

# Buchbesprechungen

*Cornelius Prittwitz, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krisis von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Klostermann, Frankfurt/Main 1991, 428 S., DM 98,-*

1. Diese Frankfurter Habilitationsschrift hat ein großes Programm. Der Begriff der Risikogesellschaft, 1986 von Ulrich Beck kreiert, ist weit und noch keineswegs zu einem Set bestimmter Kriterien verfestigt. Das Strafrecht andererseits umfaßt in Prittwitz' Ansatz Kriminalität, Kriminalisierung, Kriminalpolitik, Straftheorien und Rechtsdogmatik. Beides, Risikogesellschaft und Strafrecht, sollen aufeinander bezogen werden. Dazu leistet Prittwitz einen grundlegenden und vielfach anregenden Beitrag. – Bevor es aber richtig losgeht, wird alarmiert: Das Strafrecht befinde sich in einer akuten Krise (S. 42 f.), weil es einerseits zunehmend als Steuerungsmittel in diversen modernen Politikfeldern (Umwelt, Wirtschaft, Waffenexport, Drogen) eingesetzt werde, wo es andererseits keine Erfolge vorzuweisen habe und, wie es später heißt, »gescheitert« sei. Soll man das starke Wort ohne detaillierten Beleg glauben? Der Befund »Krise« verblaßt ohnedies, weil zugleich mitgeteilt wird, bei der herkömmlichen Kriminalität (Mord, Diebstahl etc.) seien Effizienz und Legitimation des Strafrechts seit je zweifelhaft: »chronische Krise« (S. 44). Die Leichtigkeit mit der hier Scheitern und Krisen zugeschrieben werden, könnte Teil jenes Bewußtseins sein, das die Arbeit zu analysieren prätendiert: das Bewußtsein der Gesellschaft, der viele stabile Selbstverständlichkeiten abhanden gekommen sind, die allenthalben Risiken wahrnimmt und problematisiert: der Risikogesellschaft.

Diese zu verstehen, ist Gegenstand des ersten gewichtigen Teils des Buches, und indem sie

bestimmt wird als eine, der »die Definition von Risiken zum zentralen gesellschaftlichen Konfliktgegenstand geworden ist« (S. 81), werden in gelungener Weise ihre Merkmale hervorgehoben. Risiken sind der sozialen Wahrnehmung nicht vorgegeben; sie werden sozial definiert. Gleiches gilt, das zeigt Prittwitz immer wieder, für die Zielvorstellung der Risikogesellschaft, die Sicherheit. Die Spezifik der Risikogesellschaft muß also zumindest auch auf der symbolischen Ebene bestimmt werden. In die Auseinandersetzung um die Definition von Risiken gehen nicht nur Realdaten und deren divergente Interpretationen durch Risikoverursacher und Betroffene ein. Die Teilnahme an der Definition von Risiken ist auch eine Form der Skandalisierung, die den Marktwert von Medien und Experten beeinflusst. Die Risikodefinition ist weiter Gegenstand des politischen Rituals, in welchem Nachrichten Tatsachen sind, die einen von ihrem Gegenstand abgehobenen politischen und wirtschaftlichen Stellenwert haben. Die Erzeugung und Beseitigung von Angst und Sorge der Bevölkerung ist Medium des politischen Kampfes. In dieser Sicht gewinnt nun Prittwitz' Krisenbefund doch einige Plausibilität: Das Strafrecht, das in der durch moderne Medien und deren Risikodefinitionen geprägten Gesellschaft die Aufgabe erhält, Sicherheit symbolisch zu vermitteln – Prittwitz zeigt, daß dem Strafrecht diese Aufgabe zugeschoben wird – kann nicht dauerhaft erfolgreich sein. Es ist Funktionselement des politischen Rituals und entsprechendem Verschleiß unterworfen. Damit ist freilich nicht ausgeschlossen, daß das Strafrecht auf der Ebene der faktischen Bedingungen von Risiken zu deren Begrenzung beiträgt.

2. Zum Gang der Untersuchung im einzelnen: Die Charakterisierung der Risikogesellschaft erfolgt durch eine instruktive Nach-

zeichnung und Weiterführung der einschlägigen Forschung. Hervorzuheben ist hier die Anwendung attributionstheoretischer Befunde über Verantwortungszuschreibung auf das Risikoproblem, wobei die Mechanismen der Verwandlung von Unglück in Unrecht bei gestiegenem Risikowissen sichtbar werden. Anregend ist auch die Auseinandersetzung mit Luhmanns Thesen über Recht und Risiko, mit Teubners Untersuchungen zur Steuerungsproblematik im Präventionsstaat sowie mit der Forderung U. Becks nach weitreichender Umstellung des Rechts auf Risikobewältigung. Scharf kritisiert wird »das Strafrecht der Großsteuerung« (S. 242 ff.), dessen Beschreibung – »mehr und andere Rechtsgüter« werden »früher« geschützt als bisher – etwas diffus bleibt.

Es folgen erhellende Informationen und scharfsinnige Diskussionen über die Entstehung von Kriminalität in der Risikogesellschaft, die durch den rational kalkulierten, von traditionellen Moralbindungen emanzipierten Täter gekennzeichnet sei. Nicht recht verträglich damit die im Zusammenhang der Strafzweckdiskussion vertretene These, Abschreckung funktioniere nicht, weil ihre Adressaten nicht rational kalkulierten, und der zuvor aus der Risikoforschung referierte Befund, das Risikoverhalten der Bürger, wozu auch der Umgang mit Strafdrohungen gehört, sei ziemlich irrational. Davon abgesehen, das muß hervorgehoben werden, wird die Strafzweckdiskussion hier sehr klar dargestellt und bezogen auf die neuen Probleme weitergeführt.

Im letzten Teil geht es um die Strafrechtsdogmatik in der Risikogesellschaft. Im Zentrum steht das erlaubte Risiko, das seit seiner Anerkennung in annähernd allen Kategorien der Dogmatik umherwandert und seine Bedeutung verändert. Hier zeigt sich die Unsicherheit der Dogmatik angesichts der Erfahrung, daß jeder beständig in Risiken befangen ist, von denen jedes prinzipiell vermieden, also irgend jemandem als Schuld zugerechnet werden könnte, die aber insgesamt doch unvermeidbar sind. – Es folgt die Darstellung des Einflusses des Risikodenkens auf die Bestimmung von Kausalität, objektiver Zurechnung (Risikoerhöhungslehre) und Vorsatz sowie die erwähnte Bilanz des Risikostrafrechts: Es sei gescheitert.

Am Ende will allerdings auch Prittwitz das Risiko nicht ganz aus der Strafbegründung verbannen. Um der Gerechtigkeit willen

(S. 385) müsse es berücksichtigt werden, denn – so kann man die kluge Argumentation (S. 147 f., 377 ff.) wohl zusammenfassen – die Berücksichtigung von Risiken gehört zur sozialen Gerechtigkeit; davon könnte individuelle Gerechtigkeit als Strafbegründung nur gesondert werden, wenn Unglück und (vermeidbares) Unrecht unterschieden werden könnten. Da dies aber gegenwärtig nicht mehr möglich ist, verschwindet auch die Grenze zwischen sozialer und individueller Gerechtigkeit, kann individuelle Gerechtigkeit nicht bestimmt werden ohne das Eingeständnis, daß auch soziale Risiken zugerechnet werden.

3. a) Alles wäre gut, wenn hier Schluß wäre. Prittwitz aber will nun (S. 383 ff.) das Verhältnis der Gerechtigkeitsbestimmung zur Berücksichtigung von sozialen Risiken wieder ändern. Nicht nur soll die Bestimmung von Gerechtigkeit auf die Berücksichtigung (u. a.) von sozialen Risiken gestützt werden; vielmehr soll die Berücksichtigung jener Risiken ihrerseits wieder durch individuelle Gerechtigkeit begrenzt werden. Demnach soll diese nun doch wieder unabhängig von sozialen Risiken bestimmt und »konsequent« durchgehalten werden. Was das bedeutet, ist nicht ganz klar. Zuvor (S. 148) war gezeigt worden, daß die konsequente Orientierung an individueller Gerechtigkeit die Beseitigung der gesamten Fahrlässigkeitshaftung zur Folge haben könnte. Auch gestrichen werden müßte eventuell das Straßenverkehrsstrafrecht, denn dabei wird dem einzelnen Verkehrsteilnehmer die generelle Gefährlichkeit des Straßenverkehrs zugerechnet, die er nicht herbeigeführt hat. Derartige restriktive Konsequenzen zieht Prittwitz nun nicht in Erwägung. – Sind aber die von ihm vorgetragenen Folgerungen seiner Konzeption plausibel? – Beispiele:

Verstieße es evident gegen die individuelle Gerechtigkeit, wenn etwa bei Verbraucherschädigungen durch ein Unternehmen den leitenden Angestellten zusätzlich zum eigenen Fehlverhalten auch das der juristischen Person partiell zugerechnet würde (zum Vergleich: Einzelne Gewalttäter werden gemäß dem rechtsstaatlichen Tatstrafrecht ohne weiteres für ihre eventuell katastrophale Sozialisation verantwortlich gemacht)? – Wenn ein Umweltschädiger, der bei seinem Tun das hohe Schadensrisiko, das ein vernünftig Handelnder ernstgenommen hätte, erkannt, aber nicht ernstgenommen hatte (etwa weil er auf

seinen Profit fixiert war), wegen vorsätzlicher Umweltschädigung haftbar gemacht wird, verstößt das »zutiefst« gegen individuelle Gerechtigkeit? – In der Untersuchung wird beides apodiktisch bejaht (S. 383 f., 357). Manche Leser, auch wenn sie im Ergebnis zustimmen, werden hier eine eingehende Begründung oder wenigstens einen etwas vorsichtigeren Umgang mit dem Begriff individueller Gerechtigkeit vermissen.

b) Gegen die Forderung U. Becks und R. Wolfs nach weitreichender Umstellung des Rechts auf Risikobewältigung macht Prittwitz, soweit das Strafrecht betroffen ist, die Vermutung mangelnder Akzeptanz und die Grenzen der Steuerung durch Recht geltend (S. 132 ff., 375). Beides ist abstrakt und besagt wenig über die Durchsetzbarkeit und Effizienz konkreter naheliegender Umstellungen, z. B. partieller Beweislastumkehr bei Schädigungen durch Industrieprodukte. Es könnte sein, daß derartiges von der Masse der Bevölkerung problemlos akzeptiert, wenn nicht begrüßt würde; es wäre auch – dazu sogleich – nicht ineffizient. Weiter insistiert Prittwitz hier unnachgiebig auf der Rechtsstaatlichkeit. Indessen, daß die Erhaltung von deren filigraner Ausformung in jedem Detail wichtiger sei als z. B. Umwelt- und Verbraucherschutz durch Strafrecht – m. E. die spannendste Frage des ganzen Themas – wäre schon einer gründlichen Argumentation wert gewesen. Der in diesem Kontext verbreitete Hinweis auf mögliche Verschärfungen des Zivil- und Verwaltungsrechts als Alternativen des Strafrechts bei der Risikobewältigung (vgl. S. 247) hätte zu beachten, daß konsequent auch in jenen Rechtsgebieten die Rechtsstaatlichkeit hochzuhalten wäre. Vor allem aber leisten Zivil- und Verwaltungsrecht nicht immer, was das Strafrecht spezifisch erbringt: die abschreckende Drohung verbunden mit der Schonung von individueller Freiheit im Einzelfall<sup>1</sup>; wenn z. B. Straßenverkehrsverstöße mit Strafe bedroht werden, kann insoweit darauf verzichtet werden, den Straßenverkehr direkt durch physische Hindernisse und Verregelung zu beschränken; den Verkehrsteilnehmern bleibt Flexibilität gegenüber der Ordnung. Geschont wird u. U. auch die wirtschaftliche Existenz vieler; wenn z. B. anstelle der hoheitlichen Betriebsschließung Strafen gegen einzelne verhängt werden, bleiben u. U. Arbeitsplätze erhalten.

c) Schließlich zur These vom Scheitern des Risikostrafrechts. Sie trifft offensichtlich zu, wenn man das genannte Recht an seiner enormen Programmatik mißt. Aber die gehört zum politischen Ritual. Die realen Erfolge sind wert, zur Kenntnis genommen zu werden. Entscheidungen wie das Lederspray-Urteil (BGHSt 37, 106) werden in den Betriebsleitungen verarbeitet und führen zur Intensivierung der Produktions- und Produktkontrolle. Die mit dem Umweltstrafrecht angedrohten Sanktionen und schon die möglichen prestigeschädigenden Verfahren bilden – das bestätigen Mitarbeiter der Umweltverwaltung – ein (rechtsstaatlich problematisches, aber eben auch) effizientes Droh- und Tauschpotential im Umgang der Umweltverwaltung mit den Unternehmen. Von den Verwaltern habe ich noch nicht gehört, daß das Strafrecht hier »kontraproduktiv« (so S. 247) sei. Der Verweis auf das große Dunkelfeld im Umweltstrafrecht ist bezüglich »Scheitern« also etwas oberflächlich.

Und der These, die Bevölkerung verliere das Vertrauen ins Strafrecht, wenn dieses so wenig wie das Risikostrafrecht bis zur Verurteilung durchgesetzt werden könne (S. 370), läßt sich entgegenhalten, daß die Legitimation des Strafrechts wohl auch litte, wenn es, ohne sich um die enormen Risiken zu kümmern, Wirtschaftsschläger mit den herkömmlichen Strafen belegte. – Es könnte sein, daß die Schwierigkeiten, in denen, wie Prittwitz zeigt, das Strafrecht sich mit dem Risiko befindet, prinzipiell unausweichlich sind.

Zum Schluß: Mit diesem Buch verhält es sich ein wenig wie mit dem Risikostrafrecht. Gemessen an seiner großen Programmatik kann man leicht dieses und jenes einwenden. Aber von Scheitern kann keine Rede sein. Die Lektüre bringt in den verschiedensten Bereichen des Strafrechts und seines Umfeldes vielfältigen Erkenntnisgewinn.

*Rainer Keller*

<sup>1</sup> Dazu Klaus Gunther, KJ 1994, 135 (151).

Harald Hohmann

*Präventive Rechtspflichten und -prinzipien des modernen Umweltvölkerrechts.*

*Zum Stand des Umweltvölkerrechts zwischen Umweltnutzung und Umweltschutz*  
Schriften zum Völkerrecht, Band 97, Duncker & Humblot, Berlin 1992, 439 S., DM 128,-

Die kurz vor der Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung<sup>1</sup> erschienene Dissertation von Harald Hohmann unternimmt es, den mittlerweile kaum mehr übersehbaren Bestand an internationalen Vereinbarungen und Erklärungen zum Umweltschutz und seine Entwicklung systematisch darzustellen und unter der Fragestellung zu analysieren, inwieweit sich über die letzten zwei bis drei Jahrzehnte im Umweltvölkerrecht ein Paradigmenwechsel hin zu einer primär ökologisch orientierten Schutzkonzeption konstatieren läßt. Eine solche Entwicklung stellt der Autor einleitend jedenfalls für das nationale (deutsche) Umweltrecht fest, indem er auf vorsorgende und planerische Instrumente in den einzelnen Umweltgesetzen verweist.

Den umfangreichsten Teil der Untersuchung (Kapitel II) widmet Hohmann normativen Erklärungen und Entschlüssen, die zwischenstaatliche Organisationen sowie nichtstaatliche Kodifikationsgremien auf dem Gebiet des internationalen Umweltschutzes verabschiedet haben. Erst im Anschluß hieran werden umweltvölkerrechtliche Verträge zur Überprüfung der Folgerungen herangezogen, die der Autor bereits aus der vorangehenden Analyse nichtvertraglicher Normtexte für den Bestand des Umweltvölkergewohnheitsrechts abgeleitet hat. Die methodisch-dogmatische Begründung hierfür liefert er in seinem »Resümee zu Kapitel II« (S. 219 ff.); sie ist auch der Schlüssel zum inhaltlichen Verständnis der Arbeit. Zweifellos stellt die Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen der Menschheit die Konsensfindungsmechanismen der Staatengemeinschaft wie auch die Problemlösungskapazität der Völkerrechtsordnung vor besondere Herausforderungen. Wie sehr bei allen Bemühungen um Fortschritte in der internationalen Umweltzusammenarbeit die Forderungen nach (ökonomischer) globaler Verteilungsgerechtigkeit und die aus der Erkenntnis globaler

ökologischer Interdependenz abgeleiteten Handlungsnotwendigkeiten in Widerstreit stehen, hat die Konferenz von Rio erneut eindrücklich vor Augen geführt; das von den Staaten dort bemühte Bild der »globalen Partnerschaft« kann die ökonomisch begründeten Differenzen zwischen Nord und Süd nur unzureichend kaschieren. Die Dringlichkeit der Überlebensfrage Umweltschutz in einer heterogenen Völkergemeinschaft wirkt sich – so der Kern von Hohmanns dogmatischen Überlegungen – auf die Gewichtung normativer Quellen im Prozeß der Völkerrechtsentstehung aus. Deklarationen, Resolutionen, Guidelines und ähnlichen normativen Phänomenen des sog. »soft law« weist der Autor als vergleichsweise flexiblen Formen der zwischenstaatlichen Konsensfindung unter folgenden Voraussetzungen entscheidenden Einfluß auf die Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht zu (S. 226): Die in ihnen niedergelegten Prinzipien und Regeln müssen globale Geltung beanspruchen und auch durch die Allgemeinheit der Staaten übernommen werden; sie müssen ferner durch einen Prozeß der seriellen Verdichtung in der Staatenzusammenarbeit fortlaufend bestätigt werden, wobei sowohl rechtsverbindliche völkerrechtliche Verträge als auch wiederum – isoliert betrachtet: – nicht rechtsverbindliche Erklärungen die Funktion der Bestätigung einer Regel übernehmen können. Der an die Konzeptionen des »spontanen Rechts« von Ago sowie an die Theorie des »instant customary law« von Suy anknüpfende, ausführlich dogmatisch begründete Ansatz Hohmanns zielt auf einen wesentlich früheren Nachweis einer (umwelt)völkergewohnheitsrechtlichen Regel, als dies nach herkömmlicher Dogmatik das Erfordernis einer lang andauernden Staatenpraxis erlaubt. Zudem sind textliche Niederlegungen von Verhaltenserwartungen naturgemäß leichter zu erfassen und im Hinblick auf die Frage der Gewohnheitsrechtsentstehung auszuwerten als die Anhaltspunkte für eine ständige Übung mit Rechtsüberzeugung, die erst den meist mühseligen Nachweis gewohnheitsrechtlich relevanter Staatenpraxis führen lassen. Es erscheint allerdings durchaus zweifelhaft, daß die von Hohmann vertretene Position die Natur der in Deklarationen und ähnlichen Normtexten niedergelegten gegenseitigen Erwartungen der Staaten zutreffend erfaßt, und daß die von ihm vorgenommene Deutung der hohen gewohnheitsrechtlichen

<sup>1</sup> Vgl. auch von Hohmann: *Ergebnisse des Erdgipfels von Rio*, NVwZ 1993, S. 311 ff.

Relevanz von Erklärungen nicht recht bald schon die Grundlage der in ihr fixierten, relativ flexiblen Konsensbildung verändern würde: Mag man auch die augenfälligen Diskrepanzen zwischen wohlklingenden Konferenzdokumenten und Prinzipienerklärungen einerseits und des »hard law« vertraglicher Verpflichtungen andererseits mißbilligen, so offenbart sich darin doch das Bedürfnis, in der internationalen Zusammenarbeit auf deutlich nichtrechtsverbindliche Formen normativer Äußerungen zurückzugreifen. Die Kernfrage, über die sich trefflich streiten läßt, lautet, ob in der textlichen Wiederholung und Präzisierung von Prinzipien des sog. »soft law« – einer von Hohmann zu recht hinterfragten Begrifflichkeit (S. 223, 440) – eine Qualitätsveränderung hin zur rechtlichen Natur einer Regel gesehen werden kann, oder ob hierfür nicht weitere Anhaltspunkte in der Staatenpraxis zu fordern sind.

