich verwirft er nunmehr jede direkte *Ableitung* der Gehalte rechtlicher Regelungen aus ökonomischen Beziehungen, womit auch für seine frühere Parallelisierung von allgemeinem Gesetz und Wertabstraktion einerseits sowie konkreter, zweckbezogener Maßnahme und Gebrauchswert andererseits kein Platz mehr ist (66, Fn. 6).

Wenn Preuß gleichwohl nach wie vor die Zersetzung der zentralen Vernunftkategorien bürgerlicher Vergesellschaftung behauptet – und zwar in gleicher Weise für das Individuum, den Legalitätsmechanismus und den Staat – so bleibt zu fragen, von welchen gesellschaftlichen Mechanismen die Logik dieses Zerfallprozesses getragen ist. Ein einheitliches Interpretationsmuster hierfür findet sich in der Arbeit nicht, vielmehr bietet der Autor eine Fülle von Erklärungen an, die sich zudem einander teilweise widersprechen, zumindest jedenfalls nicht schlicht ergänzen. Da ist von ökonomischer Konzentration mit dem Ausfall des Marktmechanismus die Rede, von der immer enger werden den Verknüpfung aller Lebens- und Tätigkeitsbereiche, von der bewußten Herstellung von gesellschaftlichen Ordnungsstrukturen durch staatliche Politiken mit der Konsequenz, daß die um Marktfreiheit, Staatsbürgergehorsam und liberale Öffentlichkeit gruppierten Vergesellschaftungsformen keine Realität *mehr* hätten. Ob diese Vergesellschaftungsformen freilich je Realität hatten und ob diese, selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, ihre vernunftidealen emphatischen Konnotationen zu Recht verdienten, scheint indes auch Preuß durchaus zweifelhaft: Die Kategorie des subjektiven Rechts war stets schon begleitet von sozialen Herrschaftskompetenzen gegenüber den abhängig Arbeitenden einerseits, der »Freiheit« von Verantwortung für die sozialen Folgen subjektiver Willkür und basierte auf einem umfassenden System ökonomisch-sozialer, aber auch politisch-staatsbürgerlicher Ausgrenzungen (besondere Gewaltverhältnisse). Es war daher keineswegs eine »äußerliche Unvernunft«, die sich im rechtlosen Gewaltverhältnis des Ausnahmezustands manifestierte, sondern das »innere Sozialprinzip« (165) einer derartigen Vergesellschaftungsform selbst. Die Veränderung der rechtlichen Basiskategorien im Entwicklungsprozeß der bürgerlichen Gesellschaft entspricht dieser Formulierung zufolge weniger dem Bild ihres fortschreitenden Zerfalls als dem ihrer konsequenten Entfaltung und Enthüllung ihres sozialen Gehalts.

Wird die Entwicklung der bürgerlichen Gesellschaft dagegen entsprechend dem vorherrschenden Interpretationsmuster der Studie ausschließlich aus der Perspektive ihrer idealen ursprünglichen Konzeption der bürgerlichen Aufklärung (oder irgendeiner zu

3 In: J. Habermas (Hrsg.), Stichworte zur »Geistigen Situation der Zeit«, Frankfurt/M. 1979, Bd. 2, S. 294 ff.

4 In: Kursbuch Nr. 56, Juni 1979, S. 15 ff.

5 Vgl. Fn. 1.

6 Zur Auseinandersetzung mit dieser Arbeit vgl. die Darstellung und Kritik bei Th. Blanke, Ch. Sachsse, KJ 1/1975, S. 30 ff.

theoretisch-analytischen Zwecken festgehaltenen »Phasen« kapitalistischer Entwicklung) betrachtet, dann ergibt sich zwangsläufig der Eindruck einer immer größer werdenden Distanz zu dem idealtypisierten Konstrukt. Nicht nur wird letzteres auf seinen sozialen Realitätsgehalt hin nicht länger untersucht, selbst wo dies geschieht, wird dies im Lauf der weiteren Untersuchung regelmäßig »vergessen« mit der Konsequenz, daß die Verhältnisse »zunehmend«, »fortschreitend« immer mehr von dem nunmehr idealisierten früheren Zustand abweichen: Die Verhältnisse verschlechtern sich, das Geschichtsbild wird folgerichtig regressiv bis hin zur schlechten Geschichtslosigkeit eines identitätslosen Zustands.

Allerdings enthält die Untersuchung von Preuß wiederum typischerweise unvermittelt eine Passage, die als Hinweis auf die Notwendigkeit einer veränderten Frageperspektive gedeutet werden kann, daß nämlich der »theoretische wie praktische Angelpunkt der Auflösung der Legalität vermutlich in dem gegenwärtigen Mangel an Sozialformen für die Organisation vergesellschafteter Lebensbereiche (liegt)« (260). Nur auf der Basis einer derartig veränderten Problemstellung wird verständlich, warum Preuß in den Unterabschnitten 6. und 7. des Kapitel VII seiner Arbeit eine Theorie der »Grundrechte als freiheitsorganisierende Normen für gesellschaftliche Lebensbereiche« (189) sowie eine »Entwicklungsperspektive für das subjektive öffentliche Recht« (199) skizzenhaft entwirft. Deren Intention besteht darin zu verhindern, »daß außerhalb des konstitutionalisierten Prozesses der Bildung, Legitimierung und Kontrolle politischer Gewalt private soziale Gewalten entstehen, die unter Berufung auf die Heiligkeit der Grundrechte nicht nur private »besondere Gewaltverhältnisse« begründen, sondern zugleich auch weite Bereiche des gesellschaftlichen Lebens dem politischen Prozeß und der Regelung durch den Gesetzgeber entziehen« (196), positiv gesprochen in »Gewährleistungen konkreter Freiheit in Gesellschaft« (193) in Form »individueller Teilnahme an der freien, d. h. nicht durch staatlichen Zwang vermittelten sozialen Organisation unterschiedlicher Lebensbereiche« (199). Nicht die Kritik an der herrschenden Konzeption der Grundrechte als – in soziale Organisationsmacht umschlagende – subjektiv-öffentliche Rechte, wohl aber sein Entwurf eines veränderten Gel-

tungsumfangs und Bedeutungsgehalts des subjektiv-öffentlichen Rechts sprengt den ansonsten fatalistischen Grundzug seiner Untersuchung, die im Blick auf die frühbürgerliche Autonomiekonzeption wie gebannt deren Transformation (wenn es der denn je bedurfte) in soziale Herrschaftsbefugnisse rekonstruiert.

Der Verweis auf die genuine Ambivalenz der rechtlichen Vergesellschaftungsform der bürgerlichen Gesellschaft und auf globale Veränderungen von Systemfunktionen (Markt, Recht, Staat) erklärt indes auch nicht, warum diese ursprüngliche Ambivalenz der bürgerlichen Vernunftformen inzwischen nahezu vollständig nach der Seite der Irrationalität hin aufgelöst worden sein soll, indem sie allesamt auf bloße Bezugspunkte für funktionale Imperative der Systemerhaltung reduziert worden seien. In der Tat scheint mir, daß diese katastrophentheoretische Radikalität der Arbeit nicht nur nicht schlüssig begründet ist, sondern in prinzipiellem Widerspruch zu den (immerhin!) *theoretischen Perspektiven* steht, die die Preisgabe seines früheren ableitungstheoretischen Bezugsrahmens eröffnet: Danach vollzieht sich Entwicklung und erschöpft sich Geschichte gerade nicht in der Eindimensionalität sozialer bzw. im engeren Sinne ökonomischer Gesetzmäßigkeiten. Vielmehr lassen sie sich nur angemessen verstehen, wenn auch die spezifische Relevanz, die der Subjektqualität der Menschen im Rahmen der jeweiligen objektiven gesellschaftlichen Reproduktionsmechanismen zukommt, systematisch mit erfaßt wird.

In dem Kategorienpaar von System- und Sozialintegration, welches dieses Spannungsfeld zwischen den verdinglichten Strukturen einer Gesellschaft und den subjektiven Sinnhorizonten ihrer Mitglieder thematisiert, ist die prinzipielle Differenz beider Ebenen vorausgesetzt. Zugleich rückt die Problematik der Koordinierung von gesellschaftlichen Funktionsnotwendigkeiten und normativ-sinngelitetem Verhalten der Individuen ins Zentrum des theoretischen Interesses, was ja nur dann sinnvoll ist, wenn dieses Problem der Sicherung sozialer Herrschaft nicht als ein für allemal gelöst angesehen wird.

Wenn auch die konkrete Untersuchung der rechtlichen wie politischen Strategien der Synchronisierung von Systemimperativen und Handlungsvollzügen ergeben mag, daß die Mechanismen und Techniken sozialer

Herrschaftssicherung immer perfekter ausgebildet werden, so beweist selbst noch diese offenbar gegebene Notwendigkeit der Perfektionierung die Dominanz des ungelösten Basisproblems: Daß die Menschen sich nicht so verhalten, wie sie sollen. Wären sie dagegen (was sie nicht einmal in George Orwells Roman »1984« sind) vollständig auf den Status von Apparaten reduziert, die bei funktionswidrigem Verhalten entsprechend den Visionen des früheren BKA-Präsidenten Herold entweder »umfunktioniert« oder isoliert und eliminiert werden (per Knopfdruck, versteht sich), könnte also von der widerständigen Subjektivität der Individuen – wie Preuß in den Schlußpassagen seiner Untersuchung resümiert – grundsätzlich keine Rede mehr sein, so hätte sich das Problem sozialer Herrschaft auf eine Frage von »Technik« reduziert und die Unterscheidung von System- und Sozialintegration wäre sinnlos. Denn in dieser technokratischen Utopie legitimierte sich Herrschaft nicht länger im System kultureller Werte und sozialer Normen, sondern allein nach Maßgabe funktionaler Effizienz der Strategien der Herrschaftssicherung.

Indem der Autor die Ergebnisse seiner Analyse derart subjekt- und vernunftkritisch radikalisiert, »verschenkt« er die Vorzüge, die er mit der Absage an seine frühere rechtstheoretische Konstruktion und die Rezeption des Paradigmas von System- und Sozialintegration für die Untersuchung der notwendigerweise widersprüchlichen Strategien der Systemerhaltung und deren Niederschlag im Rechtssystem zunächst gewonnen hat. Offenbar ist dies dem Autor nach Abschluß seiner hier besprochenen Untersuchung auch bewußt geworden. Denn in den seither publizierten Aufsätzen, in denen das Begriffspaar System- und Sozialintegration als dominanter theoretischer Topos beibehalten wird, vermeidet er derartige Vereinseitigungen und betont immer auch die Widersprüche und Grenzen der behandelten Veränderungen und Umbildungen des Legalitätssystems.

Wären diese Widersprüche und Grenzen freilich als *noch* bestehende, aber potentiell überwindbare Schranken der Steuerung und Anpassung der Menschen an die sozialen Funktionsgesetzmäßigkeiten anzusehen, dann wäre dem Pessimismus des Autors prinzipiell zuzustimmen – wenn auch nicht hinsichtlich seiner Diagnose des aktuellen Gesellschaftszustands, so doch hinsichtlich seiner (mögli-

chen) Entwicklungsperspektiven. Man wird daher präzisier untersuchen müssen, welches der Charakter der Widersprüche und Grenzen ist, die sich der Totalisierung des steuernden Zugriffs auf die Individuen entgegenstellen. Ich vermute, daß diese Schranken weder bloß solche des aktuell technisch »Machbaren« sind noch allein solche der politischen Durchsetzbarkeit derartiger Sozialtechnologien; vielmehr reflektieren diese Widersprüche die fundamentale Ambivalenz der Funktionsweise der bürgerlich-kapitalistischen Gesellschaft selbst, die sich in paradoxer Weise als objektiver Sachzusammenhang herstellt und reproduziert vermittelt der Unsumme ungeplanter, spontan-subjektiv gesteuerter Aktionen der Individuen. In dieser Konstitution sozialer Gesetzmäßigkeiten vermittelt ihres Gegenteils, der privaten Willkür, ist ebenso das Vernunft- und Autonomiepathos der bürgerlichen Gesellschaft wie die epochale, gegenüber natürlichen wie menschlichen Lebensprozessen radikal ignorante, daher destruktive Produktivität des Kapitalkreislaufs begründet: Ein Widerspruch, der alle Etappen und Dimensionen der bürgerlichen Gesellschaft durchzieht und das Terrain aller sozialen, politischen wie juristischen Auseinandersetzungen absteckt, der jedoch nur um den Preis des Verlusts der Identität ihrer gesellschaftskonstitutiven Strukturen aufgehoben werden kann.

Thomas Blanke

Ingo Müller, *Rechtsstaat und Strafverfahren*, Frankfurt/Main 1980 (Europäische Verlagsanstalt), 250 Seiten, DM 38,-

Der Verfasser hat einige der Ergebnisse dieser Arbeit 1977 in der KJ abgedruckt und sich eine Anmerkung eines Teils der Redaktion eingehandelt, die es schwer macht, das Buch unbefangen zu lesen¹. Anlaß zur Kritik war das methodische Vorgehen des Verfassers, welches »zwangsläufig auf die Darstellung der immanenten Gesetzgebungsgeschichte« hinauslaufe. Eine gewisse Berechtigung räumte man einer solchen Darstellung ein, weil sie »einen ebenso eindrucksvollen wie bestürzenden Überblick über die autoritären Traditionsbestände des deutschen Straf- und Strafprozeßrechts (die zudem allesamt in der aktuellen Situation eingeholt werden) liefert ...« Müller äußert sich zu

¹ Müller, 100 Jahre Wahrheit und Gerechtigkeit, zum 100. Geburtstag der StPO am 1. 2. 1977, KJ 1 (1977) 11 ff.

den damit angeschnittenen Fragen nicht. Er sieht in seiner Arbeit den Versuch, »die Entwicklung der Strafprozeßordnung – insbesondere nach ihren neuesten Änderungen – und die deutsche Strafprozeßlehre an dem Anspruch zu messen, der mit der durchgängigen Klassifizierung der StPO als »angewandtes Verfassungsrecht« verbunden ist«.