Daß die von Hohmann untersuchten Deklarationen aus der Entwicklung der internationalen Umweltzusammenarbeit wie auch des Umweltvölkerrechts nicht hinwegzudenken sind, steht indes außer Frage. Ausführlich erörtert werden als Meilensteine in der Entwicklung der Umweltzusammenarbeit u. a. die Stockholmer Deklaration (1972), in der bereits vorsorgende und nachweltschützende Ansätze nachweisbar sind, die Shared Resources Declaration des Umweltprogramms der Vereinten Nationen (1978), die Nairobi Declaration sowie die World Charter for Nature (1982). Auf der Grundlage des geschilderten dogmatischen Ansatzes gelangt der Autor zu der detailliert untermauerten These, daß durch eine mehrfache Wiederholung und Verdichtung normativer Äußerungen eine Reihe von Prinzipien bereits völkerrechtlich gewohnheitsrechtliche Qualität gewonnen habe: Dies betrifft etwa Genehmigungserfordernisse für potentiell umweltbelastende Aktivitäten, Pflichten zur Umweltplanung und Umweltverträglichkeitsprüfung, Überwachungs-, Informations- und Konsultationspflichten. Herausgestellt werden an dieser Stelle aber auch noch verbleibende Regelungslücken und -schwächen, so z. B. im Hinblick auf den Technologietransfer, auf die Vermeidung von Umweltbelastungen sowie auf einheitliche Emissionsstandards. Auf der Ebene der europäischen Regionalorganisationen ergibt sich, wohl bedingt durch die größere ökonomische Homogenität der Staaten,

daß teilweise weitergehende Anforderungen errichtet werden als auf globaler Ebene. Insgesamt konstatiert Hohmann, daß die Entwicklung der Umweltzusammenarbeit in Form von Erklärungen bereits weitgehend dem Standard des Vorsorgeprinzips etwa im deutschen Umweltrecht entspricht (S. 111) und es rechtfertigt, von einem »modernem Umweltvölkergewohnheitsrecht« zu sprechen. Dies äußert sich nach Auffassung des Autors darin, daß unmittelbares Schutzgut der untersuchten Erklärungen die Umweltmedien selbst seien, daß sich ferner die nachbarlich-bilaterale Orientierung des »traditionellen« Umweltvölkerrechts zugunsten gemeinschaftlicher Verantwortungselemente und der Anerkennung multilateraler Täter/Opferkonstellationen erweitert habe (S. 242 ff.). Mit welcher Berechtigung und Aussagekraft allerdings von einer stattfindenden »Erosion des traditionellen Souveränitätsverständnisses« und von der Etablierung eines Solidaritätsprinzips gesprochen werden kann (S. 243), erscheint jedoch zweifelhaft, da es sich hierbei um recht grobmaschige Kategorien handelt, deren Übersetzung in präzise Staatenpflichten jedenfalls nach dem gegenwärtigen Stand des Völkerrechts Schwierigkeiten bereitet.

Im dritten Kapitel analysiert Hohmann völkerrechtliche Abkommen zum Schutz der Gewässer, des Bodens, der Arten und sonstigen Naturgüter sowie von Luft und Atmosphäre. Die eingehende Würdigung jeweils auch einzelner vertraglicher Regelungen ergibt z. B. für den Meeresumweltschutz eine erst schrittweise präventive Ausrichtung bei einem verhältnismäßig großen Stellenwert wirtschaftlicher Rücksichtnahmen, einen erst rudimentären Bestand an bodenschützenden (inklusive abfallwirtschaftlicher) Regelungen sowie für den Natur- und Artenschutz eine Tendenz zur Verpflichtung der Staaten auch zum Schutz der Umweltgüter auf dem eigenen Staatsgebiet. Der Autor resümiert, daß der Befund aus der Untersuchung von Erklärungen durch die Umweltschutzabkommen bestätigt werde, die vertraglichen Normen mithin zur Etablierung des Umweltvölkergewohnheitsrechts im oben angesprochenen Sinne beitragen (S. 379, 401). Ausdifferenziert wird dies wiederum für eine Reihe von Elementen vorsorgeorientierten Umweltrechts (S. 379 ff.).

Die Arbeit bietet einen umfassenden Überblick über die komplexe und umfangreiche

Materie des an textliche Niederlegungen anknüpfenden Umweltvölkerrechts. Sie erweist sich gleichzeitig stets als zuverlässiger Wegweiser zu Detailfragen der Entstehungsgeschichte und Auslegung einzelner Regelungen und weist deren Behandlung in der Literatur jeweils umfassend nach. Durch ihren eigenwilligen dogmatischen Ansatz hat sie die völkerrechtliche Diskussion um einen ebenso engagierten wie sorgfältig begründeten Beitrag bereichert.

Das Buch ist inzwischen mit zahlreichen Aktualisierungen, zwei zusätzlichen Kapiteln und Ergänzungen in englischer Sprache erschienen (Harald Hohman, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern international Environmental Law*, Graham & Trotman – International Environmental Law and Policy Series –, London 1994, 372 p., 215 US-\$).

Susanne Rublack

Hildegard Matthies/Ulrich Mückenberger/Claus Offe/Edgar Peter/Sibylle Raasch, *Arbeit 2000. Anforderungen an eine Neugestaltung der Arbeitswelt, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1994 (rororo aktuell Nr. 13565) 472 S., DM 19,90*

Das Buch bringt eine frohe Botschaft: Um die Zukunft der Arbeit und des Arbeitsrechts ist es, so die Kernthese des interdisziplinär aus JuristInnen und SozialwissenschaftlerInnen zusammengesetzten Verfasserteams, besser bestellt, als der arbeitsrechtliche mainstream und die tarifpolitischen Akteure wahrhaben wollen: »Der Bürgerstatus Beschäftigter – im Sinne von Selbstbestimmung im Arbeitsbereich – (ist) zwar noch längst nicht realisiert, aber realisierbar: weil es ökonomisch möglich, sozial wünschenswert und gesellschaftlich vorteilhaft ist« (35).

*1. Die Zukunftsvision: Das selbstbestimmte, demokratische, nicht diskriminierende, sozial und ökologisch verantwortliche Arbeitsverhältnis*

Auch wenn die Arbeitswelt und das Arbeitsrecht (noch) nicht anders sind, sie könnten anders sein: Selbstbestimmt, demokratisch, nichtdiskriminierend, sozial und ökologisch verantwortlich und zugleich effizient und

wirtschaftlich. Die AutorInnen haben das Fenster zu einer solchen Zukunftsperspektive weit aufgestoßen – die frische Zugluft, die sie hereinströmen lassen, ist erfrischend und provozierend. Im Mittelpunkt ihres zukünftigen Arbeitsrechts steht – in keineswegs ironisch gemeinter Übereinstimmung mit modernen Managementkonzeptionen und »Unternehmensphilosophien« – niemand Geringerer als der Mensch. Primär als individuelle Arbeitnehmerin und Arbeitnehmer, aber auch als vorübergehend Arbeitsloser, als Erziehender, als sich Weiterbildender. Nicht um die Dimension der Stärkung seiner kollektivvertraglichen Absicherung, den Ausbau von Mitbestimmungsrechten der kollektiven Vertretungsorgane ist es den AutorInnen zu tun, sondern um die Erweiterung seiner personalen Entfaltungs-, Mitwirkungs- und Gestaltungsspielräume. Soweit diese der gesetzlichen oder kollektiven Unterstützung bedürfen, so gut – aber in keinem Fall dürfen sich diese zu einer selbstzweckhaften Form der Interessenvertretung verselbständigen, die sich über die Bedürfnisse und Ansprüche, die mannigfaltigen Optionen des Einzelnen hinwegsetzt. Das Leitbild ist nicht der Ausbau der repräsentativen Betriebsdemokratie, die allzu leicht in paternalistische Bevormundung mündet (80), sondern die Schaffung ihrer Voraussetzungen: Die Ermächtigung der ArbeitnehmerInnen zu Subjekten ihres beruflichen Arbeitslebens als Betriebsbürgerin und Betriebsbürger, als gleichberechtigte Diskurspartner des Arbeitgebers. Dieser individualistische, betont antikollektivistische Grundzug des Buches rührt an Grundmotive des gewerkschaftlichen Selbstverständnisses. Doch diese haben ihre Herausforderung selbst bestellt: Es handelt sich, das Titelblatt kündigt es zur Vermeidung von Mißverständnissen sogleich an, um »eine Studie der Hans-Böckler-Stiftung«, des Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerks des DGB.

Folgt man den AutorInnen, so ist bürgerrechtliche Autonomie im Arbeitsrecht, ökonomische Imperative hin, technologisch-organisatorische Sachzwänge her, machbar. Nicht einfach nur, weil sie dies normativ für erstrebenswert halten, sondern weil die betriebliche und gesellschaftliche Wirklichkeit, wie sie nachzuweisen suchen, selbst zu dieser Gestaltung strebt, zumindest die Chancen hierfür eröffnet. »Der rechtliche Rahmen des Arbeitsverhältnisses ist noch vom traditionell

patriarchalischen, nicht von einem modernen demokratischen und kommunikativen Charakter der Arbeitsbeziehungen geprägt. Demgegenüber weisen die *Veränderungen in der Arbeitswelt* einen »Entwicklungsvorsprung« auf, den das Recht noch nicht angemessen wahrnimmt und zeitgemäß gestaltet. Genau dieser *Entwicklungsrückstand* des Rechts ist es, auf dessen Überwindung die Veränderungsvorschläge dieses Berichts abzielen« (S. 84, Hervorhebung daselbst).

Der Bogen der Studie ist, diesem Anspruch entsprechend, weit gespannt: Er beginnt mit einer knappen Skizze der »Antiquiertheit des deutschen Arbeitsvertragsrechts«. Auf vier Regelungsfeldern wird sodann dieser Befund sozialwissenschaftlich fundiert und einer kritischen Analyse unterzogen: »Demokratie im Betrieb«, »Arbeitsverhältnis und Geschlechterverhältnis«, »Interne Flexibilität – Arbeitszeitoptionen«, »Externe Flexibilität – mindergeschützte Beschäftigung«. Im Anschluß an diese Bestandsaufnahme werden, in thematisch gleicher Reihenfolge, rechtspolitische Folgerungen für die Gestaltung moderner Arbeitsverhältnisse gezogen, die sodann zu 60 »Leitsätze(n) für eine notwendige Reform« verdichtet werden. Das abschließende »Plädoyer für Neugestaltung« resumiert nochmals die Intentionen der Studie und streift die Frage nach den Realisierungsbedingungen ihrer Vorschläge.

#### 1. Die Rückständigkeit des Arbeitsvertragsrechts

Angesichts der dramatischen Umbrüche seiner sozialen Bezugssysteme (Familie und Persönlichkeit, Ökonomie und Technologie, Ökologie) erweist sich das Arbeitsvertragsrecht, Wiethölters Diagnose von 1967 klingt wie ein prophetisches Echo nach, als vormodern, vordemokratisch in seiner Fixierung auf überholte familiäre und soziale Normalitätsstandards (»Normalarbeitsverhältnis«), patriarchalisch und diskriminierend. Zugeschnitten auf die Regelungsbedürfnisse der einstigen Industriegesellschaft betrachtet das Arbeitsrecht den Betrieb »als Ort der Vernutzung von Arbeitskraft im Vollzug der Naturbearbeitung. Es reguliert und begrenzt diese Vernutzung – mehr nicht« (20). Die »Tertiärisierung« der Ökonomie, die zunehmende Dominanz von Dienstleistungstätigkeiten mit ihren primär kooperativ-kommunikativen, nicht motorisch-repetitiven Arbeitsweisen ist an ihm ebenso unbemerkt

vorbegegangen wie die Entwicklung neuer Produktionskonzepte (Stichworte: Ende des Taylorismus, Projektförmigkeit, flexible Gestaltung, Produktdifferenzierung, Verkürzung von Produktinnovationszyklen, Aufhebung der Trennung von Planung und Ausführung, Dezentralisierung, Enthierarchisierung, Aufgabenintegration, Mitarbeiterzentriertheit). Gleiches gilt für den soziokulturellen Wandel, die Prozesse der Individualisierung, der Pluralisierung von Lebensstilen, die Einstellungsveränderungen (Stichworte: steigendes Bildungsniveau, Abnahme der Haushaltsgroßen, variabelere Partnerbeziehungen, Annäherung der Erwerbsquote verheirateter und alleinstehender Frauen, Zunahme des dispositiven Anteils am Erwerbseinkommen, Abnahme der Erwerbsarbeit an der Gesamtlebenszeit auf nur mehr ca. 8%), die Veränderungen im Geschlechterverhältnis, die ökologische Kritik am Produktivitäts-, Fortschritts- und Wohlstandsparadigma – und nicht zuletzt für die Verwerfungen auf dem Arbeitsmarkt (Ende der Vollbeschäftigung, Globalisierung, Migration) mit ihrer sinkenden Bedeutung zentralisierter nationaler Normsetzungssysteme, der Dezentralisierung von Entscheidungsprozessen auf die Ebene von Branchen, Regionen und Betrieben einerseits und der Tendenz zur supranationalen Zentralisierung auf Konzern- und EG-Ebene andererseits.

Das überkommene Recht des Arbeitsverhältnisses haftet an untergegangenen Konstellationen: Es setzt, ebenso wie das ergänzende Sozialrecht, »die Uniformität und Kollektivität der Arbeitenden voraus« (24) und wird lediglich situativ im Sinne der geänderten Anforderungen durchlöchert. Mit einer Reform allein des Individualarbeitsrechts lassen sich die dramatischen Veränderungen von Ökonomie und Ökologie, Sozialstruktur und Geschlechterverhältnissen, Politik und Regulierung zweifellos nicht einfangen. Notwendig wäre eine grundlegende Revision der Sozialverfassung und ihrer impliziten »Generationenverträge« und »Solidarpakte« – also auch des Sozial-, Familien- und Steuerrechts und des kollektiven Arbeitsrechts. Gleichwohl besitzt das Individualarbeitsrecht für dieses Unterfangen, so die AutorInnen, einen privilegierten Ort, der es legitimiert, mit ihm den Anfang zu machen: Denn »es läßt sich beweisen«, so die einleitende starke These, »daß der technisch-ökonomische und der soziokulturelle Wandel die modernisierte normative Ge-

staltung der Rolle der einzelnen Beschäftigten im Betrieb und außerhalb nicht nur ermöglichen, sondern geradezu erfordern« (14). Gewiß, dagegen gibt es Widerstände und Vorbehalte. Sie äußern sich in der herrschenden (aber stets ambivalent gebliebenen, nie konsistenten) Politik der Deregulierung einerseits und in einer deutlichen Zunahme tariflicher, nicht selten auch informeller Regelungen, die in Richtung auf ein qualitativ neues, modernisiertes Arbeitsverhältnisrecht verweisen: Letztere beim Schopf zu ergreifen und auf das Niveau verallgemeinerter und zwingender Regelungen zu erheben, ist das Ziel der Studie. Re-Regulierung statt De-Regulierung ist ihr Programm. Normativ ist dies vom Ansatz her überzeugend. Ob sie allerdings der Rückenwind der Geschichte so sehr beflügelt, wie die AutorInnen vermeinen, bleibt zu diskutieren. Wenn dem nicht so wäre, was dann? Sie hätten Vorschläge gemacht. Schauen wir uns diese zunächst genauer an.

## 2. Demokratie im Betrieb

Die Veränderungen der Produktionsverfahren und betrieblichen Organisationskonzepte zur Sicherung einer international wettbewerbsfähigen Wirtschaft, die soziokulturellen Wandlungsprozesse und das Bewußtsein neuartiger ökologischer Produktionsrisiken weisen in die gleiche Richtung: Auf das Erfordernis einer demokratischen Neugestaltung des betrieblichen Alltags. Die überkommene eindimensionale, hierarchische Befehls- und Gehorsamsbeziehung ist veraltet. An ihre Stelle soll eine mehrdimensionale Diskursbeziehung treten, die freie und ungehinderte Kommunikationsrechte der Beschäftigten voraussetzt und der Vielschichtigkeit funktionaler Arbeitsteilung gerecht wird (250, 259). Dabei gilt es nicht nur, die Grundrechte der Meinungs- und Gewissensfreiheit und des Persönlichkeitsschutzes auch im Betrieb voll zur Entfaltung zu bringen und von den juristischen Einschränkungen einer bloßen »Drittwirkung« der Grundrechte im Arbeitsverhältnis zu befreien. »Industrial citizenship« erfordert zudem die Abkehr von der Rechtskonstruktion des Arbeitsvertrages als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis – mit seiner starken Betonung der »persönlichen Abhängigkeit« bereits im Begriff des Arbeitnehmers – und seine Umgestaltung zu einer »Austausch- und Diskursbeziehung zwischen Menschen, deren Bürgerstatus innerhalb des Betriebes intakt bleibt« (36 f.).

An die Stelle des nur in den Grenzen zulässigen Ermessens arbeitsgerichtlich überprüfbaren Weisungsrechts des Arbeitgebers, an die Stelle seines Direktionsrechts soll eine »Diskurspflicht« treten. Der Arbeitgeber hat seine Anordnungen rechtzeitig zu begründen und zu erläutern, die Weisungsempfänger können hierzu Stellung nehmen, im Streitfall soll eine betriebliche clearing-Stelle entscheiden. Verletzungen der Diskurspflicht werden sanktioniert: Die unbegründete, legitime Rechte oder Optionen der Betroffenen verletzende Weisung ist nichtig, ihre Wirkungen sind rückgängig zu machen. Sie begründet ein Arbeitsverweigerungsrecht, gegebenenfalls Bußen gegenüber Arbeitgebern und Vorgesetzten, die von der Verhängung von Geldbußen bis hin zum Verlust des Arbeitsplatzes bzw. der betrieblichen Funktion reichen können (270).

Auf der anderen Seite soll der Arbeitgeber verpflichtet werden, Kritik und Anregungen von seiten der Beschäftigten nicht nur zur Kenntnis zu nehmen, sondern ernsthaft zu würdigen. Dafür sind diese zunächst durch Erweiterung ihres Kündigungsschutzes (Zustimmungserfordernis einer externen Instanz) und ein beweislasterrelevantes »Recht auf Irrtum« vor Sanktionen zu schützen – etwa wenn sie rechtswidrige Praktiken im Betrieb öffentlich anprangern oder die Frage nach der Sozialverträglichkeit des Produktes aufwerfen. Dabei stellen die AutorInnen die Unternehmensautonomie unter einen scharfen Vorbehalt der Gesellschafts-, Umwelt- und Sozialverträglichkeit. Ihre privatrechtliche Grundlage legitimiert insoweit keinerlei Restriktionen öffentlich zu führender Diskurse: »Beschäftigte können oft gegenüber der Öffentlichkeit genauer und korrekter über externe Effekte von Produkt und Produktion wie auch über mögliche Produktions- und Produktalternativen berichten als etwa Reporter oder externe Sachverständige. Geschäfts- oder Vertraulichkeitsinteressen des/r Arbeitgebers/in dürfen die diskursive gesellschaftliche Verantwortung der Beschäftigten nicht beschränken. Führt die bloße Tatsache, daß eine Unternehmensaktivität erlaubt und vorhersehbar ist (erwähnt wird in diesem Kontext explizit die Automobilindustrie, T.B.), zu einer Thematisierungsbarriere für die Beschäftigten, so verlöre die Gesellschaft eine für sie unentbehrliche Informations- und Diskursquelle. Das Thematisierungsverbot würde zu einer gesellschaftlichen

Innovationsblockade. Daß die Thematisierungsbarriere der Treuepflicht demokratischen Anforderungen widerspricht, wurde bereits betont« (273).

Bei betrieblichen Verbesserungsvorschlägen soll eine Art »Einlassungszwang« geschaffen werden, der sich bei nachweislichen Vorteilen für wirtschaftliche Effizienz, ökologische Verträglichkeit und die Qualifikation und Arbeitsbedingungen der Beschäftigten bis hin zu einem Anspruch auf entsprechende Umgestaltung der Produktion und Arbeitsorganisation verdichten können soll (394). Diese – in These 13 der abschließenden »Leitsätze für eine notwendige Reform« aufgestellte – Zuspitzung der Kommunikationsrechte zu einer Erzwingbarkeit betrieblicher Entscheidungen wird freilich eine seltene Ausnahme bleiben müssen. Denn die AutorInnen lassen keinen Zweifel daran, daß die »funktionale Abhängigkeit« der ArbeitnehmerInnen im Arbeitsverhältnis, die durch die Anforderungen einer arbeitsteilig spezialisierten Produktion bedingt ist, bestehen bleibt (260). Ebenso ist die spezifische ökonomische Risikoverteilung aufgrund der Eigentumsverfassung als gegebenes Faktum zu respektieren. Deshalb gehen sie davon aus, daß »eine über Kommunikationsansprüche wesentlich hinausgehende Einflußmöglichkeit Beschäftigter auf Unternehmensentscheidungen ohne eine Neuverteilung des mit dem Kapitaleinsatz verbundenen Risikos nicht möglich ist« (285). Bei gegebenen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, an denen sie im übrigen wegen der Vorteile funktionaler Arbeitsteilung für die Effizienzorientierung der Unternehmen auch gar nicht rütteln wollen, bleibt für weitergehende Forderungen nach Produktmitbestimmung, gar Produktselbstbestimmung kein Raum (ebd.).