Müller beginnt mit einer Begriffsbestimmung dessen, was er unter Rechtsstaat versteht, und endet mit einer resümierenden Darstellung der »deutschen Strafprozeßideologie«. Kernstück der Darstellung sind die Gesetzesänderungen der StPO seit 1877. Wichtig sind ihm die »formalen« Rechte des Beschuldigten, »ideologisch« erscheint ihm der Anspruch, im Strafverfahren die »materiale« Wahrheit zu erforschen. Ferner konfrontiert er das Prinzip der Unschuldsvermutung und den Gedanken der Waffengleichheit von Staatsanwaltschaft und Verteidigung mit der »ideologischen« Version des »zur Objektivität« verpflichteten Staatsanwaltes auf der einen und dem Verteidiger als »Organ der Rechtspflege« auf der anderen Seite. Er warnt vor der letztlich zu vagen und manipulierbaren Orientierung der Justizgrundrechte an der »Menschenwürde« und dem folgenlosen Bekenntnis, der Angeklagte dürfe nicht »Objekt« des Verfahrens sein. Gänzlich abzulehnen sei schließlich eine Einschränkung formaler Rechte des Beschuldigten und seines Verteidigers unter dem Gesichtspunkt der effektiven Verbrechensbekämpfung, ein im Zusammenhang mit den jüngsten Gesetzesänderungen sehr häufig verwendeter Topos, der in einem besonders problematischen Verhältnis zum Rechtsstaatsgedanken steht. Ein Grund für die immer wieder gehörte Formulierung, bestimmte Verbrechen seien ein Angriff auf »den Rechtsstaat«, der sich zu verteidigen habe.

Es versteht sich von selbst, daß bei einem derart weitgesteckten thematischen Rahmen viele Passagen kursorisch bleiben. Es ist dies ein Problem aller Längsschnitte. Im Bereich der Geschichte des Straf- und Strafprozeßrechts kommt hinzu, daß es keine verlässlichen Darstellungen gibt, auf die verwiesen werden kann, sieht man einmal von punktuellen Studien ab. Eberhard Schmidts² »Einführung« ist ideengeschichtlich ausgerichtet.

² Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Aufl. 1951.

Die bedeutsamen Veränderungen des positiven Rechts werden eingeordnet in ein Entwicklungsschema, dessen Pole die Aktivierung bzw. Zersetzung (Drittes Reich) der »Rechtsidee« sind. Sie spart ferner die hier interessierende Entwicklung nach 1900 im wesentlichen aus, vielleicht weil dem Rechtsgedanken schon zum Durchbruch verholfen worden war, so daß sich das Augenmerk auf den Tiefpunkt richtet. Aber auch hier bleibt die Darstellung kursorisch. Die Erklärung ist einfach. Die Bewertung der Rechtsentwicklung im Dritten Reich ist leicht zu treffen. Es kommt zu einer Umkehrung einiger Elemente, nämlich derjenigen, die »dem Rechtsgedanken« widersprechen. Die Kontinuität verdeckter, möglicherweise für die Etablierung der nationalsozialistischen Herrschaft wesentlicher Traditionsbestände, kommt nicht in den Blick³. Diese Art im Umgang mit der nationalsozialistischen »Rechtserneuerung« ist exemplarisch für die juristische Verarbeitung der 50er und 60er Jahre. Sie wirkt bis heute nach.

Das Thema des Verfassers und seine Thesen versprechen also vieles, eingelöst hat er relativ wenig. So wäre es angesichts der – in der Tat höchst unbefriedigenden – Forschungslage sicherlich informativer gewesen, thematische und zeitliche Schwerpunkte zu bilden, angeboten hätte sich, z. B. die These des Verfassers (S. 175), »daß der heutige Diskussionsstand weit hinter den zurückfällt, der bei der Verabschiedung der Reichsstrafprozeßordnung vor 100 Jahren erreicht war«, durch eine eingehendere Darstellung eben dieses Diskussionsstandes zu erhellen. Dies geschieht aber nicht. Insbesondere bleibt unklar, was der Verfasser unter »liberal« versteht. Sicher, die neuesten StPO-Änderungen brachten eine Schmälerung der Position der Verteidigung und des Angeklagten, vor allem in § 129a-Verfahren, mit sich. Es ist unmittelbar einleuchtend und bedarf keiner weiteren Erläuterung, daß der Verfasser diese Änderungsgesetzgebung als illiberal bezeichnet. Schwierigkeiten bereitet sein Ansatz, den jetzigen Rechtszustand unter den Termini »liberal/antiliberal« mit dem Diskussions-

³ Kritisch zu Schmidts ideengeschichtlichem Ansatz: Blankenburg/Treiber, Staatsanwaltschaft in Deutschland, Leviathan 2 (78), S. 161 ff. (164). Die Verfasser heben hervor, daß die »Strukturblindheit« einer solchen Betrachtungsweise den Zugang zu den konkret-historischen Problemen versperrt: Durchsetzung, Anreicherung mit fremden Elementen/Unterlaufen von Reformansätzen).

stand vor 100 Jahren zu vergleichen. Es gibt keine im wesentlichen unveränderte liberale Tradition, schon gar nicht die nationalliberale der Wilhelminischen Ära, verglichen mit den liberalen Forderungen des Vormärz und den kriminal-politischen Zielen der sozial-liberalen Koalition, die Müller im übrigen als weitgehend nicht-liberal bezeichnen würde.

Sein theoretischer Ausgangspunkt verkompliziert sich noch um eine weitere Bedeutungsvariante, dem »liberalen« Anklageprozeß und dem »nicht-liberalen« Inquisitionsprozeß, ein angeblich von den Konservativen favorisiertes Modell. Dabei bleibt bei Müller unberücksichtigt, daß der französische Anklageprozeß und das anglo-amerikanische Modell im Hinblick auf die »Liberalität« ganz unterschiedlich zu bewerten sind. Die Rezeption der französischen Staatsanwaltschaft in Deutschland mit ihrer bürokratischen, streng hierarchischen Struktur⁴ eignete sich vorzüglich zu dem Kompromiß, Strafprozeßreform und Funktionalisierung der Strafrechtspflege für staatliche Interessen zu verknüpfen. Der etwa seit der Mitte des 19. Jahrhunderts in den Ländern geschaffene Rechtszustand ließ einen erheblichen Spielraum für politische Veränderungen in gegensätzlicher Richtung. Mit Sicherheit verlief die Front 1877 nicht mehr zwischen »liberalem Anklagemodell« und »konservativem Inquisitionsprozeß«. Dies wäre eine idealistische Verkennung der historischen Fakten, die damals bereits geschaffen waren.

In den 80er und 90er Jahren wirkte sich die konservative Innenpolitik des Ministers Robert von Puttkammer auch innerhalb der Justizverwaltung aus. Die Richterstellen wurden trotz Bevölkerungsanstieg und erheblicher Mehrbelastung der Gerichte nicht vermehrt. Dem ungeheueren Andrang auf die Justizlaufbahn⁵ begegnete man einmal über die Freigabe der Advokatur (1878), zum anderen durch eine strenge Selektion: 1883 wurde die Zulassung zum Referendarexamen (in Bestätigung einer entsprechenden Verfügung aus dem Jahre 1843) vom Nachweis (und zwar einem »überzeugenden«) ausreichender Subsistenzmittel abhängig gemacht.

Dies war auch notwendig, da man mit einer langen, größtenteils unbezahlten Assessorenzeit rechnen mußte. Die Justizverwaltung hatte also mehrere indirekte Möglichkeiten der Richterbeeinflussung.

Bestimmte Schichten waren vom Justizdienst wegen des Subsistenznachweises faktisch ausgeschlossen. Eine große Zahl noch nicht verbeamteter Hilfsrichter mußte sich arrangieren oder zur Advokatur überwechseln. Ferner war die nach bürokratischen Gesichtspunkten personell gesiebte Staatsanwaltschaft ein Instrument zu Effektivierung der Verbrechensbekämpfung in dem jeweils politisch erwünschten Sinne. Deren Bindung an das Legalitätsprinzip stellte zwar eine gewisse Schranke gegen völlig willkürliche Selektionen dar, aber vielfach eben nicht, wie die Folgezeit zeigen sollte, schon gar nicht in politischen Prozessen. Hinzu kam die besondere Rekrutierung der Richter der Obergerichte. Der Weg über die Staatsanwaltschaft versprach die schnellere Karriere. Der soziale und finanzielle Status der Richter, insbesondere der Amtsrichter, war relativ schlecht, weit schlechter als der des Verwaltungsjuristen. Dies alles schwächte die Position der »liberalen« Juristen. Es ist daher sehr schwer zu bestimmen, was damals »liberal« und was »konservativ« bedeutete, ganz abgesehen von der Tatsache, daß schon das aufsteigende Bürgertum im Vormärz keine homogenen rechtspolitischen Interessen vertreten hatte⁶. Nach der Reichsgründung befanden sich die Strafprozeßreformer völlig in der Defensive.

Müller nimmt zwei Entscheidungen des Reichsgerichts zum Beleg dafür, daß in den 90er Jahren »das liberale Modell des Akkusationsprozesses auf zunehmenden Widerstand« gestoßen sei (S. 184). Er moniert in diesem Zusammenhang die »Ideologie« des zur Objektivität verpflichteten Staatsanwaltes. Liest man die Entscheidungen, so zeigt sich, daß die von Müller zitierten Sätze obiter dicta sind. Beide Entscheidungen sichern im wesentlichen die Kompetenz des Richters in der Hauptverhandlung gegen Übergriffe einer sich allmächtig dünkenden Staatsanwaltschaft ab. Es rächt sich hier Müllers ideengeschichtlich anmutende Überspitzung: Anklageprinzip versus Inquisitionsmaxime. Diese Alternative verengt seinen Blick, so

⁴ E. Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, Ein Beitrag zur Reform des Strafprozesses 1971 (2. Aufl., Neudruck der Ausgabe 1932).

⁵ Thomas Kolbeck, Juristenschwemmen. Untersuchungen über den juristischen Arbeitsmarkt im 19. und 20. Jahrhundert, 1978, S. 75 ff.

⁶ Günter Haber, Probleme der Strafprozeßgeschichte im Vormärz, ZStW 1979, 590 ff.

daß er einen Rechtsprechungswandel konstruiert, wo keiner ist. Dies liegt im wesentlichen daran, daß Müller unter »liberal« im wesentlichen das versteht, was die Autoren der »Rechtserneuerung« als »liberal« diffamiert haben.⁷ Dieses Verfahren muß zu Verzerrungen führen, da nicht anzunehmen ist, daß die Fronten, die in den 30er Jahre errichtet wurden, der Realität entsprachen. Kaum eine Zeit lebte derart von Legendenbildungen wie diese, da nutzt es nichts, wenn man die Stellungnahmen unter anderen ideologischen Vorzeichen bewertet, man muß jeweils nachfragen, ob nicht schon der Gegenstand ein Konstrukt ist.

Welche Folgen hat die idealisierende Verwendung des »liberalen« deutschen Anklagemodells? Man könnte sagen: das historische Argument ist zwar ein Konstrukt, aber vielleicht ist die strafprozessuale Konsequenz gleichwohl richtig? Logisch möglich wäre es, aus falschen Prämissen richtige Ergebnisse zu erzielen, wenn man nur fest genug an die »Richtigkeit« der eigenen Überzeugung glaubt. In Wirklichkeit war Nostalgie noch nie ein guter Ratgeber. Müller schwebt – neben historischen Reminiszenzen – das anglo-amerikanische Strafverfahren vor. Verglichen mit dem deutschen Verfahren, das eigenartig patriarchalische Züge trägt, ist dieses von der Inszenierung her ehrlicher und aus diesem Grunde auch telegener. Ankläger und Verteidiger stehen sich als Gegenspieler gegenüber, der Richter ist neutral und auf eine Schiedsrichter-Rolle beschränkt, die Geschworenen repräsentieren des Volkes (selbstverständlich relative) Wahrheit. Ein solches Prozeßrechtsdenken operiert nicht – wie das deutsche – mit der Vorstellung einer substanziellen Wahrheit, die ausgerechnet unter den Bedingungen einer Hauptverhandlung gefunden werden soll. Dieses Verfahrensmodell beansprucht lediglich, und dies wäre sehr viel, wenn es gelänge – beiden Parteien die gleiche Chance einzuräumen, ihre Version von der Wirklichkeit zu artikulieren. Aus diesem Grunde ist es die Aufgabe des Richters, auf der Plattform der Hauptverhandlung für die Einhaltung formeller Spielregeln zu sorgen und insbesondere den Grundsatz der Waffengleichheit zu beachten.

7 M. a. W. Müller hat die Vorgeschichte nicht präzise analysiert, sondern selektiv die »Rechtserneuerungs«-Debatte durch einige Originalzitate ergänzt. Fast bei jedem Detailproblem wird der professionelle Rechtshistoriker schmerzvoll zusammenzucken über die Unbefangenheit, mit der Standardliteratur übersehen wird.