### 3. Arbeitsverhältnis und Geschlechterverhältnis

Ungeachtet allen sozialstrukturellen Wandels, ungeachtet auch aller arbeitsrechtlicher Diskriminierungsverbote besteht die geschlechtsspezifische Benachteiligung von Frauen im Erwerbsleben fort (89 ff.). Zwar ist die Erwerbsquote von Frauen seit 1970 kontinuierlich angestiegen (1992: 62,5%), liegt aber noch immer weit unterhalb derjenigen der Männer (82%). Obwohl immer mehr Frauen erwerbstätig sind, bleiben die Aufgaben im Haushalt, Kindererziehung und Pflege weiterhin fast ausschließlich im Ver-

antwortungsbereich der Frauen. Frauen sind daher weit überproportional als Teilzeitarbeitende oder in Heimarbeit tätig. Sie verdienen im Durchschnitt  $\frac{1}{3}$  weniger als die Männer (116f.), ihr Anteil an den prekären Arbeitsverhältnissen liegt bei 90%, sie sind häufiger und länger arbeitslos, entsprechend geringer sind ihre sozialversicherungsrechtlichen Leistungsansprüche. Ihre Integration in den Arbeitsmarkt beschränkt sich auf wenige frauenspezifische Branchen und Berufe, bei Aufstiegs- und Karrierechancen werden sie signifikant benachteiligt und gegen die Demonstration männlicher Macht durch sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz erst durch das 2. Gleichstellungsgesetz von 1994 – und auch dies nur unzureichend (Beweislast, bloß individuelle Klagemöglichkeiten) – geschützt (121).

Das Arbeits- und Sozialrecht ist an dieser strukturellen Diskriminierung von Frauen nicht unbeteiligt, im Gegenteil. Ihr normatives Leitbild des »Normalarbeitsverhältnisses« ist orientiert an der männlichen Erwerbsbiographie, der kontinuierlichen, dauerhaften, qualifizierten Beschäftigung in einem größeren Betrieb. Es impliziert Vorstellungen eines »richtigen Lebens« auf der Basis strikter Arbeitsteilung zwischen Mann und Frau in Beruf und Familie, deren ökonomische, soziale und kulturelle Grundlage mit dem Ende der Vollbeschäftigung, der Krise des Sozialstaats und der Erosion der familialen Lebensform entfallen ist. Es bezeichnet längst nicht mehr die typische arbeitsrechtliche Normalität, sondern ist zum Ausnahmestandard geworden. Dadurch tritt seine Selektivität um so krasser hervor: Abweichungen vom Normalarbeitsverhältnis bedeuten Kumulierung rechtlicher und sozialer Risiken.

Die Gleichstellung der Entfaltungsmöglichkeiten von Frauen und Männern im Erwerbsleben und im Reproduktionsbereich setzt neue Formen der Synchronisierung beider Sphären voraus. An die Stelle der Orientierung auf ein fiktives Gleichheitsmodell durch Angleichung der Frauensituation an diejenige der Männer soll dabei ein Arbeitsrecht treten, welches den Verschiedenartigkeiten der Bedürfnisse entsprechend unterschiedlichen Lebenslagen durch eine Fülle von Optionsmöglichkeiten Rechnung trägt, die nach einer Art Baukastenprinzip individuell zusammengefügt werden können (287 ff.). Das normative Leitbild der AutorInnen ist Gleichheit unter

Bedingungen der Differenz. Ihre Ziele sind die nichtdiskriminierende Ermöglichung der Gleichzeitigkeit von und des Wechsels zwischen Erwerbs- und Familienarbeit für beide Geschlechter, der Schutz vor Geschlechtsdiskriminierung, Maßnahmen zur Herstellung einer Machtbalance und einer gerechten und sinnvollen Lastenverteilung zwischen den Geschlechtern. Die hierfür vorgeschlagenen rechtlichen Instrumentarien sind vielfältig. Sie reichen von einer drastischen Arbeitszeitverkürzung, dem Vorrang von Arbeitszeitpräferenzen bei Familienarbeit, Erziehung und Pflege, der Mitverantwortlichkeit der Betriebe für ausreichende Kinderbetreuungsangebote, dem Ausschluß von Benachteiligungen für familiär belastete Arbeitnehmerinnen bei Einstellung, Weiterqualifizierung und Aufstiegsmöglichkeiten, Lohnersatz bei Erziehungs- und Pflegeurlaub, Rückkehransprüchen auf einen gleichwertigen Arbeitsplatz über die sozialrechtliche Anrechnung von Familientätigkeiten als Erwerbszeiten, eine griffige Antidiskriminierungspolitik bis hin zu verbindlichen Frauenförderplänen, Frauen- und Gleichstellungsbeauftragten in den Betrieben, der Einrichtung von betrieblichen Frauenausschüssen und der Einführung von Ergebnisquoten zur Erreichung ausgewogener Beschäftigung.

#### 4. Interne Flexibilität – Arbeitszeit

Nicht minder anspruchsvoll und voraussetzungsreich sind die Anforderungen, die die VerfasserInnen an eine Neugestaltung des Arbeitszeitrechts stellen. Wiederum geht es um das Kunststück, individuellen Optionen möglichst großen Gestaltungsspielraum einzuräumen, sie zugleich im Interesse einer Begrenzung und Umverteilung des Arbeitszeitvolumens quantitativ, im Interesse des Gesundheitsschutzes und kultureller Zeitmuster (Nacht- und Sonntagsarbeit) qualitativ einzuschränken, mit konkurrierenden Optionen anderer Arbeitnehmer abzustimmen und dabei ökonomische Effizienzbedingungen und betriebliche Organisationsnotwendigkeiten nicht außer Acht zu lassen: »Die Neugestaltung der Arbeitszeit sollte sich neben den Problemen ökonomischer Effizienz gleichermaßen denjenigen der Synchronisation der Zeitmuster in den verschiedenen Lebensbereichen sowie der zunehmenden Spaltung durch andauernde Massenarbeitslosigkeit stellen« (402).

Dem wird das neue Arbeitszeitrechtsgesetz

mit seinen extrem zurückgenommenen zwingenden rechtlichen Rahmenseetzungen für die betriebliche Arbeitszeitgestaltung und seiner einseitigen Orientierung an Unternehmensinteressen in keiner Weise gerecht (135, 339). Weder reflektiert es die bestehenden arbeitszeitspezifischen Diskriminierungen (Normalarbeitszeit gilt nur für eine Minderheit, 24% der Beschäftigten; 30% der Frauen gegenüber 2% der Männer sind teilzeitbeschäftigt (136, 154) noch die Bedürfnisse und Interessen der ArbeitnehmerInnen, der Nichterwerbstätigen oder der Gesellschaft. Statt dessen muß die Höchstarbeitszeit unter Verhinderung von Mehrarbeit durch tarifliche Festlegung von Bandbreiten begrenzt, Mehrfachbeschäftigungen unterbunden und eine öffentlich-rechtliche Grenze der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit festgelegt werden und sind monetäre Gratifikationen als Ausgleich für Zeitguthaben auszuschießen. Individuellen Zeitpräferenzen ist als Recht auf optimale Arbeitszeitgestaltung hohe Priorität einzuräumen, wobei die Koordinationsaufgabe – aber auch die Verantwortung für ihr Mißlingen – den Beschäftigten selbst zufällt. Sie erhalten ein grundsätzlich reversibles Recht auf Wechsel – insbesondere Reduktion – des vereinbarten Arbeitszeitumfangs, auf Freistellungszeiten (sabbatical) bei Erhalt des Arbeitsplatzes und Lohnausgleich. Ein betrieblicher Arbeitszeitausschuß soll darüber wachen, daß die Regeln der Diskursivität dieses Aushandlungsprozesses, insbesondere das Diskriminierungsverbot, nicht verletzt werden. Die Priorität der Zeitpräferenzen soll sich aus einer nach objektivierbaren Kriterien wie Vorhersehbarkeit, Planarbeit und Flexibilität der Belange festgelegten Rangliste ergeben (324 ff.).

Hand in Hand mit diesen Flexibilisierungen der Arbeitszeit müßten neuartige Instrumentarien zur sozialen Absicherung der kurzzeitig und befristet Beschäftigten, der Freigestellten und Hausarbeitenden geschaffen werden: Die VerfasserInnen erwähnen in diesem Zusammenhang, ohne näher darauf einzugehen, die Einführung von Beschäftigungspools, von Bürgergeld oder Negativsteuern, Grund- und Zusatzrenten, deren Finanzierung durch eine »soziale Mehrwertsteuer« erfolgen könnte (358 f.).

#### 5. Externe Flexibilität – mindergeschützte Beschäftigung

Eine Neugestaltung des Arbeitsvertrags-

rechts muß sich schließlich mit dem Vordringen nur unzureichend geschützter Beschäftigungsverhältnisse auseinandersetzen. Das geltende Recht setzt starke Prämien für den Rekurs auf derartige prekäre Arbeitsverhältnisse – wie befristete Beschäftigung, Leiharbeit, Arbeit in Kleinbetrieben und Scheinselbständige – aus und trägt so dazu bei, daß sich die Risiken dauerhafter Ausgrenzung in diesem Teil der Erwerbsbevölkerung enorm steigern (211). Versagung kollektiven Schutzes, verminderte Integration in den Betrieb bei erleichteter Auflösung der Arbeitsbeziehung, größere ökonomische Abhängigkeit, geringe Kommunikations-, Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten schließen dieses »externe Flexibilitätspotential« einer intern gespaltenen Personalpolitik von den Modernisierungsprozessen des Erwerbslebens aus (216).

Diese Diagnose ist unstrittig. Die Zielformulierung zur Verbesserung der Lage der prekär Beschäftigten ist jedoch so wenig selektiv, daß sie schlechthin für alle Arbeitnehmergruppen gilt: Aufgabe müßte sein, »allen Beschäftigten wiederkehrend Chancen zu eröffnen, damit sie ihre beruflichen Fähigkeiten individuell entwickeln und den schnell wechselnden Anforderungen auf dem Arbeitsmarkt anpassen können. Darüber hinaus ist allen Beschäftigten jenes Minimum an Beschäftigungssicherheit und kommunikativer betrieblicher Integration zu gewährleisten, das einen verantwortlichen Umgang mit den ökologischen und sozialen Folgen der Arbeitstätigkeit möglich macht« (361). Das Dilemma einer Verbesserung des arbeitsrechtlichen Schutzes der prekär Beschäftigten ist evident. Jede Erhöhung der rechtlichen Verbindlichkeit dieser Arbeitsverhältnisse läuft Gefahr, die Zugangschancen für Arbeitssuchende weiter zu verringern und die Anreize für ein Ausweichen in illegale Beschäftigungsverhältnisse zu vergrößern (361, 382). Gleichwohl setzen die AutorInnen auf diese Lösung und plädieren für eine Ausdehnung des Kündigungsschutzgesetzes auch auf Klein- und Kleinstbetriebe, auf Diskursrechte der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber über die Möglichkeiten der Fortführung der Arbeitsverhältnisse bei deren drohender Beendigung, das Recht auf bezahlte Teilnahme an betrieblichen Kommunikationen, ein gerichtlich durchsetzbares Recht auf bevorzugte Wiedereinstellung, das Recht auf Qualifizierung und Weiterbildung

auch in Kleinbetrieben, behördliche Kontrolle der Entlassungsentscheidungen von Verleihunternehmen, die Schaffung und gesetzliche »Sockelung« eines Status zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen etc.

Was bereits bei den Vorschlägen der AutorInnen zur »garantierten Optionalität« bei einer – im wesentlichen auf Verkürzung ausgehenden – Flexibilisierung der Arbeitszeit deutlich wurde, tritt auch hier zutage: Ohne massive flankierende sozialrechtliche Absicherungen greift jede bloß arbeitsvertragliche Neugestaltung zu kurz. Nur durch den Auf- und Ausbau von Poollösungen in Form von Qualifizierungs- und Beschäftigungsgesellschaften wird es möglich sein, die widerstreitenden Interessen (Flexibilitätsbedürfnisse der Betriebe, Absicherungs- und Kommunikationsinteressen der prekär Beschäftigten und Zutrittsinteressen der vom Arbeitsmarkt Ausgegrenzten) wenigstens einigermaßen untereinander kompatibel und ausgleichsfähig zu machen (375).

## *II. Der Betrieb als Verständigungsgemeinschaft – einige kritische Rückfragen*

Die Studie besticht durch ihre eingehende empirische Bestandsaufnahme der vielfältigen Verwerfungen auf dem Arbeitsmarkt, die pointierte Herausarbeitung der Normalitätsunterstellungen des tradierten Arbeits- und Sozialrechts, die Breite der registrierten ökonomischen und soziokulturellen Wandlungsprozesse und die normativen Zielformulierungen, auf die hin ein modernes Arbeitsvertragsrecht zu konzipieren ist. Gerade weil sie hohe Maßstäbe setzt und weitreichende Ansprüche verfolgt, fällt es leicht, Zweifel anzumelden. Sie betreffen Fragen der Verrechtlichung, der empirischen Triftigkeit, der Finanzierbarkeit, der Durchsetzungschancen und möglicher konzeptioneller Fallstricke. Nachstehend sollen nur einige der besonders naheliegenden Einwände und Rückfragen skizziert werden.

### *1. Verrechtlichung: Ein kostspieliges Paradoxon auf dem Weg zur Diskursbeziehung*

Das Arbeitsvertragsrecht, das die AutorInnen zur Diskussion stellen, hat gewaltig regulativen Speck angesetzt. Ausgestattet mit nicht weniger als 30 neuen Individualrechten (und einigen Kollektivrechten), denen zusätzliche Verfahrensordnungen und teilweise neu zu schaffende Ausschüsse und Gremien entsprechen, treten die ArbeitnehmerInnen in neuer

Montur auf die Bühne der Arbeitsbeziehungen. Zwar zielen nicht wenige dieser Rechte auf die Herstellung kommunikativer Einlassungs- und argumentativer Begründungszwänge des Arbeitgebers. Aber durch diese Ausrichtung auf Verständigungsorientierung als solche verlieren sie keineswegs ihren Charakter als rechtlich institutionalisierte Ansprüche und Verfahren: Das heißt aber auch, daß sie bürokratische, aktenmäßige Prozeduren in Gang setzen, den Informations- und Kontrollaufwand beträchtlich steigern und vor allem geld- und zeitaufwendig sind. Darin unterscheiden sie sich strukturell in nichts von den bestehenden kollektiven betrieblichen Mitwirkungsrechten, deren Resultat bereits jetzt eine im Vergleich zu anderen hochindustrialisierten Ländern enorme Dichte der Verrechtlichung ist. Wird diese auf individualrechtlicher Ebene redupliziert, so kann dies eine fast beliebige Vervielfältigung der möglichen Streitgegenstände zur Folge haben. Und da Rechte und Verfahren unter Bedingungen der Knappheit von Zeit und von qualifizierten Personalressourcen nie kostenneutral sind, schlägt ihre Multiplizierung allemal als Kostenfaktor zu Buche.

Dies wäre nur dann anders, wenn den Rechten entweder keine institutionalisierten Verfahren entsprechen würden, in denen ihnen zur Geltung verholfen werden kann. Aber solchem zahnlosen Recht reden die AutorInnen nicht das Wort. Oder aber man vertraut darauf, daß die Rechte nicht »ausgereizt« werden, sei es aus Furcht vor Sanktionen des Arbeitgebers, sei es, weil ihre Existenz allein Umorientierungen in der Praxis der Arbeitsbeziehungen bewirkt, die ihre Verletzung im Regelfall ausschließt. Letztes ist empirisch und theoretisch unwahrscheinlich, ersteres bleibt weiterhin zu befürchten. Um mit der Sanktionsfurcht anzufangen: Bereits jetzt kennt das Betriebsverfassungsgesetz in §§ 81 ff. eine nicht unerhebliche Reihe individueller Informations-, Beratungs- und Beschwerderechte der Beschäftigten. Allerdings sind sie in der betrieblichen Praxis, wie die AutorInnen selbst deutlich machen (77), weitgehend bedeutungslos geblieben – und zwar aus Gründen, an denen auch die Stärkung der Individualrechte jedenfalls unmittelbar nichts ändern wird: Aus Angst, als Querulant zu gelten oder wegen befürchteter Sanktionen. Zum anderen: Erst die Erfindung von Rechten schafft die Unterscheidungen, die mittels der Rechte überhaupt erst im

doppelten Wortsinn »wahrgenommen« werden. Erst das Scheidungsrecht führt zu Scheidungen, das Asylrecht zum Asyl, das Abtreibungsrecht zu Abtreibungen, die für die Rechtsordnung zum Problem werden. Wie sehr auch die Formulierung von Rechten daraufhin konzipiert ist, sich durch kulturelle Wandlungen – etwa in Richtung auf das Arbeitsverhältnis als Diskursbeziehung – abzuschaffen, so sehr begründen sie doch erst mit ihren neuen Differenzierungen von rechtmäßigen/unrechtmäßigen Interaktionsformen eine neue Qualität der Formalisierung der Arbeitsbeziehungen. Die gegenteilige Erwartung der AutorInnen (284) unterschätzt meines Erachtens diese Wirkung der Verrechtlichung.

Damit ist ein Paradox angesprochen, dem beim besten Willen nicht zu entkommen ist, in das aber gerade der beste Wille blind hineingerät: Die Doppelgesichtigkeit von Verrechtlichung. Verrechtlichung mit dem Ziel, die betriebliche Macht- und Autoritätsstruktur in diskursiver Richtung zu verändern, arbeitet mit dem juristischen »Zwang zum Diskurs«. Darin ist schon der Widerspruch eingebaut, daß Zwanglosigkeit und Herrschaftsfreiheit zu den elementaren Voraussetzungen der Möglichkeit diskursiver Verständigung gehört. Der Versuch, durch Rechte und rechtlich institutionalisierte Verfahren diese Voraussetzungen neu zu schaffen und zu garantieren, verdankt sich der Einsicht in die Realität betrieblicher Herrschaft. Aber es wäre ein Irrtum zu glauben, daß er in der Lage wäre, diese zu einer gleichsam lebensweltlichen Kommunikationsgemeinschaft zu transformieren, in der letztlich das bessere Argument zählt und sich nur darum durchsetzt, weil es größere Rationalität beanspruchen kann. Im Streit um Rechte zählen, soviel ist rechtssoziologisches Gemeingut, mindestens gleichgewichtig auch andere Argumente als gute Gründe: Finanzielle, zeitliche und persönliche Ressourcen. Der rechtliche Zwang zum Diskurs resultiert nicht im Diskurs, sondern in einer Beziehung, die stark von strategischen Elementen geprägt ist.

Niemand anders hat diese Ambivalenz von Verrechtlichungsprozessen so deutlich herausgestellt wie der philosophische Präzeptor der Diskurstheorie: Jürgen Habermas. Zwar hat er seine früher vertretene »Kolonialisierungsthese«, die Annahme einer »Austrocknung« diskursiver Verständigungsprozesse in Sphären der Lebenswelt (Sozialisation, Kul-

tur, Öffentlichkeit) im Zuge ihrer Verrechtlichung inzwischen deutlich, wenn auch eher implizit, revidiert, indem er das Medium des Rechts nunmehr selbst aus lebensweltlichen Strukturen herleitet. Gleichwohl bleibt die Kolonialisierungsthese in der von Simitis vertretenen Optik bedeutsam, wonach Verrechtlichungsprozesse notwendig mit Standardisierungen, Normalitätsannahmen und Abstraktionen verbunden sind. Die AutorInnen von »Arbeit 2000« nehmen diese zwar scharf ins Visier, soweit sie mit dem tradierten »Normalarbeitsverhältnis« konnotiert sind. Aber ist ihr Neuentwurf darum schon frei von erneuerten, modernisierten Rechtsschablonen? Gewiß nicht. Zwar spricht ihre Intention, maximale Freiräume für individuelle Optionen rechtlich zu ermöglichen, auf den ersten Blick dagegen. Jedoch wird dadurch die Standardisierung nur auf eine neue Ebene gehoben: Sie verlagert sich auf die Ebene der sozialrechtlichen Basisfundamentierung der arbeitsrechtlichen Flexibilität, auf den Zwang zur Diskursivität, zur Reduktion von Arbeitszeiten und die damit verbundene Verringerung der ArbeitnehmerInnen einkommen. Die Tatsache, daß diese neuen Normalitätsnormierungen alle ArbeitnehmerInnen betreffen sollen und somit universellen Charakter besitzen, nimmt ihnen lediglich ihre diskriminierende Selektivität.

## 2. Empirische Trifligkeit

Die VerfasserInnen gründen ihre modernisierungspolitische Zuversicht darauf, daß die Entwicklung der ökonomischen wie sozialen Realität ihren Vorschlägen zur Umgestaltung des Arbeitsrechts entgegenkomme. Im Bunde mit dem Weltgeist argumentiert sich leichter. Dabei schleicht sich nur zu gerne die Versuchung ein, Überzeichnungen vorzunehmen und partielle Trends für den Kern der Sache auszugeben.

Die Aussage etwa, das Normalarbeitsverhältnis erfasse heute nur mehr eine residuale Minderheit von 24% der Arbeitsverhältnisse (136, 154) und sei damit faktisch obsolet, erhält ihre empirische Stichhaltigkeit daraus, daß bereits das regelmäßige Ableisten von Überstunden als Abweichung von der Normalarbeitszeit gilt. Das erscheint mir als eine Überzeichnung, die der gewollten Dramatisierung dient. Gravierender sind die Einwände, die sich auf die behauptete Signifikanz der betrieblich-organisatorischen Wandlungsprozesse beziehen. Dabei soll und

muß gar nicht bestritten werden, daß »anthropozentrische« Produktionsstrukturen in den technologisch und kapitalmäßig fortschrittlichsten Teilbereichen der industriellen Produktion in der Tat im Vordringen befindlich sind. Vielleicht kann man sogar davon sprechen, daß sich (seit Beginn der Industrialisierung) historisch erstmals überhaupt die Chance zur Entfaltung von Formen der betrieblichen Kooperation ergibt, die in menschlich angemessener, humaner Weise die intellektuell-fachlichen wie kommunikativen Fähigkeiten und Bedürfnisse eines Großteils der Arbeitnehmer aktivieren statt sie verkümmern zu lassen. Aber: Wie signifikant sind diese Prozesse bezogen auf die Masse derjenigen, die aktuell auf den offiziellen, grauen und schwarzen Arbeitsmärkten Beschäftigung finden oder suchen? Handelt es sich nicht um verschwindend kleine, hochmoderne Inseln im Bereich der industriellen Produktion, deren quantitative beschäftigungspolitische Bedeutung rapide abgenommen hat? Im industriellen Sektor in der Bundesrepublik sind nur mehr ca. 30% der Erwerbsbevölkerung beschäftigt, davon arbeiten zwischen 6 und 7% regelmäßig in Gruppen- oder Teamarbeit – rechtfertigt dies die Annahme, dies sei der Vorschein künftiger Normalität?

Weiterhin: Besteht nicht auch unter diesen, den Selbstverwirklichungsmotiven der arbeitenden Menschen durchaus entgegenkommenden Produktions- und Organisationsstrukturen der Interessengegensatz von Kapital und Arbeit unvermindert fort? Ist nicht der Fortbestand dieses Gegensatzes gerade die Voraussetzung für die Einführung dieser Veränderung schlicht deshalb, weil sie sich ökonomisch als produktiver und effektiver erwiesen haben? Gewiß doch: Um so besser für die Arbeitnehmer, wenn ihren Bedürfnissen und Interessen die ökonomischen Verhältnisse partiell entgegenkommen. Aber eine partielle Interessenüberschneidung darf nicht darüber hinwegtäuschen, schon gar nicht dazu verwendet werden, Interessengegensätze, wo sie fortbestehen, unsichtbar werden zu lassen. Dann wäre der Vorwurf gerechtfertigt, daß die Studie zu Neu- und Umbewertungen der »Wirklichkeit« führt, die für die Beschäftigten und ihre Interessenvertretung »entwaffnend« sind: Sie werden getäuscht über das nach wie vor ungebrochen fortbestehende Erfordernis der kollektiven, nur kollektiv möglichen Verteidigung ihrer materiel-

len wie rechtlichen Interessen und »entsolidarisiert«, indem lediglich ihre individuellen Präferenzen rechtlich munitioniert werden.

Deutlich wird die Nähe zu solchem Ideologieverdacht in der nachträglichen Umbewertung der – von den linken ebenso wie von den liberalen Interpreten des Arbeitsrechts – immer kritisierten »Betriebs- und Produktionsgemeinschaftsidee«. Diese wird nunmehr als spezifisch deutsche Interpretation der Arbeitsbeziehungen zu einem kulturellen Erbe aufgewertet, an das es anzuknüpfen und das es fortzuentwickeln gilt. Dabei wird in diese Traditionslinie ausdrücklich auch die NS-Zeit einbezogen (258). Ihr wird zwar vorgehalten, daß sie den Gemeinschaftsgedanken mit falschem Inhalt füllte –, aber »Gemeinwohlbindung ist keinesfalls notwendig mit dem Anti-Liberalismus der Nazis verbunden« (ebd.).

Methodisch hat diese Vorentscheidung zur Konsequenz, daß die Autoren die Entwicklung von Organisationsmustern der betrieblichen Beschäftigung, von Betriebs- und Tarifvereinbarungen, Gesetzen und Deklarationen im internationalen Maßstab dedektivisch daraufhin absuchen, wo sie Belege für ein Vordringen von Interessenshomologien oder -überschneidungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern und der Einbeziehung von Aspekten der Sozial- und Umweltverträglichkeit in die unternehmerischen Zieldefinitionen finden. Dies hat den unbestreitbaren Vorzug, daß die Vorschläge der AutorInnen nicht voluntaristisch im luftleeren Raum hängen. Sie können auf Beispiele und Vorbilder aus der Praxis verweisen – wobei zumindest offen bleibt, welche Relevanz diese für die Praxis besitzen. Das Problem liegt aber eher in der summierenden Hochrechnung dieser exemplarischen Modelle zu Mustern einer allgemeinen Entwicklung, an die die mit demokratischen und ökologischen Gemeinwohlvorstellungen aufgefüllte altdeutsche Interpretation des Arbeitsverhältnisses weltgeistkonjunkturrell andocken kann.

### 3. Wirklichkeit im Deutungsprozeß: Die Fruchtbarkeit von Paradigmenwechseln

Doch mit diesen Einwänden nach dem Motto »das mag ja normativ wünschenswert sein, verfehlt aber die Realität« ist für den mit den Intentionen der Studie sympathisierenden Skeptiker keineswegs der Stab über die vorgeschlagene Neukonzipierung des Arbeitsver-

hältnisses gebrochen: Im Gegenteil. Denn wie die Wirklichkeit wirklich ist, weiß niemand.

Das Verhältnis von Wissenschaft zur Realität, von Theorie zur gesellschaftlichen Praxis, ist immer eines der Interpretation, der Deutung, der Bewertung. Die Realität ist nicht unmittelbar »zur Hand«. Sie steht zwar handgreiflich vor uns, aber entzieht sich, sobald wir sie »begreifen« wollen. Sie erschließt sich erst über das Bewußtsein, über die Sprache und ihre Zeichen- und Bedeutungssysteme, ihre Regeln und darin eingebauten Denkmuster. Ob Deutungen der Realität »richtig« oder »falsch« sind, kann daher weder der Realität noch dem über sie gemachten Aussagesystem unmittelbar entnommen werden. Das sympathische ästhetische Evidenzerlebnis, auf dem etwa Marcuse angesichts von Naturzerstörung insistiert (»aber das weiß man doch«), langt zur Beurteilung empirischer Richtigkeit ebensowenig hin wie eine in sich schlüssige, konsistente »Ableitung« aus Strukturen, für hinreichende Plausibilität spricht. Als Kriterien der »Richtigkeit« von Interpretationen sozialer wie ökonomischer Verhältnisse, gar Entwicklungstendenzen, müssen wir daher ein »tertium« auffinden – etwa die (selbst wiederum deutungsbedürftige) empirische Bestätigung von Hypothesen und Prognosen durch spätere Ereignisse oder Zustände und die Selbstaufklärung der handelnden Subjekte i. S. gelingender Verständigung über gemeinsam geteilte Deutungen und Wertungen.

Wenn aber die »Wahrheit« von Aussagen über die soziale Welt wesentlich Resultat kommunikativer Praxis ist, dann geht mit jedem wissenschaftlichen Paradigmenwechsel zwar nicht unbedingt ein Fortschritt der Welterkenntnis, wohl aber ein jeweils gewandelter Versuch der Ortsbestimmung und Reichweiten menschlicher Praxis einher: So mag die Theorie den Subjekten bald zuviel, bald zu wenig zumuten, ihre Einflußmöglichkeiten und Verantwortung bald diskurstheoretisch überschätzen, bald systemtheoretisch unterschätzen. Aber in keinem Fall kann als von vorneherein ausgemacht gelten, daß und in welchem Ausmaß welche dieser Alternativen gegeben ist. Ebensowenig läßt sich sagen, daß – vor die Wahl gestellt, welches Theoriekonzept vorzuziehen sei – dann jedenfalls dasjenige den Vorzug verdiene, welches am wenigsten systemhermetisch-objektivistisch abgeschlossen sei und den Subjekten den größtmöglichen Gestaltungsspielraum einräume.

Denn dadurch können Illusionen über »Machbarkeiten« erzeugt werden, die zu politisch-moralischer Überlastung der Akteure, weit überdehnten Zurechnungen von Verantwortung und letztlich nur zu enttäuschten Erwartungen führen können. Aber auch umgekehrt wird erst recht kein Schuh daraus. Die Unterschätzung von Handlungsmöglichkeiten versperrt Gestaltungsspielräume, die zu nutzen zwingend geboten wäre.

Was also von einem wissenschaftlichen Paradigmenwechsel zu halten ist, ist nicht von vorneherein ausgemacht. Immerhin läßt sich die generelle Vermutung aufstellen, daß es eine Funktion solcher Diskursverschiebungen ist, Verhältnisse, die durch eingefahrene Sichtweisen zusätzlich versteinert sind, zumindest hypothetisch zu »verflüssigen«. Wir wissen nicht, wo die Grenzen eines diskursiven Aufbrechens der Verdinglichungszusammenhänge liegen, die mutmaßlich oder wirklich in ökonomischen, technologischen oder herrschaftlichen Strukturen und in ihren faktischen wie rechtlichen »fundamenta in re« eingelassen sind. Wer hätte etwa – außer einigen philosophischen Utopisten wie John Locke oder Immanuel Kant – im Zeitalter des Absolutismus gedacht, daß es möglich sei, die Strukturen politischer Herrschaft an Prozesse demokratischer Öffentlichkeit und Willensbildung zu binden und damit diskursiv zu verflüssigen? Warum sollte, was für die Sphäre der Macht und des Rechts gilt, für Marktverhältnisse ausgeschlossen sein?

#### 4. *Tempora mutantur et nos...*

Hundert Jahre lang war die kritische Arbeitsrechtswissenschaft fixiert auf den scharfen, für unüberbrückbar gehaltenen Interessengegensatz oder Antagonismus zwischen Kapital und Arbeit. Sozialpartnerschaft und arbeitsrechtliches Gemeinschaftsverhältnis waren definitiv als Ideologien enttarnt, erdrosselt, um die Arbeitnehmer über ihre wirklichen Interessen zu betrügen und ihre Rechte zu beschneiden. In den Arbeitsbeziehungen und dem Arbeitsrecht dominierten martialische Metaphern: Es ging um Arbeitskämpfe und Arbeitskämpfrecht, um Rechtsfortschritte und Gegenmacht, Gewerkschaften und Klassenkampf, Stillhalteabkommen und begrenzte Friedenspflichten. Das ist, glaubt man den AutorInnen, die Sichtweise und Semantik von vorgestern und gestern. Sie verabschieden sie wort- und großlos. Dabei werden auch nicht wenige eigene Werke dem

Reißwolf übergeben: Ein wenig Erinnerung, ein bißchen intellektuelle Trauerarbeit hätten sie verdient. Oder nicht?

Thomas Blanke

*Claus Leggewie/Horst Meier, Republik-schutz. Maßstäbe für die Verteidigung der Demokratie. Mit zwei Exkursen von Alexander Molter und Wolfgang Stenke. Rowohlt Verlag, Reinbek 1995, 381 S.*

In der Tagespresse vom 25. Februar dieses Jahres wird von einem »guten Tag für die Demokratie« berichtet. »Schnell, aber zu spät« habe Bundesinnenminister Kanther die »Freiheitliche Deutsche Arbeiterpartei« (FAP) verboten.<sup>1</sup> Nach seinem soeben verlorenen Wahlkampf bewies er, wie andere Innenminister vor ihm, »hilflose Entschlossenheit« gegenüber geschätzten 430 Neonazis. Ein Schelm, wer Böses dabei denkt. Der Hamburger Innensenator wollte dem nicht nachstehen und verhängte gegen die 30 Mitglieder der »Nationalen Liste« ebenfalls ein Vereinsverbot nach Maßgabe von Artikel 9 Absatz 2 des Grundgesetzes (GG). Das Bundesverfassungsgericht hatte diese Verbote nebst den durch diese ausgelösten Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen insbesondere des Vereinsvermögens, der Propagandamaterialien, aber auch von Arrbinden und T-Shirts rechtlich ermöglicht.<sup>2</sup> Es hatte nämlich aus Anlaß eines Antrags der Bundesregierung gem. Art. 21 II GG i. V. m. §§ 13 Nr. 2, 43 ff. BVerfGG festgestellt, beide Organisationen seien keine Parteien, genossen daher nicht das ohnehin fragwürdige »Privileg«, gemäß Art. 21 II GG durch das Verfassungsgericht höchstselbst für verfassungswidrig erklärt zu werden. Ein guter Tag für die Demokratie? Wohl eher ein Tag für den Staatsschutz alter Art, wenngleich die Verbotsbegründung nicht auf den Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zielte, sondern beiden Vereinigungen zu Recht vorwarf, sie seien in ihren Zielen der NSDAP verwandt, mißachteten die Menschenrechte und betrieben ausländerfeindliche und antisemitische Hetze.

<sup>1</sup> Vgl. Frankf. Rundschau v. 25. 2. 1995, S. 1, 3 und 4.

<sup>2</sup> BVerfG Beschl. v. 23. 3. 1995 (2 Bv B 1/93, 2 Bv B 2/93, 2 Bv B 3/93).

Eben gegen diesen Staatsschutz alter Art, diese »kopflöse Verteidigung der Demokratie« ziehen Leggewie und Meier in ihrer Streitschrift energisch zu Felde. Ausgangspunkt ist die nicht neue, aber bisher auch nicht schlüssig beantwortete Frage, ob es »rationale Maßstäbe« gibt, »nach denen die Demokratie zu verteidigen wäre, ohne mit ihrer Idee in Widerspruch zu geraten« (16 f.). Bevor sich die Autoren auf die Suche nach diesen Maßstäben begeben, »positionieren« sie ihr Unternehmen in rhetorisch deutlichem Abstand zum »autoritären Etatismus« und zur »zivilegesellschaftlichen Idylle« als »Staatsräson der demokratisch verfaßten Republik« (18). Den Etatismus führen sie auf gut 270 Seiten eindringlich vor. Von der Idylle, die keiner erklärenden Rede wert zu sein scheint, dürfen wir nur vermuten, daß damit Lichterketten gemeint sind, in denen der Altbundespräsident von Weizsäcker, Hand in Hand mit Skinheads, gegen Rassismus demonstriert.

Vor die konstruktive Maßstabsarbeit zum Schutz der Republik hat der Herr die mühsame Tätigkeit der Kritik gesetzt. Diese beginnen Leggewie und Meier mit der Rekonstruktion des »Schlingerkurses der Strafrecht«, setzen sie sodann fort mit einer sorgfältigen Aufarbeitung der Organisationsverbote (»Aktion Wasserschlag«) und der staatlichen Übergriffe auf den Bereich der öffentlichen Kommunikation (Bestrafung der Leugnung des Holocaust).<sup>3</sup> Die Kritik gipfelt in einer scharfen Attacke auf die Praxis innerstaatlicher Feinderklärungen nach Maßgabe des Instrumentariums und der »Staatsreligion« der freiheitlichen demokratischen Grundordnung.<sup>4</sup>

Durch eine prägnante Analyse des »Weimar-Syndroms«, die sich auf eine materialreiche Studie von Gusy<sup>5</sup> stützen kann, widerlegen Leggewie und Meier einmal mehr die Le-

gende von der Wertneutralität und Wehrlosigkeit der Weimarer Republik, die sich selbstmörderisch ihren Verächtern ausgeliefert habe – und daher zur ewig sprudelnden Quelle der Inspiration und Legitimation für den Verfassungsschutz in der zweiten Republik wurde. Weil Bonn nicht Weimar sei, sollte nunmehr eine »abwehrbereite« bzw. »streitbare Demokratie« etabliert werden, die ihren Feinden, entsprechend dem Diktum des Jakobiners Saint-Just, keine Freibei gewährt.

Die kritischen Passagen gelingen Leggewie und Meier in einer Weise, die hinsichtlich der konstruktiven Vorschläge hohe Erwartungen weckt. Freilich: nicht ohne eine Prise Selbstmitleid (oder ist es eitle Freude über die eigene analytische Leistung?) schreiben sie am Ende ihres zwar langen, aber kurzweiligen und informativen Durchgangs durch das Feld der inneren Sicherheit und des Verfassungsschutzes: »Auf der Suche nach einem neuen Verständnis von Republiksschutz war ein zerklüftetes Terrain des herkömmlichen Sicherheitsdenkens und einer wenig reflektierten Praxis zu erkunden: Neben den Wechselfällen der Tageskonjunktur waren dies die Untiefen des Weimar-Syndroms, das Arkanum der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und der konturlose Extremismusbegriff.« In der Tat. Die Autoren entledigen sich dieser Aufgabe mit einer sprachlichen Leichtigkeit und analytischen Schärfe, mit historischer Anschauung und polemischer Freude, die ihrem Buch eine Karriere als »Renner« bescheren dürften. Es wäre kleinlich, hiergegen einzuwenden, die Formulierungs- und Angriffslust hätte bisweilen um der Präzision willen diszipliniert und zur Vermeidung von Redundanzen gebremst werden können. Wer davon spricht, »der Rechtsstaat müsse Zähne zeigen«, die Verächter der Demokratie gehörten »kunstgerecht unterdrückt«, sollte sich vor Augen führen, wessen politische Metaphorik er sich borgt. Keine republikanische jedenfalls.

Über irrationale Maßstäbe, nach denen die Demokratie seit 1949 in der Bundesrepublik verteidigt wird, und über rationale Maßstäbe, nach denen sie zu verteidigen wäre, haben nicht erst Leggewie und Meier nachgedacht.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Hierzu bereits Cobler, Das Gesetz gegen die »Auschwitz-Lüge« – Anmerkungen zu einem rechtspolitischen Ablaufhandel, KJ 1985, 159 ff.; Frommel, Fremdenfeindliche Gewalt, Polizei und Strafrecht, KJ 1994, 323 ff. und Dietz, Die Lüge von der »Auschwitz-Lüge«, KJ 1995, 211 ff.

<sup>4</sup> Aus der nahezu unübersichtlichen, von Leggewie und Meier allerdings höchst selektiv rezipierten Literatur vgl. nur Denninger, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37 (1979), 8 ff. m.w.Nachw. und Bundesamt für Verfassungsschutz (Hg.), Verfassungsschutz in der Demokratie (Köln 1990). Auf die ständige Bericht- und Kritikerstattung in der KJ der siebziger und achtziger Jahre darf verwiesen werden.

<sup>5</sup> Gusy, Weimar – Die wehrlose Republik? (Tübingen 1991). Vgl. auch Jasper, Der Schutz der Republik Studien zur staatlichen Sicherung der Demokratie in der Weimarer Republik 1922–1930 (Tübingen 1963) und Kirchleimer, Politische Justiz (Frankfurt/Main 1981).

<sup>6</sup> Hinzuweisen ist auf die Urheber des Konzepts der »streitbaren Demokratie«: Loewenstein, Militant Democracy and fundamental Rights, Am. Pol. Sc. Rev. XXXI (1937), 416 ff.; ders., Verfassungslehre 3. Aufl. (Tübingen 1975) und Mannheim, Diagnose unserer Zeit (Zürich 1951).

Vorzuwerfen ist ihnen nun nicht, daß sie die konstruktiven Beiträge anderer zum (Selbst-)Schutz der Demokratie nicht gebührend würdigen, sondern daß sie ihre Argumentation sehenden Auges in ein Dilemma hineintreiben, aus dem keine noch so gut gemeinte und politisch sympathische Absicht sie befreit. Welches sind ihre innovativen Vorschläge, abgesehen von der unstreitig notwendigen Abschaffung des Verfassungsschutzes und der diesen fadenscheinig legitimierenden »verwitterten Staatsreligion«? Zunächst schlagen Leggewie und Meier im Sinne eines gefahrorientierten Republiksschutzes vor, dessen Instrumentarium auf die Abwehr gewalttätiger Aktionen zu justieren. Wer die Regeln des politischen Machterwerbs durch gezielten Bruch der Rechtsordnung verletzt, dem/der soll der »Rechtsstaat die Zähne zeigen«. Wohl nicht nur das: zubeißen soll er wohl auch. So weit so gut, wenn damit gemeint ist, Verstöße gegen das Gewaltverbot seien mit den Mitteln des rechtsstaatlichen Gewaltmonopols zu ahnden.