Und genau hier liegt der wunde Punkt. Waffengleichheit ist auch im anglo-amerikanischen Verfahren Postulat und nicht Beschreibung der Wirklichkeit. Doch ist dies kein Einwand gegen die Einbeziehung dieser Elemente in das deutsche Modell; denn hier ist Waffengleichheit nicht einmal im Ansatz realisierbar, so lange das Übergewicht der Strafverfolgungsorgane über die Aktenkenntnis des Richters den Gang der Beweisaufnahme strukturiert, und der Verteidiger nur noch reaktiv tätig werden kann. Das Postulat oder die Ideologie – wie man will – der zur Objektivität verpflichteten Staatsanwaltschaft kann diesen Mangel gewiß nicht kompensieren. Leider verfolgt Müller diesen Ansatz nicht.⁸ Statt dessen verlegt er das »liberale« Modell des Anklageprozesses in das Deutschland des 19. Jahrhunderts. Dadurch wird die Arbeit etwas feuilletonistisch.

Der Verfasser erinnert an das anglo-amerikanische Verfahren, appelliert zugleich an eine »liberale« Tradition, die durch konservative Ideologien verschüttet sei, setzt Standards eines rechtsstaatlichen Verfahrens und zieht nicht die – notwendigerweise detaillierten – prozessualen Konsequenzen.

Zusammenfassend kann man sagen, daß die Mängel der Müllerschen Arbeit nicht darin liegen, daß »die Veränderung des rechtlichen Normengefüges von ihrem jeweiligen sozialhistorischen Entstehungs- und Funktionszusammenhang losgelöst« betrachtet wird (Anmerkung eines Teils der KJ-Redaktion 1977). Erklärt man diesen, sehr wichtigen Ansatz für den allein richtigen, muß man eine Vielzahl von Arbeiten bereits im Wege der methodologischen Kritik abwürgen. Es ist durchaus legitim, Gesetzgebungsgeschichte zu betreiben. Diese kann auch »immanent« durchgeführt werden, wenn man sich über die damit entstehenden methodischen Probleme im klaren ist. Diesen Eindruck hat man bei Müller nicht. Genau genommen macht er auch keine *Gesetzgebungsgeschichte*, sondern schildert *Gesetzesänderungen* losgelöst von dem juristischen und rechtspolitischen Diskussionszusammenhang und den jeweils verfolgten Intentionen. So zeigt Mül-

8 Dies hätte u. a. eine ausführlichere Auseinandersetzung mit der Monographie von J. Herrmann, *Die Reform der Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, 1971*, erforderlich gemacht. Vgl. a. die Bemerkung von Blankenburg/Treiber, a. a. O., Fn. 1.

ler z. B. auf, daß es Kontinuitäten gibt zwischen der modernen Rechtfertigung der jüngsten Änderungen der StPO und der strafprozessualen Ideologie der »Rechtserneuerung«. Es soll hier nicht bestritten werden, daß es diese Kontinuität gibt. Müllers eindrucksvolle Schilderung ist insofern ein wichtiger Beitrag zum Verständnis der Gegenwart. Doch kann man die *Kontinuität* einer Ideologie nicht bestimmen, wenn man deren *Funktionswandel* nicht einschätzen kann. Hier läßt der Verfasser den Leser im Stich. Die Rezensentin kann hier nur ihre persönliche Einschätzung anmerken, wonach es offenbar zahlreiche, nicht reflektierte Traditionen zwischen dem modernen Prozeßrechtsverständnis und der *Frühphase* der nationalsozialistischen Diskussion gibt. Es haben sich aber die Strategien der Verfolgung politisch Andersdenkender geändert. Während im Dritten Reich der justizstaatliche Sektor eine Art Feigenblatt war, hinter dem die »Sonderbehandlung« durch die Gestapo stand, kommt heute der politischen Auseinandersetzung mit strafrechtlichen Mitteln wieder die Bedeutung zu, die sie nach der Rechtsstaats-Doktrin des 18./19. Jahrhunderts haben soll. Rechtsstaatlichkeit bedeutet demnach nicht mehr als Justiziabilität, und diese ist nach 1945 wieder hergestellt worden. Es ist das Verdienst von Müller, sehr mutig und engagiert – jenseits dieses zugegebenermaßen banalen Rechtsstaatsbegriffs – die Frage nach der Kontinuität im strafprozessualen Denken gestellt zu haben. Vielleicht ist der von ihm gegebene Überblick trotz aller Mängel ein Anlaß, vertieft einzelne Probleme zu behandeln und Funktionszusammenhänge im zeitlichen Querschnitt zu untersuchen.

Monika Frommel

Ruprecht Großmann/Ronald Mönch/Ulrich Rohr, *Bremisches Personalvertretungsgesetz. Kommentar*, hg. von der Angestelltenkammer Bremen, Neuwied und Darmstadt 1979 (Luchterhand Verlag), 1358 Seiten, DM 168,-

Dieses Buch verdient Aufmerksamkeit, nicht nur weil hier wissenschaftliche Kommentatoren – ohne in gewerkschaftlichem Auftrag zu stehen – sich als »engagierte Verfechter« der in Bremen geltenden Mitbestimmung zu

erkennen geben (S. XII); sondern auch weil das Bremer Personalvertretungsgesetz vom 5. März 1974 als »das entschieden mitbestimmungsfreundlichste Gesetz« in der Bundesrepublik (Einl. S. 9) Besonderheiten aufweist, die die personalvertretungsrechtliche Diskussion bereichern können.

In der Einleitung leiten die Autoren die weitgehende Bremer Mitbestimmungsregelung im öffentlichen Dienst historisch – wobei die Dürftigkeit des historischen Überblicks (S. 1–6) in merkwürdigem Mißverhältnis zum Gesamtvolumen und zur emanzipatorischen Absicht des Werkes steht – aus »Elemente(n) der Ständeverfassung und Selbstverwaltung« (S. 1) her. In Bremen wurden 1920 Arbeitnehmerkammern eingerichtet (nicht zuletzt um den Fortbestand der selbstverwalteten Kammern für Gewerbe und Handel legitimieren zu können); außerdem besteht bis heute eine unmittelbare Bürgerbeteiligung an der Verwaltung in Gestalt der Deputationen (S. 4/5). Diese Selbstorganisations- und Partizipationsformen mögen Indizien dafür hergeben – ob sie eine zulängliche *Erklärung* bieten, vermag der Rezensent auf der vorgelegten schmalen Materialbasis nicht zu beurteilen –, warum in Bremen bereits unmittelbar nach dem II. Weltkrieg, dann in Novellierungen von 1957 und 1974 Personalvertretungsregelungen eingeführt wurden, deren Mitbestimmungsfreundlichkeit jeweils weit über dem Bundesdurchschnitt lag.