Allen Ernstes halten die Autoren freilich die Gewaltgrenze für »neutral und berechenbar«, nachdem sie die »wortgewaltige Agitation« vom Odium der aufs Körperliche eingeschränkten Gewalt befreit haben. Als hätte es niemals die endlosen Debatten über die fragwürdige Unterscheidung von Gewalt gegen Sachen und Gewalt gegen Personen gegeben. Als hätten sich nicht zahllose Richter – darunter auch durchaus kluge – aus Anlaß der Strafverfahren gegen Sitzdemonstranten daran versucht, den Gewaltpudding an die Wand zu nageln.<sup>7</sup> Als gäbe es nicht im richtigen Leben Situationen, in denen bedrohte Minderheiten aufgrund ihrer besonderen Versehbarkeit auch massive psychische Pressionen, wie etwa Aufmärsche von Neonazis in jüdischen Wohngebieten, als Gewalt empfinden.<sup>8</sup> Mit der Gewalt als vermeintlich berechenbarer Eingriffsschwelle ist das folglich eine so klare Sache nicht. Ähnliches gilt für den Satz: »Illegal, das ist etwas völlig anderes

und ungleich Solideres als jene nebulöse Verfassungswidrigkeit, die sich bei einem bestimmten Intensitätsgrad der fdGO-Verneinung ergeben soll« (257). Das hätte man in einer Studie über den Schutz einer Republik lieber nicht gelesen. Er offenbart eine beachtliche Naivität gegenüber der Unbestimmtheit des Rechts, ein Mißverständnis der Verfassung (auch diese ist ein Gesetz und hat Teil an der Legalität) wie auch die nunmehr ungezügelte Sehnsucht, das Dilemma eines demokratischen Selbstschutzes ohne Suspendierung von Bürgerrechten einer schlichten Lösung zuzuführen.

So lassen sich Leggewie und Meier dazu verleiten, am Ende eine Reihe ihrer kritischen Einsichten zu kompromittieren. Eben noch haben sie den Blick dafür geöffnet, daß die (vor allem nichtdeutschen) Opfer von Gewalttaten dort, wo sie Schutz suchen, nicht selten selbst in die Hände von Gewalttätern fallen – in den Amtsstuben der Polizei; daß der Verfassungsschutz durch Ausweitung seiner Kompetenzen seit langem die Grenzen zu einem innerstaatlichen Geheimdienst überschritten hat; daß sich die Strafjustiz bei der Aburteilung von Straftaten mit »rechtsextremistischer Motivation« auf einem Schlingerkurs befindet. Gleichwohl dienen uns die Autoren als institutionellen Ausdruck ihres neuen Geistes nicht-hilfloser Entschlossenheit eine Politische Polizei an. Wer hiergegen die Vorgeschichte amtlicher Gesinnungsschnüffelei in Anschlag bringen will, muß sich wohl vorhalten lassen, Berlin sei nicht Karlsbad. Und im übrigen handele es sich um eine »zu Unrecht dämonisierte Institution«, die sich, mit »reflektiertem Mißtrauen« betrachtet, rechtsstaatlich domestizieren lasse. Leggewie/Meier verlegen sich hier auf fromme Wünsche: »Die Trennung von Politischer Polizei und den herkömmlichen Geheimdiensten... muß selbstverständlich gewahrt bleiben« (272). Selbstverständlich. Nur wie?

Nicht jede Politische Polizei, das ist zuzugeben, muß sich zur Gestapo entwickeln. Und es wäre gewiß ein Fortschritt, den jetzigen »polizeilichen Staatsschutz« und die Staatsschutzdelikte umzuwidmen: »Wer sein Haus anzündet, um bei der Versicherung abzukassieren, ist ein Fall für das Betrugsdezernat; wer die Häuser von Fremden anzündet, weil er »Streß mit Ausländern« hat, dagegen ein Fall für den Staatsschutz« (266). Allerdings: das Strafbuch hält die angemessenen Namen bereit

<sup>7</sup> Zum Gewaltbegriff im Strafrecht grundlegend Brink/Keller, Politische Freiheit und strafrechtlicher Gewaltbegriff, KJ 1983, 107 ff. Weitere Nachw. BVerfGE 73, 203/232 f. Zur Notigungsrechtsprechung anlässlich der Sitzdemonstrationen vgl. Frankenber, Passive Resistenz ist keine Notigung, KJ 1985, 301 ff., Kramer, KJ 1988, 201, und zuletzt Frommel, KJ 1989, 484.

<sup>8</sup> Leggewie/Meier weisen selbst auf den Fall Skokie (Illinois, USA) hin, dem eben diese Konstellation zugrundelag. Dazu Hentoff, Free Speech for Me – But Not for Thee. How the American Left and Right Relentlessly Censor Each Other (New York 1993).

für fremdenfeindliche, rassistische, antisemitische Gewalttaten – Mord, Totschlag, Brandstiftung, Körperverletzung etc. Warum soll es bei der Aburteilung oder bei der Verbrechensaufklärung auf das »Selbstverständnis und die Motivlage der Tatverdächtigen« ankommen, um »politisch motivierte« Delikte identifizieren zu können?

Man wird Leggewie und Meier fragen dürfen, welcher Teufel sie geritten hat, mit der Politischen Polizei eine Institution auf Hochglanz zu polieren, die historisch nirgendwo und niemals – auch in Weimar nicht – ihre Republikfreundlichkeit unter Beweis stellte, und die von Amts wegen stets veränderungsfeindlich agiert. Daß sich die polizeiliche Verteidigung des gesellschaftlichen und politischen Status quo »listigerweise als Stabilität dynamischer Veränderungspotentiale entpuppen« werde, das glaube, wer will, verkaufe dies aber bitte nicht als demokratischen Republikenschutz.

Damit nicht genug schlagen Leggewie und Meier am Ende auch noch eine »eng verstandene Ausnahme des gefahrenorientierten Republikenschutzes vor.« Niemand wird ihnen widersprechen, daß dem organisierten Antisemitismus und dem Wiederaufbau der NSDAP energischer, als das bisher geschieht, entgegenzutreten ist. Hier wäre die Bürger-, nicht die Staatsräson zu aktivieren. Warum aber die »rostigen Schwerter« des Kalten Krieges neu schleifen? Das aber tun Leggewie/Meier, wenn sie – nach einer entsprechenden Verfassungsänderung – Parteien verbieten wollen, »deren Mitglieder systematisch die Regeln des Meinungskampfes verletzen und dadurch gegen Strafgesetze verstoßen«, bzw. die aufgrund ihrer antisemitischen Zielsetzung als Neugründungen der NSDAP »in jeglicher Form« zu qualifizieren sind.<sup>9</sup> Die Probleme einer solchen in das Grundgesetz eingebauten »zivilisatorischen Rückwärtssperre« liegen auf der Hand. Ganz abgesehen davon, daß sich die zu einer Verfassungsänderung erforderliche parlamentarische Mehrheit angesichts der traditionellen Orientierung an einer schematischen linksrechts-extremistischen Ausgewogenheit kaum auf diese »einzige, nämlich antinazistische Durchbrechung des politischen neutralen Republikenschutzes« einlassen wird.

Was wäre neben der falschen Symbolik eines

<sup>9</sup> Dazu Meier, *Parteiverbote und demokratische Republik* (Baden-Baden 1993).

weiterhin, wenn auch eingeschränkter als derzeit in Art. 18 und 21 II GG verfassungsmäßig verbürgten Mißtrauens in die Bürgerschaft, so die letzte Frage, der praktische Ertrag dieser Sperre gegen den Rückfall in eine nun neonazistische Barbarei? Politische Aktivitäten der Neonazis unterfielen dem unmittelbaren Zugriff der Exekutive. »Nach dem derzeitigen Stand der Dinge«, schreiben Leggewie und Meier, könnten »allenfalls Sekten vom Zuschnitt der FAP« verboten werden. Das ist aber bereits am 24. Februar 1995 geschehen. Und zwar mit Hilfe der »rostigen Schwerter« des kalten Krieges. Das wird, wenn die Vorschläge von Leggewie und Meier hier realisiert werden, anders sein: Namens und im Auftrage einer »Staatsräson der demokratisch verfaßten Republik« zeigt dann der Rechtsstaat endlich Zähne. Seine dritten, wie hinzuzufügen wäre.

Günter Frankenberg

Wilhelm Kanther, *Die neuen Landesverfassungen im Lichte der Bundesverfassung*, Diss. jur. Köln 1993

Christian Starck, *Die Verfassungen der neuen deutschen Länder. Eine vergleichende Untersuchung*, Heidelberg (C. F. Müller) 1994, 60 S., DM 34,-

Der Verfassungsgebungsprozeß in den ostdeutschen Ländern ist abgeschlossen. Im Bund hat die verfassungsgesetzliche Reaktion auf die staatliche Einigung mit dem in Verfahren und Inhalten unrühmlichen Abschluß der breit angelegten Verfassungsdiskussion in Änderungen des Grundgesetzes sein Ende gefunden, die weit hinter den Änderungswünschen und -notwendigkeiten zurückbleiben.<sup>1</sup> Die hier anzuzweigenden Werke ziehen ein erstes Resümee<sup>2</sup> und eröffnen so die Phase der Kommentierung der einzelnen Landesverfassungen. Beide Autoren konzentrieren sich dabei auf die ostdeutschen Landesverfassungen und blenden die Verfassungsentwick-

<sup>1</sup> Dazu Vogel DVBl 1994, 497 ff.; Berlitz Prokla 1994, 65 ff.; ders., RuP 1994, 194 ff.; Incesu KJ 1993, 475 ff.; aus konservativer Sicht Jahn DVBl 1994, 177 ff.

<sup>2</sup> S. auch die kontinuierliche Berichterstattung durch Haberlande JoR 40 (1991/2), 291 ff.; 41 (1993), 65 ff.; 42 (1994), 149 ff.; 43 (1995), 355 ff.; weiterhin Berlitz Vorgänge 115 (2/1992), 85 ff.; ders. KJ 1993, 437 ff.; P. C. Fischer, Staatszielbestimmungen in den Verfassungen und Verfassungsentwürfen der neuen Bundesländer, München 1993.

lung, die sich auch in einigen westdeutschen Bundesländern ergeben hat,<sup>3</sup> ebenso aus wie die weitgehend gescheiterten Bemühungen um eine Verfassungsreform im Bund.

#### I.

1. Die in Köln im Juli 1993 abgeschlossene Dissertation – Gutachter waren Kriele und Stern – von Kanther setzt sich zum Ziel, »die Neuentstehung einer föderativen staatlichen Ordnung auf der Basis geschichtlicher, landsmannschaftlicher Erfahrungen unter Berücksichtigung der Tatsache darzustellen, daß dafür nicht allein eigener verfassungspolitischer Ratschluß maßgeblich werden konnte«. Nach einer kurzen historischen Einleitung wird in einem ersten Hauptteil (13–109) die Entstehung der neuen Landesverfassungen nachgezeichnet. Dazu wird knapp auf den Prozeß der Länderentstehung und den äußeren Ablauf der Verfassungsberatungen eingegangen (»Historische Wurzeln und Identitätssuche« <13 bis 37>). Ein Schwerpunkt wird dem Abschnitt »Die geistigen Ursprünge der neuen Landesverfassungen« (37 bis 79) gewidmet, dem in der Sache auch das Kapitel »Einflüsse(n) von außen« (80 bis 89) zuzurechnen ist. Den Abschluß dieses Teiles bildet eine rechtsvergleichend angelegte Schilderung des landesspezifischen Verfassungsprofils.

Im zweiten Hauptteil »Landesverfassungen und Bundesrecht« (110 bis 224) prüft Kanther die »Grundgesetzhomogenität« der Landesverfassungen.<sup>4</sup> Diese Frage hatte bereits bei den Verfassungsberatungen selbst breiten Raum mit erheblichen Auswirkungen – vermittelt über den Vorwurf, bestimmte Gestaltungen überschritten bundes(verfassungs)rechtlich gezogene Grenzen oder wiesen den Weg »in eine andere Republik« – auf die Verfassungsgestaltung eingenommen; denn ungeachtet unterschiedlicher Bereitschaft, bundesrechtlich eröffnete Spielräume auch zu nutzen, wollte kein Verfassungsgeber bewußt oder klar gegen bundes(verfassungs)rechtliche Vorgaben verstoßen. Ob ihnen dies gelungen ist, bildet den Schwerpunkt dieses Teiles. Hierzu entfaltet Kanther in einem eigenen Kapitel (110 bis 155) die Prüfungsmaß-

stäbe, die er vorrangig aus Art. 31 GG (»Bundesrecht bricht Landesrecht«), dem Homogenitätsgebot des Art. 28, dem Art. 142 GG, aber auch aus Staatsfundamentalnormen und der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, dem Gebot der Bundestreue sowie weiteren Vorgaben des Grundgesetzes – genannt werden etwa Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 2 und 3, 21, 25, 33, 34, 35, 84, 85 und 97 GG – ableitet. Ergebnis sind vielfältige Bindungen der Landesverfassungsgeber, die nach Normtypen (Staatsfundamentalnormen einschließlich des Staatsorganisationsrechts der Länder, Grundrechte und Grundpflichten, Gesetzgebungsaufträgen und Staatszielen) differieren.

Am so gewonnenen Maßstab werden zwei- und vierzig Regelungskomplexe aus den Bereichen Grundrechte, Grundpflichten und Staatsziele in den ostdeutschen Landesverfassungen (155 bis 200) und einunddreißig staatsorganisationsrechtliche Regelungsbereiche (200 bis 223) gemessen. Bei vierunddreißig Einzelregelungen – vierundzwanzig davon aus der LV Brandenburg – kommt Kanther zu dem Befund, daß sie mit dem Grundgesetz oder einfachem Bundesrecht unvereinbar seien (223 f.).

2. Die historische Einleitung macht einen kurzen Streifzug durch die Entwicklung moderner Bundesstaatlichkeit in Deutschland und bezeichnet mit Recht das Nebeneinander der Verfassung des Bundes und der Gliedstaaten als ihr Charakteristikum. Für die Erfassung der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes (und damit der möglichen Funktionen von Landesverfassungen) unerlässlich wäre eine Entfaltung der gewandelten Zwecke gewesen, die eine bundesstaatliche Gliederung in einer modernen Demokratie westlicher Prägung erfüllen kann und sollte. Sie fehlt. Statt dessen wiederholt Kanther die problematische These, daß eigentlicher Protagonist einer föderalen Staatsform und Motor eines starken Föderalismus die USA waren; ausgeblendet bleiben die weiteren Faktoren, die den Weg in die bundesstaatliche Ordnung wiesen. Die richtige Feststellung, die Bundesrepublik sei »viel unitarischer geworden als ursprünglich geplant«, wird in kurzen Hinweisen auf die übergreifenden Strukturprobleme und die Öffnung nach Europa zwar begründet; dies berücksichtigt indes nur einen Teil der tatsächlichen Entwicklung und führt nicht zu der verfassungspolitischen Option, durch eine restriktive Ausle-

<sup>3</sup> S. dazu S. von Braunschweig, *Verfassungsentwicklung in den westlichen Bundesländern*, Pfaffenweiler 1993; M. Niedobitek, *Neuere Entwicklungen im Verfassungsrecht der deutschen Länder*, Speyer 1994.

<sup>4</sup> Dazu eingehend und differenzierter von Mutus/Friedrich, *Staatswissenschaft und Staatspraxis* 1991, 243 ff.

gung bundesrechtlicher Vorgaben für Landesverfassungen gegenzusteuern. Der Hinweis auf die gewachsenen Kontroll- und Mitwirkungsrechte des Bundesrates als Indikatoren fortdauernder Stärke der Länder erfasst denn auch nur einen Ausschnitt der Auswirkungen dieser Entwicklung, bei der Kompetenzeinbußen durch Mitwirkungsrechte gerade nicht kompensiert werden und die wegen sinkender Bedeutung der Landesparlamente und verkürzter demokratischer Einwirkungsmöglichkeiten der Landesvölker zu Verschiebungen auch innerhalb des Verfassungsgefüges der Länder führen. Folge dieser verkürzenden Perspektive ist denn u. a. eine verfassungspolitische Skepsis gegenüber einer Stärkung der Informations- und Kontrollrechte der Landtage, mit denen auf die »Machtverluste der Landesparlamente«<sup>5</sup> reagiert wird.

3. Die Funktionen der Landesverfassungen im komplexen Prozeß der Entstehung neuer Länder werden zu Beginn des ersten Hauptteiles nur unter dem Identifikationsaspekt, den Vollverfassungen entfalten können, angesprochen und ebenfalls nicht systematisch aufbereitet.<sup>6</sup> So bleiben die nachfolgenden Erwägungen ohne theoretische Grundlage. Lediglich die Grenzen wirklichkeitsgestaltender Kraft von Landesverfassungen (wie von Recht allgemein) scheinen – ohne als solche ausdrücklich benannt zu werden – in dem in die Darstellung der Entstehung der Landesverfassung Mecklenburg-Vorpommerns zusammenhanglos eingestreuten Hinweis auf, die als Art. 3 Abs. 3 E-LV vorgesehene Schutzpflicht des Staates zugunsten im Lande lebender anerkannter Asylbewerber hätte die Ausschreitungen gegen Asylbewerber in Rostock im August 1992 nicht verhindert (S. 33). Empirisch ebenso richtig wie banal, unterschlägt dieser Hinweis die möglichen Signalwirkungen von Landesverfassungsrecht. Hinter dem Stand der Forschung und Aufbereitung zurück bleibt der Abschnitt über den Runden Tisch<sup>7</sup> und die Verfassungsentwick-

lung seit 1989; er erkennt dessen Funktion in der Umbruchsituation ebenso wie er mit den Hinweisen auf die bürgerbewegt-grüne Dominanz des Zentralen Runden Tisches bzw. der links gerichteten politischen Gruppen in der Arbeitsgruppe »Neue Verfassung« die mit recht festgestellte Bedeutung dieses in der Volkskammer bereits an der Einbringung gescheiterten Entwurfes für die parlamentarischen Beratungen in den Ländern nicht zu erklären vermag.

Der Abriss der äußeren Entstehungsgeschichte der einzelnen Landesverfassungen und der den Beratungen zu Grunde liegenden Verfassungsentwürfe bleibt ohne den Versuch einer Klärung, welche Faktoren auf Struktur und Ergebnis der im einzelnen recht unterschiedlich verlaufenden Kompromißbildungsprozesse eingewirkt haben. Hier hätte gerade der Vergleich mit den Versuchen einer Verfassungsreform in westdeutschen Bundesländern und im Bund neben dem Einigungszwang, der sich aus dem ansonsten drohenden verfassungslosen Zustand ergeben hätte, Besonderheiten im ostdeutschen Politikstil gezeigt.<sup>8</sup> Der wohl als Kritik gemeinte Hinweis, es sei »zu regelrechten Tauschhändeln mit Verfassungsnormen (gekommen), über deren Inhalte man sich nicht einigen konnte«, steht in einem unaufgelösten Spannungsverhältnis dazu, daß an anderen Stellen ein Loblied auf die repräsentative parlamentarische Demokratie gesungen wird – als deren Lebenselixier gerade der Kompromiß gilt. Daß in Sachsen die CDU lange mit der im Gesetz zur Herstellung der Arbeitsfähigkeit des Sächsischen Landtages und der Sächsischen Landesregierung vorgesehenen Möglichkeit gespielt hat, eine mit einfacher Mehrheit im Parlament verabschiedete Verfassung zur Volksabstimmung zu stellen und deswegen sich Kompromissen lange Zeit verweigert hatte, vernachlässigt der Hinweis, daß alle Verfassungen mit einer parlamentarischen Zweidrittelmehrheit verabschiedet werden sollten.

Kanthers Darstellung der »geistigen Ursprünge« der neuen Landesverfassungen blendet von vornherein die Ebene aus, daß Landesverfassungen nicht nur Antworten auf den »Zeitgeist« bilden, sondern auch die realen Probleme aufzugreifen und die Möglichkeiten des zu organisierenden Gemeinwesens zu steigern haben, sie einer sinnvollen und

<sup>5</sup> Dazu eingehend Eicher, Machtverlust der Landesparlamente, Berlin 1988.

<sup>6</sup> Dazu nur die Vorträge und Diskussionen auf der Staatsrechtslehrertagung 1987 (VVDStRL H. 46, 18 ff., 57 ff. und 92 ff.) und die Begleitaufsätze von Schneider DOV 1987, 749 ff.; Grawert NJW 1987, 2329; Hufen BayVBl. 1987, 513; Haberle DOV 1987, 769; Sachs DVBl. 1987, 857; Pestalozza NVwZ 1987, 744 ff.

<sup>7</sup> Dazu U. Thaysen, Der Runde Tisch oder: Wo bleibt das Volk?, Opladen 1990; K. M. Rogner, Der Verfassungsentwurf des Zentralen Runden Tisches der DDR, Berlin 1993; Preuß KJ 1990, 222, Haberle JoR N. F. 39 (1990), 319 ff.

<sup>8</sup> S. dazu die Hinweise bei Berlitz KJ 1992, 437 (443 f.).

politisch akzeptablen Lösung zuzuführen. Immerhin geht Kanther zunächst auf »DDR-Erlebnis und Revolutionserfahrung« ein und greift damit die konkreten und spezifischen Unrechtserfahrungen der Menschen in den ostdeutschen Bundesländern auf. Bei der Darstellung der gegen Neuerungen ins Feld geführten Gründe bleibt dies folgenlos; Kanther übernimmt unreflektiert die zumeist von der CDU getragenen Positionen, ohne die Gegenkritik angemessen darzustellen. Dies verweist auf einen Grundzug auch seiner weiteren Argumentation: die These nämlich, daß auch für diese Probleme und Erfahrungen das – unveränderte – Grundgesetz angemessene und hinreichende Lösungen biete, mithin die spezifischen Erfahrungen letztlich kein hinreichender Grund für – mögliche – Verfassungsneuerungen – im Bund oder den Ländern – böten. Dabei zeigt der Ländervergleich, daß die Position selbst der CDU keineswegs einheitlich ablehnend war.

Der Verdacht, daß Neuerungen auch von einem »postsozialistischen«<sup>9</sup> bzw. gegen das Grundgesetz gerichteten Impetus getragen seien, scheint unausgesprochen ein zweiter Leitgedanke, der zu verzerrenden Darstellungen führt. So geht Kanther unter der Überschrift »Soziale Unsicherheit und »Versorgungsdenken«<sup>10</sup> auf die Bemühungen um die Normierung sozialer Staatsziele und Regelungen zur Wirtschaftsordnung ein. In den Vorgaben des Art. 15 E-SPD Landesverfassung Sachsen-Anhalt für die Gestaltung der Wirtschaftsordnung wähnt er »altes zentralistisches Pflandenken«, obwohl der Abs. 2 des Vorschlags davon ausgeht, daß diese Ziele »insbesondere bei Maßnahmen des Landes zur Wirtschaftsförderung und anderer Formen der Zusammenarbeit mit oder der Aufsicht über die Wirtschaft zu verwirklichen sind«, die Ziele mithin erkennbar bezogen sind auf auch nach dem Grundgesetz unbestreitbar möglichen und notwendigen staatlichen Aktivitäten im Rahmen einer grundrechtsorientierten, verkehrswirtschaftlich strukturierten Wirtschaftsordnung.

Ein Unterton des Bedauerns schleicht sich in die zutreffende Feststellung ein, daß sich –

bei aller Zurückhaltung – auch die CDU »letztlich nicht völlig den tatsächlich in der Bevölkerung vorhandenen Erwartungen verschließen« konnte (59). Daß als Beispiel einer »nur zögerlichen Bejahung der neuen freien Wirtschaftsordnung« die Regelung sozialer Staatsziele in Art. 7 Abs. 1 Landesverfassung Sachsen herangezogen wird (60), zeigt, welcher Anpassungsgrad an westdeutsche Verfassungskultur zum Beurteilungsmaßstab gewählt wird. Die Interpretation sozialer Staatsziele als – sachlich nicht gerechtfertigter – Konzessionen an ostdeutsches Versorgungsdenken fügt sich nahtlos in die konservative Ablehnung ein, entsprechende Staatsziele auch in das Grundgesetz einzufügen.<sup>11</sup>

Die Verfassungserwartungen der Bevölkerung als nur notgedrungen hinzunehmendes Faktum – diese Geringschätzung der Akzeptanz- und damit Erfolgsbedingungen der Verfassungen setzt sich fort in der Kritik Kanther's an dem »stark idealisierten Volksbegriff«, der im Anschluß an ein überzogenes Verständnis der Rousseau'schen Volkssouveränitätslehre und seine Verstärkung durch das Menschenbild des Marxismus die Diskussion um direktdemokratische Elemente geprägt habe. Mit den tatsächlichen Diskussionsverläufen hat dies nichts mehr zu tun: Direktdemokratische Beteiligungsmöglichkeiten wurden als Ergänzung und Stärkung, nicht als Alternative der repräsentativ vermittelten Regelentscheidungsstruktur im parlamentarischen System konzipiert und diskutiert.<sup>12</sup> Und die Stärkung der Informations- und Kontrollrechte des Parlaments kann schwerlich als »Idealisierung des unmittelbar handelnden Volkes und die folgerichtige Vormachtstellung seiner Vertretung« (63) unter Beeinträchtigung des Gewaltenteilungsmonopols interpretiert werden. Damit wird allein auf die unbestrittenen Verschiebungen der Funktion der Landesparlamente reagiert.<sup>13</sup>

Eine derart voreingenommene Betrachtung staatsorganisationsrechtlicher Regelungsvorschläge führt Kanther denn auch zu »handwerklich« nicht mehr hinnehmbaren Schilde-

9 So – für die Diskussion auf Bundesebene – Isensee NJW 1993, 2583 (2584).

10 Diese Terminologie wurde vom Sächsischen Justizminister Heitmann (Eine besondere Bewußtseinslage in den neuen Ländern, in: Fraktion der CDU/CSU <August> 1992, 25 <25 f.>) in die Debatte eingeführt, um eine Übertragung der ostdeutschen Ansätze auf die Bundesebene abzuwehren.

11 Zur Diskussion auf Bundesebene s. Lambach, Soziale Staatsziele, in: FS Helmrich, München 1994, 279 ff.; s. a. Kutscha ZRP 1993, 339 ff.

12 Dazu Berlitz KritV 1993, 318 (334 ff.)

13 Eicher (Fn. 5), 76 ff., 134 ff. (zur Beteiligung an staatsleitenden Entscheidungen); s. a. Schlußbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform in Schleswig-Holstein, Baden-Baden 1989, 48 ff., 80 ff.

rungen. Die wortgleich aus der maßgeblich von Werner Weber beeinflussten Vorläufigen Niedersächsischen Verfassung übernommene Bestimmung zum Gesetzesvorbehalt in Art. 61 E-Bündnis 90/Grüne Landesverfassung Sachsen-Anhalt wird etwa als besonders einschneidende Formulierung vorgestellt, die das Schicksal aller untergesetzlicher Normen besiegele. Der rechtsvergleichende Blick in die Landesverfassungen anderer Bundesländer hätte Kanther hier wie auch an zahlreichen anderen Stellen der Arbeit vor Fehlinterpretationen der Norminhalte bewahren können. Ein weiteres Beispiel ist die Kritik an dem von Bündnis 90/Grünen und SPD in Sachsen-Anhalt vorgeschlagenen, Art. 20 Landesverfassung Schleswig-Holstein nachgebildeten Einigungsausschuß, der zeige, »daß Verfassungsstaatlichkeit und Gewaltenteilung noch nicht alle ostdeutschen Abgeordneten ganz erreicht hatten«. Daß die Regelung in Schleswig-Holstein nur mangels eines eigenen Verfassungsgerichts hinnehmbar erscheine, deckt sich nicht mit den aus veröffentlichten Materialien<sup>14</sup> erschießbaren Gründen der – mit den Stimmen der CDU beschlossenen – Schaffung des Einigungsausschusses, zumal für Schleswig-Holstein das Bundesverfassungsgericht die Funktion eines Landesverfassungsgerichts übernimmt. Künstlich ist der Gegensatz, den Kanther zwischen der angestrebten Regelungsdichte der neuen Landesverfassungen (»Wunsch nach Detailregelungen«) und der »nüchternen und parlamentarischen Verfassungsidee des Grundgesetzes« konstruiert; er ergänzt es mit der Feststellung, das »Bekanntnis zum Grundgesetz« sei nuanciert vom unbedingten »Ja« der CDU über ein »Ja-aber« der SPD und einem »Ja-leider« bei Bündnis 90/Grüne. Die umfassende Diskussion um eine Reform des Grundgesetzes, die parallel zu den Verfassungsberatungen in den Ländern auf der Grundlage des Auftrages aus Art. 5 EV lief,<sup>15</sup>

machte das unveränderte Grundgesetz gerade nicht zum Maßstab aller Dinge. Ungeachtet der Verschränkung der Verfassungsordnung in Bund und Ländern – von Kanther an anderer Stelle immer wieder betont – nimmt er die Verfassungsdiskussion auf Bundesebene im Kern nur wahr als Gegenstand »zweifelhafter Versuch(e)«, die Diskussion über die neuen Landesverfassungen zu beeinflussen (71). Verfassungsentwicklung ist aber keine verfassungspolitische Einbahnstraße.

Ein verbreiteter Vorwurf gegen innovative Regelungen<sup>16</sup> in den neuen Landesverfassungen ist, sie seien auf Einflüsse von außen zurückzuführen. Solche Einflüsse sind unbestreitbar. Illegitim sind sie schon deswegen nicht, weil Verfassungen als zukunftsweisende Regelungen angemessene Problemlösungen auch für künftige Probleme zu ermöglichen haben und daher auch erst künftig entstehende Probleme mitzubedenken haben. Daraus folgt indes nicht schon, daß diese Einflüsse den gegenwärtigen und künftigen Problemen der ostdeutschen Länder nicht angemessen gewesen seien. Vor allem wäre der Schluß verfehlt, die aus Ostdeutschland stammenden Politikerinnen und Politiker seien solchen Einflüssen ungeprüft und quasi willenlos erlegen. Dies gilt auch für den Einfluß des vom »Kuratorium für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder« vorgelegten Verfassungsentwurfs,<sup>17</sup> an dem Kanther Einflußnahmen von West nach Ost und umgekehrt – aber aus westlicher Perspektive (89) – zu belegen versucht. Kanther bringt hier die analytische Bemerkung des Kuratoriumsmitglieds Jürgen Seifert »In der damaligen Situation war die Orientierung am Grundgesetz nahezu unvermeidlich«<sup>18</sup> als Hinweis auf dessen »tatsächliche Einstellung zum Grundgesetz« in Gegensatz zu der Aussage des Kuratoriums, das Grundgesetz sei neben dem Verfassungsentwurf des Runden Tisches dessen wichtigstes Arbeitsmaterial gewesen – und greift so auf das Arsenal der verdeckten Verrufserklärungen zurück, die eine kritische Haltung zum Grundgesetz in die Nähe der Verfassungsfeindlichkeit zu rücken pfllegt.

<sup>14</sup> Schlußbericht der Enquete-Kommission (Fn 13), 48 ff., 81 ff., die ungeachtet ihres Vorschlages, ein Landesverfassungsgericht einzusetzen, bei Streit über Auskunftrechte und Informationspflichten einen Parlamentarischen Kontrollausschuß vorschalten wollte; Hubner, Die Beratungen im Sonderausschuß »Verfassungs- und Parlamentsreform«, in: Landeszentrale für Politische Bildung (Hrsg.), Eine neue Verfassung für Schleswig-Holstein, Kiel 1990, 42 (46 f. < m. w. N. auf die Gesetzesmaterialien >).

<sup>15</sup> S. Nachweise Fn. 1, Incesu KJ 1993, 475 ff.; dies Vorgänge 124 (4/1993), 7 ff.; Seifert Vorgänge 123 (3/1993), 90 ff.; aus konservativer Sicht etwa R. Scholz, Die Zukunft des Grundgesetzes, Regensburg 1993; ders. ZG 1994, 1 ff.

<sup>16</sup> Zur Frage, ob diese Innovationen mehr als »Verfassungslyrik« seien, s. die Kontroverse zu vergleichbaren Vorschlägen im Kuratoriumsentwurf zwischen Gunther KJ 1991, 369 ff. und Seifert KJ 1991, 362 ff.

<sup>17</sup> Kuratorium, Vom Grundgesetz zur deutschen Verfassung Denkschrift und Verfassungsentwurf, Verfassungsentwurf, Baden-Daden 1991, dazu auch Gunther KJ 1991, 369 ff.; Seifert, KJ 1991, 362 ff.

<sup>18</sup> Seifert KJ 1991, 362 (363)

Den Rahmen dieser Besprechung würde sprengen, die Diskrepanzen zwischen der Außendarstellung Kanthers über die Wechselwirkungen der Diskussionsebenen zu meinen Erfahrungen und Beobachtungen als Fraktionsberater in Sachsen-Anhalt und als Mitarbeiter in der Redaktionsgruppe des Kuratoriums darzulegen. Bei der Analyse der Einflüsse von außen hätte Kanther bei der Darstellung der gespaltenen Haltung der CDU zum Verfassungsentwurf Brandenburg schließlich darauf stoßen können, daß es erst mit der vom Landesvorsitzenden Fink propagierten Konfliktstrategie, die wenig Bezug zu den verfassungsrechtlichen Sachfragen aufwies, bei Teilen der Union auch zur Ablehnung solcher Vorschläge kam, die lange Zeit ohne Widerspruch mitgetragen worden waren.<sup>19</sup>

Den ersten Hauptabschnitt beendet Kanther mit einem rechtsvergleichenden Überblick der Landeseigenarten der jeweiligen Landesverfassungen. Das Ergebnis des zweiten Hauptteiles, nach dem sich die bundesrechtlichen Einwände auf die Landesverfassung Brandenburg konzentrieren, deutet sich bereits mit einer Generalkritik an deren Neuerungen an. In die zusammenfassende Darstellung – auch der anderen Landesverfassungen – mischen sich selektiv nicht hinreichend abgeleitete Einwände auch an Einzelregelungen und dem systematischen Aufbau. So kritisiert Kanther den in der Landesverfassung Sachsen-Anhalt unternommenen Versuch, Grundrechte, Staatsziele und Einrichtungsgarantien systematisch zu trennen, den Starck als besonders gelungen beschreibt, mit immanent beachtlichen Gründen. Er verkennt dabei aber, daß die »Grundrechtssplitter« in den Abschnitten über Einrichtungsgarantien nicht Ausdruck der Unfähigkeit des Verfassungsgebers sind, sondern – ungeachtet der von konservativer Seite immer wieder eingeforderten Trennung – belegen, daß diese klare Abgrenzung trennscharf gerade nicht möglich ist; gerade dies war ja auch der Grund dafür, daß in Brandenburg eine Gliederung nach Lebensbereichen gewählt worden ist.

4. Die Überlegungen zu den bundesrechtlichen Vorgaben und Grenzen der Landesverfassungen setzen einen Schwerpunkt auf Aus-

legung und Auswirkungen der Art. 28, 31 und 142 GG. Von den in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Ansichten folgt Kanther zumeist jenen konservativen Positionen einer »herrschenden Meinung«, die dem Landesverfassungsgeber die jeweils engeren Grenzen ziehen.<sup>20</sup> Diese Position gründet indes nicht auf einer detaillierten Analyse der Funktion gliedstaatlichen Verfassungsrechts im bundesstaatlichen Gefüge und den Einwendungen, die von Ländersseite gegen Umfang und Intensität vorgebracht werden, mit der der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebung Gebrauch macht. Die vorsichtigen Versuche einer Rejustierung, die mit der jüngst in Kraft getretenen Änderung des Art. 72 GG unternommen worden sind, bestärken die von Kanther abgelehnte, im Vordringen befindliche Meinung, daß Landesverfassungsrecht, das mit Gesetzen kollidiert, die der Bund in Wahrnehmung der konkurrierenden Gesetzgebung erlassen hat, suspendiert, nicht derogiert wird und so dem Landesverfassungsrecht eine Reservewirkung zukommt.<sup>21</sup> Entsprechendes gilt für die Frage, ob bei Verstößen gegen die Grundsätze des Art. 28 Abs. 1 GG, die wegen der Verfassungsautonomie der Länder nur in seltenen Ausnahmefällen anzunehmen sein werden, das entsprechende Landesverfassungsrecht nichtig oder lediglich anfechtbar ist. Ein erweiterter Grundrechtsschutz durch die Landesverfassungen schafft auf der Verfassungsebene wegen Art. 142 GG nur geringe Probleme. Entgegen Kanther verfallen Landesverfassungsnormen mit engerer Grundrechtsgewährleistung nicht der Nichtigkeit, auch wenn sie nicht auf das Bundesniveau »aufgefüllt« werden, weil sie in aller Regel nicht dahin ausgelegt werden können, daß sie weitergehende Bundesrechte ausschließen. Dann aber besteht schon keine Normkollision, die eine Derogation rechtfertigte. Zu weit ist mir auch der Kreis der Staatsfundamentalnormen gezogen, der bei Kollision dann – so Kanther – seinerseits zur Nichtigkeit der Landesverfassungsnorm führt.

Einseitig gegen das Landesverfassungsrecht gewendet wird weiterhin das Gebot der Bun-

19 Dazu Franke/Kneifel-Haverkamp JoR N. F. 42 (1994), 111 (131 ff.); dies., in: Simon/Franke/Sachs (Hrsg.), Handbuch der Verfassung des Landes Brandenburg (HdBLVBB), 1994, § 2 Rdnr. 7.

20 Zur Gegenansicht jungst überzeugend Sacksosky NVwZ 1993, 235 ff.

21 So explizit nun auch Starck, Die Verfassungen der neuen deutschen Länder, Heidelberg 1994, 16; a. A. Sachs, in: HdBLVBB (Fn 19), § 3 Rdnr. 18, 27.

destreue.<sup>22</sup> Verstärkte Bindungen will Kanther aus dem Umstand ableiten, daß die Landesverfassungen in manchen Bereichen nicht an die Kompetenzordnung gebunden seien. Dies wirke sich – so Kanther weiter – für den Landesverfassungsgeber »insbesondere dadurch aus, daß die ihm garantierte Rechtsetzungsaunomie nicht genutzt werden darf, um eine Bundesregierung (etwa anderer parteilicher Zusammensetzung) zu blockieren« (125); diese Grenze wird nur mäßig abgemildert dadurch, daß die »Pflichtverletzung des Verfassungsgebers eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten haben« müsse. Eigenstaatlichkeit der Länder und die daraus folgende Verfassungsautonomie sprechen durchgreifend bereits gegen Bindungen der Verfassungsgeber durch das allgemeine Bundestreueprinzip. Eine besonders schwere, unvertretbare Schädigung der Belange des Bundes oder Störung der bundesstaatlichen Ordnung als Folge berechtigter Kompetenzausübung scheint durch Landesverfassungsgebung kaum denkbar und kann sich jedenfalls nicht auf einzelne Politiken der Bundesregierung beziehen. Bei dem Argument scheint der im politischen Raum oft erhobene Vorwurf einer »Blockadepolitik« im Bundesrat Pate gestanden zu haben; gerade hier gilt aber, daß die Länder zur Billigung vom Bundestag beschlossener Gesetze nicht verpflichtet sind und der politische Vorwurf sich nicht zum normativ erheblichen Verstoß gegen die Bundestreue verdichten läßt. Entsprechendes gilt für die landesverfassungsrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen gezogene Grenze, sie dürften nicht »zum Mißbrauch der Landesverfassungen aus politischen Gründen im »Kampf gegen Bonn« führen« (147).

Keinen tauglichen Maßstab für die Abgrenzung der Verfassungsraume bietet auch der Aspekt, daß eine länderfreundliche Auslegung der Verfassung dort endet, »wo Regelungen erlassen werden, um Bundesrecht zu kritisieren und zu delegitimieren« (135). Das bundesstaatliche Prinzip soll Vielfalt in der Einheit ermöglichen. Es garantiert den Ländern die Möglichkeit, von der Bundesebene abweichende Politikkonzepte auch bei der Normsetzung zu verfolgen. Für diese von Kanther behauptete Grenze muß entweder

auf die nur schwer eindeutig feststellbare subjektive Intention des Gesetzgebers zurückgegriffen oder aus dem objektiven Regelungsgehalt auf die »Gesinnung« des Gesetzgebers rückgeschlossen werden. Beides widerstreitet dem – von Kanther an anderen Stellen immer wieder bemühten – Prinzip der Rechtsklarheit. Denselben Bedenken begegnet die – in bezug auf die Grundpflichten – gezogene Grenze, die an der Unterscheidung von formellem und materiellem Verfassungsrecht anknüpft. Da es keine allgemein verbindlichen Vorgaben für den Inhalt von Landesverfassungen gibt, läuft die These ins Leere, die Befreiung der Landesverfassung von den Kompetenznormen des Grundgesetzes ende dort, »wo die bundesstaatliche Ordnung durch die Anhebung materiell einfachen Rechts in formellen Verfassungsrang umgangen werden soll«. »Verfassungswürdigkeit« (153) ist – dies erhellt ein Blick in die Regelungsvielfalt – ein untauglicher Prüfungsmaßstab.

5. In Anwendung dieser überzogenen Prüfungsmaßstäbe behauptet Kanther zahlreiche Verstöße der Landesverfassungen gegen Bundes(verfassungs)recht; weitere Verstöße werden nur durch eine bundesrechtskonforme Auslegung der Landesverfassung vermieden. Den Rahmen einer Buchbesprechung sprengte, auf die einzelnen Einwendungen einzugehen. Sie sind wegen der Oberflächlichkeit der Argumentation und Inkonsistenzen bei den Bemühungen um eine normerhaltende Interpretation der Detailbetrachtung auch nicht wert.