Freilich war das Bremer Personalvertretungsrecht stets dem bundesdeutschen Nivellierungsdruck ausgesetzt: Der Konflikt mit dem Bundesverfassungs- sowie dem Bundesverwaltungsgericht durchzieht seine Geschichte wie ein roter Faden. 1957 sah das Bremer Personalvertretungsgesetz – aufgrund der Bundesgesetzgebung zur Betriebsverfassung und der Bundesrahmengesetzgebung zur Personalvertretung von 1952 bzw. 1955 novelliert – nach wie vor ein umfassendes Mitbestimmungs- (inkl. Initiativrecht) der Personalvertretung mit Letztentscheidungsrecht der Einigungsstelle in allen Streitfällen vor. Damals brachte das Bundesverfassungsgericht (Urteil v. 27. 4. 1959, E 9, 268) – mit dem Bremer Senat und einer Minderheit des Bremer Staatsgerichtshofs, gegen die Bremer SPD-Fraktion und die Mehrheit des Staatsgerichtshofs – das Letztentscheidungsrecht der Einigungsstelle in *personellen* Fragen von *Beamten* zu Fall. Die Personalhoheit

dürfe »wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung entzogen« werden. Damit war ein erster Einbruch in das umfassende Mitbestimmungsrecht des Personalrats durchgesetzt (vgl. Einl. S. 7–9).

Die Grundstruktur des geltenden Personalvertretungsgesetzes von 1974 umreißen die Autoren in fünf Elementen (Einl. S. 10), die in der nachfolgenden Kommentierung differenziert und konkretisiert werden:

1. Der Personalrat ist für *alle* »in der Dienststelle weisungsgebunden tätige Personen« zuständig (§ 52 I S. 1 BremPersVG: Prinzip der »personellen Allzuständigkeit«). Dies schließt die Vertretung Drittbeschäftigter, die nur in der Dienststelle »tätig« sind, ein (Rd.-Nr. 13 zu § 52/S. 694 f.).
2. Der Personalrat ist für *alle sozialen, personellen und organisatorischen* Angelegenheiten zur Mitbestimmung berufen (§ 52 I S. 1: Prinzip der »gegenständlichen Allzuständigkeit«). Dies ist der markanteste Unterschied zum BPersVG und den übrigen Landes-PersVG. Während dort (vgl. etwa §§ 75 ff. BPersVG) wie auch im Betriebsverfassungsgesetz (§ 87) die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten jeweils *enumerativ* aufgezählt sind, sind sie in §§ 63, 65 und 66 BremPersVG jeweils nur *beispielhaft* (so ausdrücklich in §§ 63 II, 65 III und 66 III festgelegt) angeführt. Man sollte diesen Unterschied – zumal auf Einschränkungen der Mitbestimmungsbefugnis noch einzugehen ist – nicht überschätzen. Aber auf jeden Fall beseitigt er den Streit, der im Betriebsverfassungs- und sonstigen Personalvertretungsrecht dem *inhaltlichen* Einigungsprozeß häufig vorausgeht: nämlich *ob* die umstrittene Materie überhaupt dem Mitbestimmungsverfahren unterliegt oder nicht vielmehr allein dem Direktionsrecht des Arbeitgebers unterfällt.
3. Ergänzt wird die Allzuständigkeit durch das Gebot »gleichberechtigter« Mitbestimmung (§ 52 I S. 1; detailliert in §§ 58–61). Dieses »positive Konsensprinzip« (Rd.-Nr. 29 zu § 52/S. 69) bedeutet, daß der Personalrat in allen Fragen Entschließungs- und *Begründungsfreiheit* hat, nicht – wie etwa § 79 I BPersVG und §§ 99 II und 102 III BetrVG – auf enumerativ aufgeführte Widerspruchsründe verwiesen ist.
4. Gleichfalls umfassend ist im BremPersVG das *Initiativrecht* des Personalrats ausgestaltet (§ 58 IV). Der Personalrat braucht nicht

Vorschläge der Dienststellenleitung abzuwarten, sondern er kann seinerseits Initiativen ergreifen, die dann das Mitbestimmungsverfahren auslösen. In diesen Grundsatz hat freilich 1976 diesmal das Bundesverwaltungsgericht eine Scharte geschlagen, indem es dem Personalrat das Initiativrecht (nicht das Mitbestimmungsrecht) bei bestimmten individuellen Höhergruppierungen streitig macht (13. 2. 1976 – VII P 24.75 –; zitiert und sorgfältig kritisiert in Rd.-Nr. 121–138/S. 820–25).

5. Schließlich ist der Personalrat in Bremen nicht nur gegenüber der Dienststellenleitung, sondern auch gegenüber der »sonst zur Entscheidung befugte(n) Stelle« zur Ausübung der Mitbestimmung berechtigt (vgl. § 58 II). In anderen Bundesländern, die über einen mehrstufigen Verwaltungsaufbau verfügen, tritt, wenn die umstrittene Angelegenheit die Entscheidungskompetenz der Dienststellenleitung überschreitet, beim Mitbestimmungsverfahren an die Stelle des örtlichen Personalrats die der jeweiligen Verwaltungsstufe entsprechende sog. »Stufenvertretung« (vgl. §§ 53, 82 BPersVG und z. B. §§ 51/52, 60a–c HessPersVG). Damit wird der Konflikt regelmäßig den Beschäftigten und ihrer unmittelbaren Vertretung aus der Hand genommen und einem Clearing-Verfahren ausgesetzt, das nur noch sehr indirekt ihrem Einfluß offensteht. Das Bremer Personalvertretungsrecht kennt *keine Stufenvertretung* (vgl. Rd.-Nr. 4 ff. zu § 58/S. 784 f.) – was mit der Stadt-Staaten-Eigenschaft der Hansestadt zusammenhängt – und bietet insofern bessere Chancen plebiszitärer Interessenvertretung als anderswo.

Die Verbindung der Allzuständigkeit mit der Mitbestimmung ist der »Kern des BremPersVG« (Rd.-Nr. 31 zu § 52/S. 699). Natürlich setzt der Gesetzes- und der Tarifvorbehalt der Mitbestimmung Grenzen (Rd.-Nr. 38 zu § 52/S. 701 m. w. Hinweisen). Weiter wird die Allzuständigkeit erheblich dadurch entwertet, daß die personellen Fragen der Beamten sowie die organisatorischen Fragen zwar dem Mitbestimmungsverfahren nach §§ 58 bis 61 unterliegen, aber – aufgrund des geschilderten BVerfG-Urteils, dessen Ratio durch die Bremer Gesetzgebung 1974 auf den organisatorischen Bereich ausgedehnt worden ist – nicht durch den Bremer Senat bindende Einigungsstellenbeschlüsse geregelt werden können (§ 61 IV S. 3 BremPersVG). Schließlich spricht manche Erfah-

rung dafür, daß der Beispielskatalog der §§ 63, 65 und 66 BremPersVG von den Beteiligten regelmäßig doch zur Leitschnur ihrer Einflußnahme genommen wird – so bringen auch die Autoren des Kommentars dem den Beispielskatalog *übersteigenden* Einflußbereich wenig, der Interpretation des Katalogs hingegen immense Akribie entgegen (vgl. die Kommentierung zu §§ 63, 65 und 66 mit ca. 200 S. Interpretation).

Noch in einer anderen Hinsicht hat jüngst das BVerfG das Bremer Personalvertretungsrecht dem Bundesdurchschnitt angepaßt. Es hat am 27. März 1979 § 25 I BremPersVG, soweit dieser die vorzeitige Abwahl einzelner Personalratsmitglieder durch die Personalversammlung vorsah, für nichtig erklärt (Az. 2 BvR 1011/78; dazu Rd.-Nr. 20 ff. zu § 25; ferner schon meine Kritik an dem Beschluß in dem Artikel »Mitbestimmung und »Funktionsfähigkeit« der Unternehmen«, in: W. Däubler / G. Küsel (Hg.), Verfassungsgericht und Politik, Reinbek 1979, S. 49 ff., hier S. 64–69). Das dem Rätegedanken entsprechende Rückrufrecht war in der BRD einzig. Die Autoren arbeiten sehr gut heraus, wie schwer sich die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts und des Oberverwaltungsgerichts Bremen mit dem plebiszitären Gehalt dieser Bestimmung tat, wie beide Gerichte unversehens das Rückrufrecht im Wege unangemessener angeblicher »Lückenfüllung« mit rätefremden Formvorschriften überzogen und damit ihrerseits dieses basisdemokratische Instrument bürokratisierten (Rd.-Nr. 14–19 zu § 25/S. 431–34) – noch ehe das BVerfG es vollends beseitigte. So hat ihre Kritik an dem Unvermögen der Gerichte, den demokratischen Gedanken im Bereich betrieblicher Interessenvertretung anders als im Korsett des Repräsentationsprinzips wahrzuhaben oder auch nur das »Spannungsverhältnis zwischen dem räte-demokratisch motivierten Abrufrecht und der Kontinuität des Betriebsrats für die volle Amtsperiode« (Nr. 12 zu § 25/S. 430) auszuhalten – ein Spannungsverhältnis, das keinesfalls mit der geltenden Rechtsordnung per se unvereinbar ist –, auch und gerade nach dem verfassungsgerichtlichen Verdikt über § 25 BremPersVG Bestand.

Das Demokratiegebot wahrzuhaben und anwendungsfähig zu machen, gelingt den Autoren – unter Rezeption moderner verwaltungswissenschaftlicher Positionen – bei der Frage der Legitimation der Mitbestim-

mung der Beschäftigten nicht nur in eigenen innerdienstlichen Angelegenheiten, sondern auch in Gestalt der Teilhabe am Willensbildungsprozeß der Verwaltung. Muß solche Teilhabe den traditionellen staatsrechtlichen Positionen stets ein Fremdkörper im Gefüge des durch Wahlen legitimierten, parlamentarisch kontrollierten und hierarchisch gegliederten Staatsgebildes bleiben, so steht den Autoren ein anderes Verständnis offen. Insbesondere Grauhan hat herausgearbeitet, daß die spezifische Struktur öffentlicher Dienstleistungen einen Interaktionsprozeß zwischen Verwaltung und ihrem Klientel, *damit aber auch* verwaltungsinterne Partizipationsformen und Autonomiespielräume für die Gestaltung dieser Interaktion *nach außen* fordert, die mit dem bürokratischen Hierarchie-Modell nicht zu packen sind (z. B. R. R. Grauhan, Rationalisierung – Bürokratisierung – Gesellschaftlicher Fortschritt? Aus Politik und Zeitgeschichte B 3/75, S. 3–40, insb. S. 31 ff.). Unter Rückgriff auf diese verwaltungswissenschaftlichen Ansätze arbeiten die Autoren Teilhabegebote und eben auch »die am Demokratieprinzip orientierte Rechtfertigung für die Allzuständigkeit des Personalrats in organisatorischen Angelegenheiten« heraus (Einl. S. 13/14; vor allem Rd.-Nr. 24/25 zu § 66/S. 1064 f., auch Nr. 127 zu § 66/S. 1087). Es ist nur konsequent, daß sie dann in Einzelfragen vergleichsweise beschäftigtenfreundliche Interpretationen vornehmen: etwa wenn sie die Mitbestimmung bei für die Beschäftigten belastenden Maßnahmen zur Wirksamkeitsvoraussetzung dieser Maßnahmen erklären (Rd.-Nr. 44 zu § 52/S. 703); wenn sie dem Personalrat entgegen dem Bundesverwaltungsgericht in allen Fragen ein Initiativrecht einräumen (Rd.-Nr. 121–38 zu § 58/S. 820–25); wenn sie auch bei vorläufigen Eilregelungen das Mitbestimmungsverfahren fordern (Rd.-Nr. 115 zu § 58/S. 817).

Bedauerlich ist, daß die Autoren den von Grauhan und Leibfried entlehnten Teilhabegeboten dort nicht weiterverfolgen, wo er seinen Sitz hat: beim Arbeitsprozeß der in der Verwaltung Beschäftigten. Denn wenn die Struktur öffentlicher Dienstleistung Partizipation der Beschäftigten auch bei der Definition der von ihnen zu erbringenden Dienstleistung *fordert*, andererseits die Allzuständigkeit des Personalrats eine Einflußnahme auf Arbeitsinhalte auch *ermöglicht* (im Gegensatz etwa zu § 87 BetrVG, der

auch in novellierter Form von 1972 Fragen der Arbeitsorganisation nicht einschließt), läge es da nicht nahe, Fantasie darauf zu verwenden, wie Beschäftigte und ihre Repräsentanten auf ihren Arbeitsprozeß in einer Weise Einfluß nehmen können, die ihre Interessen als Beschäftigte mit den Interessen ihrer Klientel zu koordinieren versucht? (Z. B. daß im Krankenhaus die Hierarchie, unter der Beschäftigte wie Kranke leiden, daß in der Sozialverwaltung die Über-Bürokratisierung, an der gleichfalls nur ein Herrschaftsinteresse besteht, vermindert oder beseitigt werden und die teamförmig-kooperativ dargebrachte nützliche Dienstleistung für Menschen in den Vordergrund tritt!) Dergleichen Gedanken tauchen in dem Kommentar nicht auf – weil sie auch praktisch kaum vorkommen –, weder bei Fragen der Arbeitsorganisation, der Arbeitsmethoden noch beim Problem Rationalisierung (etwa Rd.-Nr. 27 zu § 62/S. 863; 131–36 zu § 63/S. 920–22; 113–122 zu § 66/S. 1083–86; 166/7 zu § 66/S. 1096). Oder sollte man mißlungene Leersätze wie diesen: »(Die Mitbestimmung) ermöglicht den Umschlag von der Quantität in die Qualität des Arbeitslebens« (Einkl. S. 20) als Programm in diesem Sinne interpretieren?