Als symptomatisch sei die Verwerfung des Art. 2 Abs. 5 Landesverfassung Brandenburg herausgegriffen, der gerade zur Vermeidung von Normkollisionen bestimmt: »Die Bestimmungen des Grundgesetzes gehen denen der Landesverfassung vor. Die Gesetzgebung ist an Bundesrecht und die Landesverfassung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.«<sup>23</sup> Der Verfassungsgeber wollte damit klarstellen, daß die Landesverfassung sich selbst keinen Geltungsanspruch beimißt, der zu Normkonflikten mit dem Grundgesetz führt, und geht im übrigen von der Position aus, daß Landesverfassungsrecht mit einfa-

<sup>22</sup> Dazu umfassend und mit Schlußfolgerungen gerade bei der Beschränkung von Gesetzgebungskompetenzen zurückhaltender Bauer, *Die Bundestreue*, Tübingen, 1992, 328 f.

<sup>23</sup> Dazu Sachs *ThurVBl* 1993, 121 (123 f.); ders., in: *HdbLVBB* (Fn 19), § 3 Rdnr. 18, 26; Franke/Kneifel-Haverkamp *JoR N.F.* 42 (1994), 111 (145 f.), dort (141 ff.) auch zu den allgemeinen bundesrechtlichen Schranken der Verfassungshoheit der Länder

chem Bundesrecht nicht kollidieren kann, ein Normkonflikt jedenfalls nur zur Suspension, nicht zur Derogation führt. Selbst wenn mit Kanther von weiterreichenden Bindungen auszugehen wäre, verböte der erkennbare Normzweck, Kollisionen auszuschließen, den aus Satz 2 gezogenen Umkehrschluß, daß Norminhalt des Satzes 1 sei, den Landesverfassungsgeber von etwa grundgesetzlich über Art. 31 GG vermittelten Bindungen freizustellen; möglich wäre hiernach eine normerhaltende, erweiternde Auslegung, die Kanther nicht einmal in den Blick nimmt.

Ein weiteres Beispiel: Für die Verwerfung des Art. 13 Satz 2 LV Mecklenburg-Vorpommern, der die Gleichstellung der Frauen bei der Besetzung öffentlich-rechtlicher Beratungs- und Beschlußorgane betrifft, als grundgesetzwidrig benötigt Kanther 18 Zeilen. Die gleichlautende Regelung der Landesverfassung Schleswig-Holstein und das hierzu erstellte, in Buchform veröffentlichte Gutachten Schneiders<sup>24</sup>, der detailliert Anwendungsbereich und Verfassungskonformität belegt, werden nicht einmal in den Fußnoten erwähnt.

6. Kanther hat – so mein Fazit – die Chance einer Analyse, welche die Funktion der bundesstaatlichen Gliederung für ein demokratisches, rechtsstaatliches und soziales Gemeinwesen im allgemeinen und in diesem Kontext die Bedeutung des Landesverfassungsrechts ernst nimmt, nicht wahrgenommen. Die Arbeit durchzieht trotz verbaler Bekenntnisse zur Bundesstaatlichkeit ein zentralistischer Grundzug, bei dem verfassungspolitische Optionen – teils unausgewiesen – in (partei-)politische Stellungnahmen übergleiten und der gelegentlich mit westdeutscher Überheblichkeit gepaart ist. So formuliert Kanther als Ziel der Arbeit, insbesondere »das Spannungsverhältnis aufzuzeigen, daß nach Jahrzehnten der DDR-Diktatur dadurch entstehen mußte, daß der »aufgestaute Verfassungseifer« der politischen Gründer der neuen Bundesländer häufig auf die ihnen ungewohnten Rechtsgrenzen des bewahrten Grundgesetzes stoßen mußte«. Das Ergebnis ist ein Werk, das der möglichen Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts für die politisch-gesellschaftliche Ordnung des Gemeinwesens nicht gerecht wird und in vielen Details so ungenau und parteilich argumen-

<sup>24</sup> H.-P. Schneider, Die Gleichstellung von Frauen in Mitwirkungsgremien der öffentlichen Verwaltung, Baden-Baden 1991.

tiert, daß es weder zur zuverlässigen Information über die ostdeutschen Landesverfassungen taugt noch zur überzeugenden Klärung der vielschichtigen Probleme beiträgt, die das Verhältnis von Landesverfassungs- und Bundesrecht aufwirft. Lesens- und besprechenswert ist die Arbeit indes unter einem Aspekt: Sie bündelt die Positionen und Argumente des *vorherrschenden Stranges* konservativer Verfassungspolitik<sup>25</sup> in bezug auf die Verfassungsgebung in den ostdeutschen Ländern und deckt so – wohl ungewollt – deren Inkonsistenzen und Schwächen auf.

## II.

1. Wer hingegen einen zuverlässigen Überblick über die Verfassungsgebungsprozesse in den ostdeutschen Bundesländern gewinnen möchte, kann auf die Untersuchung von Starck zurückgreifen.<sup>26</sup> Der Autor – auf Vorschlag der Unionsseite Berater des Verfassungsausschusses in Sachsen-Anhalt und der Verfassungskommission Mecklenburg-Vorpommerns unmittelbar bei den Verfassungsgebungsprozessen engagiert<sup>27</sup> – will rechtsvergleichend das Gemeinsame ebenso wie die Verschiedenheiten der neuen Landesverfassungen aufzeigen und so »deren Anwendung, insbesondere durch die Verfassungsgerichte, und deren Kommentierung fördern und beeinflussen« (V). Er gelangt zu dem Ergebnis, daß sich die ostdeutschen Landesverfassungen im Rahmen des gemeindeutschen Landesverfassungsrechts halten und dieses zugleich weiterentwickeln. Das Erkenntnisinteresse richtet sich aber nicht auf die Prüfung der Bundesrechtskonformität; Schwerpunkt ist die systematische *Darstellung* der Verfassungsgebungsprozesse und – thematisch gegliedert – seiner Ergebnisse.

In einem Vorspann schildert Starck die Verfassungsgebung (Ausgangslage; Gewährleistungen des Grundgesetzes; Rechtsgrundlagen, Beratungsgrundlagen und Ablauf der Verfahren; Ergebnis) (1 bis 13) und geht dann kurz auf die bundesrechtlichen Anforderungen an die Landesverfassungen ein (14–16). Die Inhalte der Landesverfassungen werden

<sup>25</sup> Für die politische Kultur im Land spricht, daß auch von konservativer Seite differenzierter und konziser argumentiert worden ist.

<sup>26</sup> Eine Darstellung der neuen Niedersächsischen Verfassung von 1993, die demselben Gliederungsschema folgt, gibt Starck in NdsVBl 1994, 2 ff., s. a. Berlt NVwZ 1994, 1 ff.

<sup>27</sup> S. auch den Zwischenbericht durch Starck ZG 1992, 1 ff.

in den Unterabschnitten »Staats- und Regierungsform« (17 bis 39) und »Bürger und Staat« (39 bis 58) sowie »Präambel« (58 bis 60) gegliedert nach den Regelungsinhalten dargestellt. Die Verfassungstexte selbst sind nicht beigelegt.

2. Die skizzenhafte Schilderung der Ausgangsbedingungen verweist auf die friedliche Revolution<sup>28</sup> und ihre Ursachen als den Ausgangspunkt der Verfassungsumwälzung. Wegen der Verschränkung und wechselseitigen Verstärkung der ökonomischen und politisch-sozialen Faktoren, die im Verbund mit den Veränderungen in der Sowjetunion die Entwicklung erst ermöglicht haben, läßt sich der Stellenwert der von Starck hervorgehobenen »Vitalität des Nationalgefühls«, des »Gefühls nationaler Zusammengehörigkeit« nicht genau bestimmen. Die Schwierigkeiten bei der Herstellung der inneren Einheit verweisen darauf, wie voraussetzungs- und auch folgenlos solche Begriffe sein können.

Starck wählt das Bild, daß die Verfassungsenergien, die im Rahmen des Zentralen Runden Tisches und der regionalen Runden Tische zunächst auf Verfassungen unter Bedingungen fortbestehender Staatlichkeit der DDR gerichtet waren, nach der politischen Entscheidung für die staatliche Einigung auf den Entwurf von – grundgesetzkonformen – Landesverfassungen umgeleitet wurden. Dies unterstreicht trotz aller personellen und thematischen Verschiebungen die von Kanther vernachlässigte Kontinuität.

Für das Verfahren der Verfassungsgebung betont Starck einerseits, daß es keine bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben für eine qualifizierte Mehrheit gebe, verlangt für den Fall einer Volksabstimmung über die Verfassung als »nicht zu unterschreitende Voraussetzung, daß sich mindestens die Hälfte der Wahlberechtigten an der Abstimmung über die Verfassung beteiligt und eine einfache Mehrheit für die Verfassung erzielt wird, d. h., daß mindestens ein Viertel der Stimmberechtigten sich für die Verfassung ausspricht«.<sup>29</sup> Die Konsequenz für die Landesverfassung Brandenburg wird nicht ausgeführt: Hier wurde zwar das absolute Zustimmungsquorum von 25 v. H. der Stimmberechtigten weit überschritten (44,78 v. H. Zustimmung), nicht aber das Beteiligungsquorum von 50 v. H. (47,93 v. H. Teilnahme). Nicht eindeutig ist, ob nach Starck diese Quoren auch dann gelten sollen, wenn ein Verfassungsentwurf mit Zweidrittelmehrheit im Landtag beschlossen worden ist, oder ob eine Überschreitung des absoluten Zustimmungsquorums eine Unterschreitung des Beteiligungsquorums kompensieren kann. Die Gültigkeit der Landesverfassung Brandenburg wird jedenfalls nicht bezweifelt – im Ergebnis allemal zu recht. Denn jedenfalls im Verfassungsreferendum über parlamentarisch mit qualifizierter Mehrheit verabschiedete Verfassungsentwürfe können über die relative Mehrheit der Abstimmenden hinaus Abstimmungs- oder Zustimmungsquoren auch nicht aus der Integrationsfunktion der Verfassung hergeleitet werden.

3. Bei der Bedeutung des Art. 31 GG für das Landesverfassungsrecht ist Starck – gegen Kanther – darin zuzustimmen, daß dem Landesverfassungsrecht nicht angemessen ist, als Kollisionsfolge Nichtigkeit anzunehmen, und daß eine Suspension des einschlägigen Verfassungsrechts dem Art. 31 GG genügt.<sup>30</sup>

4. Die Würdigung der einzelnen Regelungskomplexe konzentriert sich auf eine systematische Schilderung, der mitunter Hinweise zur Auslegung oder zur Vermeidung von »Mißverständnissen« und verfassungspolitische Anmerkungen hinzugefügt sind. Sie deckt alle in den Verfassungsgebungsprozessen strittigen Bereiche ab. Im Ergebnis bezeichnet Starck – auch wenn diese Frage nicht im Vordergrund der Untersuchung steht – anders als Kanther keine der Regelungen als bundes(verfassungs)rechtswidrig.

Bei den Regelungen zum parlamentarischen Regierungssystem ist Starck in der verfassungspolitischen Kritik an der Indexierung der Abgeordnetenentschädigung durch Art. 54 Abs. 2 LV Thüringen zuzustimmen – zwar nicht wegen der Gefahr einer inflationsbeschleunigenden Wirkung, aber wegen der Flucht der Parlamentarier aus der Verantwortung. Daß die Bezeichnung der Opposition als grundlegender bzw. wesentlicher Bestandteil des parlamentarischen Systems sie auch in einer verfassungspolitischen Extremlage als »unverzichtbar« vorschreibe und daher eine Allparteienregierung schlechthin

Bei den Regelungen zum parlamentarischen Regierungssystem ist Starck in der verfassungspolitischen Kritik an der Indexierung der Abgeordnetenentschädigung durch Art. 54 Abs. 2 LV Thüringen zuzustimmen – zwar nicht wegen der Gefahr einer inflationsbeschleunigenden Wirkung, aber wegen der Flucht der Parlamentarier aus der Verantwortung. Daß die Bezeichnung der Opposition als grundlegender bzw. wesentlicher Bestandteil des parlamentarischen Systems sie auch in einer verfassungspolitischen Extremlage als »unverzichtbar« vorschreibe und daher eine Allparteienregierung schlechthin

<sup>28</sup> Zur Ambivalenz der Revolutionsmetapher s. a. U. K. Preuß, *Revolution, Fortschritt und Verfassung. Zu einem neuen Verfassungsverständnis*, Berlin 1990.

<sup>29</sup> Ähnlich Steinberg (ZParl. 1992, 497 <510 f >), der für das Verfassungsreferendum zumindest dieselben Mehrheiten verlangt wie für die Änderung der Verfassung durch Volksentscheid.

<sup>30</sup> Wie hier Sacksofsky NVwZ 1993, 235 ff.

ausschlieÙe, überzeugt dagegen wegen des Bezuges auf die verfassungsrechtliche Normallage nicht. Die Informationspflichten der Landesregierungen – dem Vorbild der Landesverfassung Schleswig-Holstein nachgebildet – sieht Starck mit Recht als dem gewandelten Verhältnis von Parlament und Regierung angemessen.<sup>31</sup>

Bei den direktdemokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten stellt Starck zutreffend fest, daß die Quoren deutlich niedriger sind als in den westlichen Bundesländern.<sup>32</sup> Auf seine verfassungsrechtliche Skepsis gegenüber dieser Ergänzung der repräsentativen Demokratie verweist die These, daß die Zustimmung eines Viertels der Stimmberechtigten mit Blick auf die demokratische Legitimität das für einen Volksentscheid erforderliche Minimum sei. Bayern – das westdeutsche Bundesland mit der ausgeprägtesten Praxis direktdemokratischer Mitwirkung – kennt in seiner Landesverfassung ein solches Zustimmungsquorum so wenig wie nunmehr Sachsen; die Boykottaufrufe im Zusammenhang mit der Abstimmung über die Landesverfassung Brandenburg<sup>33</sup> zeigen die von Starck ausgeblendeten Möglichkeiten, solche Quoren politisch auszunutzen.

Für die Landesverfassungsgerichtsbarkeit, die alle ostdeutschen Landesverfassungen vorsehen, verweist Starck mit Recht auf die Funktion, das Selbstverständnis des Landes über sein Verfassungsrecht und damit das Bewußtsein von der Landesstaatlichkeit zu fördern. Seine Skepsis gegen die Urteilsverfassungsbeschwerde zum Landesverfassungsgericht – getragen von der Sorge um die Rechtseinheit und klare, unkomplizierte Rechtsschutzmöglichkeiten – teile ich nicht. Das Beispiel Bayern zeigt, daß diese gewichtigen Einwendungen letztlich nicht durchgreifen; einem unzutraglichen Auseinanderdriften können zudem verfahrensrechtliche Vorkehrungen entgegenwirken.

5. Für das Verhältnis von Staat und Bürger beschreibt Starck anschaulich die Vielfalt der systematischen Gliederung und der Regelungen selbst. Den Verweis der Landesverfassung Mecklenburg-Vorpommern auf die Grund-

rechte des Grundgesetzes sieht Starck – im Einklang mit dem Willen des Verfassungsgebers – als dynamischen. Mir erscheint dagegen ungeachtet des Homogenitätsgrundsatzes vor dem Hintergrund der aus der Eigenstaatlichkeit der Länder und dem Demokratieprinzip folgenden Grenzen, die allgemein dynamischen Verweisungen von Landes- auf Bundesrecht gezogen sind<sup>34</sup>, zweifelhaft, ob sich der Landesverfassungsgeber seiner Aufgabe durch eine dynamische Verweisung entziehen kann.

Verfassungspolitisch optiert Starck für eine klare Trennung von Grundrechten, Einrichtungsgarantien und Staatszielen, von der in Brandenburg und Thüringen zugunsten einer Gliederung nach »Lebensbereichen« abgewichen worden ist. Die Schwierigkeiten einer klaren Abgrenzung nach Normtypen, die unter der Mitwirkung Starck's am klarsten in der Landesverfassung Sachsen-Anhalts verwirklicht worden ist, zeigen sich gerade an dieser Verfassung: Der Abschnitt über die Einrichtungsgarantien enthält dort verschiedentlich »Grundrechtssplitter«, die durch Interpretation zu entfalten sein werden.<sup>35</sup> Bei einer genaueren Analyse der von Stark verfassungspolitisch besonders kritisierten Landesverfassung Brandenburgs läÙt sich ohne weiteres – auch für die Bürgerinnen und Bürger erkennbar – erkennen, inwieweit sie Grundrechte mit unmittelbarer Wirkung, Programmsätze oder Staatsziele enthalten. Die für Grundrechte unbestrittenen objektivrechtlichen Gehalte beschränken die – letztlich ungerechtfertigte – Sorge vor einem verfassungspolitisch unangemessenen Übergriff der Judikative auf die Staatsleitung.

Für die landesverfassungsrechtlichen Staatsziele verweist Starck mit Recht darauf, daß sie vielfach auch Materien der Bundesgesetzgebung betreffen und insoweit eher latent wirken. Die Änderungen der Bundesverfassung, vor allem die von den Ländern erstrittene Umformulierung der Bedürfnisklausel des Art. 72 GG, lassen hier größere landespolitische Handlungsspielräume erhoffen. Für die von Starck als Beispiel herangezogenen recht-

31 Dazu auch Obermayer ZParl 1990, 524 ff.; M Eckertz-Hofer, in: FS Mahrenholz, Baden-Baden 1994, 369 ff.

32 Zu Rechtsgrundlagen und Praxis in den westdeutschen Bundesländern umfassend G. Jürgens, Direkte Demokratie in den Bundesländern, Stuttgart u. a. 1993.

33 Franke/Kneifel-Haverkamp JoR N.F. 42 (1994), III (137) sprechen lediglich von einer Ablehnungskampagne.

34 S. nur Clemens AoR 111 (1986), 63 ff.; Brugger VerwArch 1987, 1 ff.

35 Kritisch dazu auch Kanther (101 f.), der allerdings erkennt, daß diese »Grundrechtssplitter« nicht auf die Einigungsschwierigkeiten bei der Zuordnung zurückzuführen, sondern dem Sachproblem geschuldet sind, daß – auch im Grundgesetz – Grundrechte und Einrichtungsgarantien eben nicht klar trennbar sind, das von Kanther vermählte Zuordnungskriterium war der Regelungsschwerpunkt.

lichen Hemmnisse, das Staatsziel der Frauengleichstellung zu verwirklichen, die auf seiner strikt abwehrrechtlichen Ausdeutung des Art. 3 Abs. 2 GG<sup>36</sup> beruhen, tritt die Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG um ein Staatsziel zu Frauenförderung hinzu.<sup>37</sup>

### III.

Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts für eine lebendige Verfassungskultur verlangt gerade in einem Europa mit Regionen nach einer Perspektive, die dem Landesverfassungsrecht Wirk- und Durchschlagskraft erhält und verschafft. Kanther vertritt in der Sache – ungeachtet rhetorischer Bekenntnisse zum Bundesstaatsprinzip – eine zentralistische Position. Starck nimmt die Landesverfassungen in ihrer Bedeutung ernst, ohne bei seiner Darstellung seine verfassungspolitisch eher konservativen Grundoptionen zu leugnen. Für die jetzt beginnende Phase vertiefender Kommentierung gilt es, die Interpretationsspielräume und Entwicklungsansätze zu entfalten, welche die ostdeutschen Landesverfassungen auf der Grundlage einer freiheitlich-rechtsstaatlichen Ordnung für eine Stärkung der ökologischen, sozialstaatlichen und demokratischen Elemente bieten.

Ulrich Berlu

Günter Frankenberg (Hrsg.), *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, Frankfurt/M. (Fischer Verlag), 1994, DM 18,90

Wonach genau sucht man, wenn man sich auf die Suche nach einer gerechten Gesellschaft begibt: nach einer Begründung von Prinzipien und Normen, die eine gerechte Gesellschaft auszeichnen würden, oder vielmehr nach den Bedingungen, unter denen Gerechtigkeit gesellschaftlich realisierbar ist? Beides läßt sich kaum trennen, denn letztere Frage setzt natürlich eine Antwort auf erstere voraus, während umgekehrt die Reflexion darauf, in welchen Kontexten Gerechtigkeit zu verwirklichen ist, den Modus der Begründung und die Art der begründeten Normen beeinflusst. So beziehen sich die Aufsätze, die Günter Frankenberg in diesem Band versammelt, auch auf beide Fra-

gen, allerdings mit einem zeitdiagnostisch zugeschnittenen Schwerpunkt auf der zweiten, d. h. der Thematisierung der Möglichkeiten und Voraussetzungen der rechtlichen und sozialen Institutionalisierung einer gerechten Gesellschaft.