Man kann einen Kommentar – noch dazu dieses Umfangs – kaum zulänglich besprechen. Lob wie Tadel bleibt hochgradig beliebig. Gewiß lassen sich noch eine große Zahl brauchbarer und origineller Interpretationen aufzählen – und darin besteht die Stärke des Werkes, die durch Kritik nicht gezeugnet werden soll. Aber ich hatte bei meiner problemorientierten Durchsicht den Eindruck, daß die Umfänglichkeit dieses Werkes vielfach zu Lasten einer konzeptionellen Konsistenz geht. Man kann nicht einerseits rätefreundliche Überlegungen dem BVerfG entgegenhalten, andererseits fordern (Einkl. S. 14–17; Rd.-Nr. 21–23 zu § 66/S. 1064), daß die Räte als »Teile« bzw. »Organe« der Verwaltung anerkannt werden: Kontrolle und Integration schließen einander theoretisch und strategisch aus. Man kann zwar Selbstbestimmung fordern, so wie man Mitbestimmung fordern kann: aber man kann nicht die Ermöglichung der Selbstbestimmung durch Mitbestimmung behaupten oder fordern – wie die Autoren dies mehrfach in Anlehnung an Däubler tun (Einkl. S. 19/20; Rd.-Nr. 44 zu § 63/S. 892/3; 15–20 zu § 66/S. 1062–64) –, weil Mitbestimmung begriff-

lich das Bestehen von Fremdbestimmung voraussetzt und insoweit auch anerkennt. Man kann auch nicht – um ein letztes, unsystematisch ausgewähltes Beispiel zu wählen – einerseits um der Tarifaufonomie willen die Sperrwirkung des Tarifvertrages gegenüber Dienstvereinbarungen befürworten (§ 62 I S. 1 BremPersVG, entspr. §§ 77 III BetrVG), andererseits die herrschende Befürwortung des Günstigkeitsprinzips teilen (»Die Kehrseite des Unabdingbarkeitsprinzips ist damit das Günstigkeitsprinzip«, Rd.-Nr. 42 zu § 62/S. 867), wo doch das Günstigkeitsprinzip zugunsten von Einzelpersonen oder einzelnen Verwaltungen – auch wenn es im Einzelfall pragmatisch wünschenswerte Ergebnisse liefert – der arbeitgeberseitigen Diskriminierung ohne kontrollierenden gewerkschaftlichen Zugriff wieder Tür und Tor öffnet. Aber mag sein, daß man hinsichtlich der Konsistenz an einen Kommentar, der noch dazu von mehreren Autoren stammt, nicht die einer Monographie entsprechenden Maßstäbe anlegen kann.

Eine letzte Frage, zu der die Durchsicht des Kommentars Anlaß gibt, ist die nach der Durchsetzbarkeit der mitbestimmungsfreundlichen Lösungsvorschläge der Autoren. Ich will hier nicht die Diskussion über den Sinn der Formulierung »alternativer Rechtsinterpretation« aufwärmen. Die Frage stellt sich hier viel konkreter: welche Bedeutung kommt – unter Bedingungen eines langdauernd sozialdemokratisch regierten Stadtstaates – dem juristischen Regulierungsmechanismus und seiner kommentierenden Beeinflussung auf dem Gebiet der Personalvertretung zu? Vieles spricht dafür, daß der Willensbildungsprozeß sowohl auf Dienststellenleitungs- als auch auf Personalratsseite unter solchen Bedingungen relativ stark durch politische Orientierung überformt und geprägt wird. Dann wird das Forum der Konfliktaustragung nur in den seltensten Fällen das Gericht sein. Der gerichtliche Austrag des Konflikts ums materielle Interesse wird möglicherweise erst dort (kompensierend) stattfinden, wo das politische Clearing auf der Ebene von Partei, Parlament, Öffentlichkeit gescheitert ist.

Es ist eine Paradoxie der Personalvertretung eines solchen Stadtstaates, daß der hier rezensierte fortschrittliche Kommentar aus der Feder von Autoren stammt, von denen wenigstens zwei (der eine als Präsident des Landessozialgerichts, der zweite als Rektor

der Hochschule für Wirtschaft) der Personalvertretung gewöhnlich als Dienststellenleiter begegnen werden. Es ist eine *weitere* Paradoxie, daß der Rektor der Bremer Universität – also ein Dienststellenleiter – kürzlich im Zusammenhang mit der drohenden finanziellen »Konsolidierung« der Bremer Universität beanstandete, der DGB – also die Vertretung der Beschäftigten – sei in diese Konsolidierung viel zu stark integriert, um noch wirksame Interessenvertretung dagegen betreiben zu können, *und* daß dieser Rektor wegen dieser Aussage fast das Vertrauen der Gewerkschaften eingebüßt hätte. Und es ist eine *letzte* Paradoxie, daß es in Bremen für die wissenschaftliche Untersuchung einer solchen Frage – nach welchen Regulierungsmechanismen sich im öffentlichen Dienst Interessenkonflikte vollziehen – wohl Forscher, aber keine Auftraggeber gäbe!

Ulrich Mückenberger

**Luchter
hand**

337

Soeben erschienen:

Justiz für den Bürger

Herausforderungen, Antworten und Perspektiven
Herausgegeben von Rudolf Wassermann mit
Beiträgen von Karl Kohlegger, Gerhard Reischl,
Hans-Jochen Vogel und Rudolf Wassermann.
172 Seiten, kartoniert, DM 24,80
ISBN 3-472-01010-X

Die Justiz der 80er Jahre muß sich grundsätzlichen Fragen stellen:

- Können die Gesetzesregelungen des neunzehnten Jahrhunderts den aktuellen Erfordernissen so angepaßt werden, daß sie auch heute noch als Rahmen der Justiz gelten
- sind neue Gerichtsverfahren erforderlich
- wie kann der unnahbare Justizapparat zu einer bürgernahen, menschlichen Rechtspflege umgewandelt werden
- welchen Beitrag leistet die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften für die Einheit Europas
- wie können Recht und Justiz für alle Bürger zugänglich gemacht werden?

Diese Fragen sind Herausforderungen, denen sich die Justiz heute stellen muß. Antwort darauf geben Beiträge von Hans-Jochen Vogel, Rudolf Wassermann, Gerhard Reischl und Karl Kohlegger.

Inhaltsverzeichnis:

- Unvollkommene Justiz in der unvollkommenen Gesellschaft
- Einhundert Jahre Reichsjustizgesetze
- Gericht und Bürger – Was heißt bürgerfreundliche Rechtspflege und wie läßt sie sich verwirklichen?
- Das Europa der Richter
- Der bessere Zugang zum Recht – eine Herausforderung unserer Zeit
- Anhang: Tabellen und Zahlenmaterial
Merkblatt »Bürgerfreundliche Justiz«
- Über die Autoren

»Justiz für den Bürger« richtet sich somit an all jene, die an der Weiterentwicklung von Recht und Justiz interessiert sind.