Als thematischer Fokus der Beiträge dient (zumeist) die Kontroverse zwischen Liberalismus und Kommunitarismus,<sup>1</sup> der zufolge das Problem auch so formuliert werden könnte: Wie muß eine *politische Gemeinschaft* beschaffen sein, die soziale Pluralität und Differenz auf der einen Seite mit Solidarität auf der anderen vereinbaren (um nicht zu sagen: versöhnen) kann? Welche Begriffe von Staatsbürgerschaft und Verfassung sind dabei vorausgesetzt? Diese Fragen im Anschluß an die kommunitaristische Kritik des Liberalismus zu stellen bedeutet jedoch weder, daß liberale Theorien darauf keine Antworten geben können, noch, daß kommunitaristische Theorien dazu eine einheitliche Position beziehen – geschweige denn, daß Antworten nicht auch »jenseits« von Liberalismus und Kommunitarismus gefunden werden können.<sup>2</sup> Es ist der Vorzug sämtlicher Beiträge des Bandes, in diesem Sinne vermittelnde bzw. weiterführende Positionen zu suchen – dem der Nachteil gegenübersteht, daß »Liberalismus« und »Kommunitarismus« relativ undeutliche Begriffe bleiben, unter denen die verschiedenen Autor(inn)en jeweils etwas anderes verstehen.

In dem damit angesprochenen komplexen Problemfeld der Begriffe »Gerechtigkeit«, »Gemeinschaft« und »Recht« sind folgende Fragen zu unterscheiden, die in den Aufsätzen jeweils thematisiert (und im folgenden in dieser Reihenfolge diskutiert) werden.

1. Zum Problem der Begründung von Gerechtigkeitsprinzipien (bzw. des Verhältnisses von *Gemeinschaft* und *Moral*): Kann es universalistische Prinzipien der Gerechtigkeit geben, die in ihrer Geltung nicht an partikuläre Gemeinschaften und kulturelle Besonderheiten gebunden sind?
2. Verschiedene Dimensionen der Vereinbarkeit von *Gemeinschaft* und *Recht*:

<sup>1</sup> Einige der Beiträge wurden als Vorträge auf der Frankfurter Konferenz »Gerechtigkeit und Gemeinschaft« gehalten; vgl. dazu den von Micha Brumlik und Hauke Brunkhorst herausgegebenen Band *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M. 1993.

<sup>2</sup> Vgl. dazu Rainer Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt a. M. 1994. Im folgenden beziehe ich mich auf die dort entfalteten Argumente.

<sup>36</sup> V. Mangoldt/Klein/Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, 3. Aufl., Bd. 1, Art. 3 Abs. 2 Rdnr. 209 ff.

<sup>37</sup> Dazu H.-J. Vogel, *Verfassungsreform und Geschlechterverhältnis*, in: FS Benda, Heidelberg 1995, 295 ff.

a) Stehen Gemeinschaften, die auf Gemeinsamkeiten »jenseits« des Rechts beruhen (Liebe, Freundschaft, Vertrauen etc.) und in denen nicht symmetrische Reziprozität, sondern Fürsorge etwa oder Solidarität gefordert sind, in einem Konkurrenzverhältnis zum Recht; sind sie gar mit dem Recht unvereinbar?

b) Wie kann das Recht Gemeinschaften angemessen anerkennen und schützen? Wie kann es Gemeinschaftswerte mit individuellen Rechten verbinden - insbesondere dann, wenn die Werte kleinerer Gemeinschaften mit denen größerer kollidieren (Stichwort »Multikulturalismus«)?

c) Wie kann eine Gemeinschaft zugleich als Souverän vor und über dem Recht stehen, gleichzeitig aber auch unter ihm und durch es begrenzt sein?

3. Zum Verhältnis von *Gemeinschaft* und *Demokratie*: Welche Art kollektiver Identität muß eine Demokratie voraussetzen? Basiert sie auf einem ethischen Wertekonsens, auf einem »overlapping consensus« verschiedener Wertorientierungen, bedarf sie eines Verfassungspatriotismus oder wird ihre Identität viel eher in Verfahren demokratischer Partizipation gestiftet?

4. Die Beziehung zwischen *Gemeinschaft* und *distributiver Gerechtigkeit*:

a) Ist es das Ziel distributiver Gerechtigkeit, eine Gemeinschaft vollwertiger und gleichberechtigter Teilnehmer am politischen und sozialen Leben zu verwirklichen?

b) Welche Form der Solidarität wird seitens der Bürger(innen) vorausgesetzt, um dieses Ziel anzuerkennen und anzustreben?

#### 1. Gemeinschaft und Moral

Relativ unumstritten ist zwischen den einzelnen Beiträgen des Bandes, welche Grundprinzipien der Gerechtigkeit zentral sind; sie schließen – folgt man Peter Kollers analytisch klarer Darstellung (S. 130f.) – erstens die rechtliche Gleichheit von Personen ein (alle Gesellschaftsmitglieder sollen die gleichen Rechte und Pflichten haben), zweitens die bürgerliche Freiheit (sie sollen weitestgehende subjektive Freiheiten haben), drittens demokratische Beteiligung (gleiche Rechte der Mitwirkung an politischen Entscheidungen), viertens soziale Chancengleichheit (nach Maßgabe von Fähigkeiten und Leistungen gleichberechtigter Zugang zu sozialen und politischen Positionen) und schließlich wirtschaftliche Verteilungsgerechtigkeit (so

daß ein jedes Mitglied der Gesellschaft einen gerechten Anteil an den Früchten gesellschaftlicher Zusammenarbeit haben soll). Von hier ist der Weg zu den beiden Gerechtigkeitsprinzipien der Rawlsschen Theorie<sup>3</sup> nicht sehr weit, so daß hervorzuheben ist, daß bei allen kontroversen Diskussionen insbesondere darüber, wie distributive Gerechtigkeit zu bestimmen ist, der von Rawls vorgegebene – im weitesten Sinne »egalitär-liberale« – normative Rahmen von den Beiträgen dieses Bandes kaum in Frage gestellt wird. Demzufolge ist eine gesellschaftliche Grundstruktur gerecht, wenn strikte rechtlich-politische Gleichheit herrscht und soziale Ungleichheiten mit allgemein akzeptablen, unparteiischen Gründen gerechtfertigt werden können.

Letzteres, so Koller, ist ein universales Grundprinzip aller Gesellschaften – allerdings nur dann, wenn die Mitglieder einer Gesellschaft diese als »Solidaritätsgemeinschaft« sehen, in der eine gerechte Verteilung sozialer Güter vorherrschen soll. Doch auch dann bleibt noch gesellschaftsrelativ zu entscheiden, ob etwa besondere Leistungen, Verdienste, Bedürfnisse oder erworbene Rechte hinreichende Gründe sind, Ungleichbehandlungen zu legitimieren. Diese Entscheidung schließlich findet auf einer Basis gemeinsamer Werte statt, die – darin gibt Koller den Kommunitaristen recht – soziale Verständnisse des guten und wertvollen Lebens bezeichnen. So läßt sich das »Richtige« nicht unabhängig von dem »Guten« festlegen. Hier allerdings bleibt unklar, von welcher Art der für eine solche Festlegung notwendige »Konsens über die grundlegenden individuellen Werte und kollektiven Zielsetzungen« (S. 148) sein muß; bedeutet dies, daß die gerechtigkeitsdeterminierenden Werte die einer Mehrheit sein können, oder ist Unparteilichkeit radikaler verstanden, und zwar in dem Sinne, daß es die »Schlechtestgestellten« sind, die zustimmen können müssen? Nur letzteres würde die Pointe deontologischer Theorien bewahren und das Kriterium guter (oder »allgemein annehmbarer«) Gründe so ansetzen, daß allen Personen ein moralisches Vetorecht zusteht, wenn es um grundlegende Normen geht. Das bedeutet nicht, daß Konzeptionen des Guten

<sup>3</sup> Vgl. John Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M. 1975 und ders., *Political Liberalism*, New York 1993. Daneben die Aufsatzsammlung von Rawls, *Die Idee des politischen Liberalismus*, hg. v. W. Hinsch, Frankfurt a. M. 1992.

bei der Interpretation des Gerechten keine Rolle spielen, es bedeutet jedoch, daß sie in einem strikten Sinne allgemein teilbar sein müssen. In diesem Sinne pladiert Klaus Günther für den Vorrang prozeduraler Gerechtigkeit vor materialen Bestimmungen des Guten und Gerechten (worauf ich noch zurückkomme).

Was nun die Begründung einer Konzeption politischer und sozialer Gerechtigkeit angeht, so glaubt Wolfgang Kersting, daß die kommunitaristische Theorie auf dieser Ebene einen Sieg davongetragen hat – allerdings einen Pyrrhussieg. Denn einerseits ist ihr darin zu folgen, daß die »hermeneutische Wende« auch in der politischen Philosophie unhintergebar ist und das Beweisprogramm einer kulturinvarianten Begründung universalistischer Prinzipien gescheitert ist; andererseits findet der Hermeneutiker, wenn er unsere Gesellschaften nach ihren historisch erwachsenen »starken Wertungen« (um einen Begriff von Charles Taylor zu verwenden) durchstreift, doch eben gerade die liberalen Prinzipien, die man damit zu überwinden trachtete. Man findet also keine Gemeinschaftsmoral, sondern Prinzipien, die auf einer anderen, allgemeineren Ebene das Zusammenleben in einer wertpluralistischen Gesellschaft regeln. »Postkonventionelle Moralbeurteilung gehört seit langem zur modernen Konventionalität.« (S. 88)

Dies läßt nun aber die Frage offen, ob der Verweis auf »unsere« postkonventionellen »geteilten Überzeugungen« ausreicht, um auf die Kritiker zu antworten, die auf solche Überzeugungen verweisen, die auch wesentliche Bestandteile unserer Sozialkultur sind und eben nicht individuelle Freiheit etwa in den Vordergrund stellen – z. B. religiöse Wertvorstellungen. Und in Konflikten solcher Art genügt es nicht, darauf zu verweisen, daß man zu ihrer Beilegung allgemeinere, reflexive liberale Prinzipien zur Verfügung hat; vielmehr muß man moralische Gründe liefern können, wieso diese Prinzipien *gerechter* sind als Lösungen auf der Basis bestimmter (partikularer) Werte. Hier kommt man nicht umhin, moralische Grundsätze anzuführen, die nicht nur gelten, weil sie »unsere« sind, sondern weil sie »vernünftig« sind. In diesem Sinne ist weder Rawls' Idee eines politischen Konstruktivismus auf der Basis von »Ideen« und »Prinzipien der praktischen Vernunft« kontextualistisch zu nennen noch Walzers

Konzeption einer »thin morality«.<sup>4</sup> Rawls zufolge muß die politische Philosophie stärkere Argumente bereithalten als den Verweis auf geteilte Überzeugungen: »We turn to political philosophy when our shared political understandings, as Walzer might say, break down, and equally when we are torn within ourselves.«<sup>5</sup> Darüber hinaus – und darauf besonders kommt es Walzer an – setzt eine moralische Kritik an Gesellschaften und Kulturen im Namen von Menschenrechten etwa (selbst in einem minimalen Sinne verstanden) voraus, daß es universalistische Normen gibt, im Vergleich zu denen die »Moral der Einheimischen« zwar viel komplexer und reicher ist, die diese jedoch nicht unterschreiten darf. Eine Theorie der Gerechtigkeit muß verschiedene, mehr oder weniger allgemeine normative Kontexte unterscheiden, und einer davon betrifft die Dimension moralischer, universalistischer Gerechtigkeit.

## 2. Gemeinschaft und Recht

a) Herausgegriffen sei statt vieler ein Beitrag. Cornelia Vismann thematisiert in ihrem – verschiedene philosophische und rechtstheoretische Diskurse auf prägnante Weise zusammenführenden – Aufsatz »St. Benedict, Inc.« die paradoxe Beziehung zwischen Recht und Gemeinschaft: Einerseits fordert es das Selbstverständnis einer Gemeinschaft, daß sie sich vor- oder außerrechtlich konstituiert, andererseits bedarf sie des Rechts zu ihrer Anerkennung als Gemeinschaft. Dabei sind allerdings zwei Arten von Gemeinschaft begrifflich deutlicher zu unterscheiden (als Vismann dies tut): einerseits die Rechtsgemeinschaft insgesamt, die sich als politische Gemeinschaft als souveräne Quelle des Rechts versteht, und andererseits einzelne Gemeinschaften innerhalb dieser, wie etwa Religionsgemeinschaften. Besonders letztere beanspruchen ein »Mehr an Gerechtigkeit« (S. 29) – oder besser: mehr als Gerechtigkeit –, denn sie integrieren sich über Werte und Ideale, die Pflichten begründen, welche nicht der Rechtslogik der Reziprozität und Symmetrie folgen. Solche Gemeinschaften sind – die Autorin hat hier als Paradigma Ordensgemeinschaften vor Augen – durch die Notwendigkeit von Ausschluß- und Abgrenzungsmechanismen gekennzeichnet; die Soli-

<sup>4</sup> Vgl. Rawls, *Political Liberalism*, Kap. 3 (»Political Constructivism«); Michael Walzer, *Thick and Thin Moral Argument at Home and Abroad*, Notre Dame 1994

<sup>5</sup> Rawls, *Political Liberalism*, S. 44

darität der »Brüder« schließt die »Schwester« aus. Wird diese Gemeinschaftslogik nun auf die politische Gemeinschaft übertragen – was eine sehr starke kommunitaristische These wäre, die allenfalls Alasdair MacIntyre in Ansätzen vertritt –, so bilden sich Gegen-Gemeinschaften, und es besteht die Gefahr der Entstehung eines politischen Raumes, der nurmehr aus dem Konflikt zwischen Gemeinschaften besteht. So mündet der Gemeinschaftspluralismus nicht in eine »multikulturelle« Einheit in Pluralität, sondern in einen Schmittschen Kampfzustand – allerdings nur unter den Prämissen, unter denen Vismann zufolge Gemeinschaften ihrem Wesen nach einen konspirativen Charakter haben. Sie beherbergen ein Arkanum, das der politischen Öffentlichkeit antithetisch gegenübersteht. Mehr noch, dort, wo sie sich »ins Werk setzen«, ist von den einzelnen Mitgliedern bedingungslose Treue gefordert: »Um zu beweisen, daß eine Gemeinschaft existiert, muß ihr Gesetz erfüllt werden. Es ist, wie alle Gesetze, letztlich auf den Tod aus. Die Realität der Gemeinschaft und die *significant action*, die ihre höchste Bedeutung im Tod des einzelnen erhält, bedingen sich wechselseitig. /.../ Das Paradox der Selbstdarstellung einer Gemeinschaft in ihrem Werk besteht darin, daß das (Todes)werk die Gemeinschaft zugleich realisiert und vernichtet.« (S. 44 f.)

So ist also die Gemeinschaftsidee, die durch komunitäre Diskurse geistert, nicht nur insofern paradox, als sie sich gegen das Recht richtet und doch auf es angewiesen ist, sondern auch insofern, als ihr ein selbstdestruktiver Charakter innewohnt. So gilt es also, wie Vismann in ihren Schlussfolgerungen nahelegt, doch nicht ausführt, Formen einer Versöhnung von Recht und Gemeinschaft zu finden und somit Formen einer Gemeinschaft, die sich nicht in der oben beschriebenen Weise ins Werk setzt. Es ist freilich nicht ganz klar, inwiefern sich dies vom gleichermaßen liberalen (Rawls) wie kommunitaristischen (Walzer) Ideal einer »social union of social unions« unterscheidet.

Beide Paradoxa verdanken sich jedoch zu starker Annahmen über »Gemeinschaft«. So muß eine Gemeinschaft nicht in dieser Weise antithetisch zu Recht und politischer Öffentlichkeit gedacht werden; daß eine Gemeinschaft sich nicht über Rechts- und Reziprozitätsregeln integriert, muß nicht bedeuten, daß ihre Werte einen Gegensatz zum Recht darstellen. Und daß Gemeinschaften sich nach

außen hin abgrenzen, impliziert nicht, daß sie ein Geheimnis hüten, das es ihnen gänzlich unmöglich macht, Teilnehmer öffentlicher Diskussionen zu sein. Sie werden es dagegen um so mehr sein, als sie den Eindruck haben, ihre Werte erklären und verteidigen zu müssen.<sup>6</sup> Schließlich sind viele Gemeinschaften heute eher »gewählte Gemeinschaften«, die nur einen Teil der Identität einer Person abdecken und nicht die ganze Persönlichkeit definieren (wie eine Ordensgemeinschaft).<sup>7</sup> Zudem ist die Jean-Luc Nancy entlehnte Idee des Sich-Ins-Werk-Setzens der Gemeinschaft unter dem Paradigma des Krieges und des Opfertods eine extrem überhöhte Idee, die weder »die« Gemeinschaft kennzeichnet noch gar die kommunitaristische Vorstellungen. Die Bereitschaft, für eine Gemeinschaft zu sterben, ist nicht die notwendige Konsequenz, in die die These »konstitutiver Gemeinschaften« führt – das Individuum bleibt stets vor eine moralische Wahl gestellt.<sup>8</sup> Die – ohnehin problematische – Ontologisierung einer bestimmten Gemeinschaftsidee verbaut somit einen differenzierten Blick auf verschiedene Formen von Gemeinschaft und ihre normativen Infrastrukturen und auf das schwierige Problem, wie das Recht Gemeinschaften »gerecht« werden kann und umgekehrt.

b) Dies führt zu der Frage, ob und wie Gemeinschaften angemessen rechtlich respektiert und geschützt werden können. Muß das Recht dafür, wie Günter Frankenberg in seiner Einleitung fragt, bestimmte Werte – etwa in der Form von Institutsgarantien – an fundamentaler Stelle festschreiben, um den ethischen Charakter einer Gemeinschaft zu festigen?<sup>9</sup> Oder führt dies nicht vielmehr dazu, daß die ethischen Konzeptionen einer Mehrheit zu institutionellen Festlegungen führen, die »Andere« – und das heißt eben auch: andere Gemeinschaften – ausschließen? Diese Problematik betreffend plädiert Ingeborg Maus für eine strikte Trennung des allgemeinen Rechts und ethischer Werte, da nur so – in einer »Dialektik des Rechts, durch Abstraktion das Konkrete zu schützen« (S. 81) –

6 Vgl. etwa Kent Greenawald, *Religious Convictions and Political Choice*, Oxford 1988.

7 Vgl. etwa Mary Waters, *Ethnic Options. Choosing Identities in America*, Berkeley-Los Angeles 1990.

8 So auch Michael Walzer, »The Obligation to Die for the State«, in *Obligations. Essays on Disobedience, War and Citizenship*, Cambridge, Mass. 1970.

9 So argumentiert Michael Sandel, »Moral Argument and Liberal Toleration«, in 77 *California Law Review* 520 (1989).

sichergestellt sei, daß das Recht nicht partikuläre Setzungen verallgemeinert. Anders sei eine rechtliche Anerkennung von Differenz nicht möglich. Ulrich K. Preuß hingegen sieht die Idee einer weltanschaulich-ethischen Neutralität des Rechts als revisionsbedürftig an. Ihm zufolge finden sich in heutigen Gesellschaften in verstärktem Maße ethische Fragen auf der politischen Tagesordnung (z. B. Abtreibung, medizinische Ethik), die keine neutralen Lösungen erlauben. Politische Entscheidungen stellen dann »unvermeidlicherweise eine autoritative Stellungnahme für eine bestimmte und gesellschaftlich umstrittene Wertposition« dar (S. 121). Gleichwohl setzt sein »moralisch reflexiver Konstitutionalismus« darauf, daß Verfahren entwickelt werden können, Dissense dieser Art auf eine Weise zu kanalisieren, die soziale Koexistenz erlaubt. Und solche Verfahren, so läßt sich einwenden, können auf eine bestimmte Idee von Neutralität nicht verzichten: nämlich eine »Neutralität rechtfertigender Gründe« für (unvermeidlicherweise) allgemein verbindliche Lösungen, der zufolge die Gründe, die eine Entscheidung tragen, reziprok und allgemein akzeptabel sein müssen. Das heißt einerseits, daß legitimierende Gründe nicht allein einem einzigen, nicht geteilten Werte horizonz entstammen, heißt andererseits aber auch, daß sie auf der Basis verschiedener ethischer Überzeugungen akzeptabel und in sie »einpaßbar« sind. Dies setzt in der Regel einen »deliberativen« Lernprozeß voraus,<sup>10</sup> der jedoch nicht das Abstreifen der eigenen Werthaltungen fordert.

Wichtig ist zudem, daß ein moralisch reflexives Recht – gerade auf der Basis allgemein akzeptabler Gründe – für die besonderen Perspektiven derer offenbleibt, die bislang aus Allgemeinbegriffen ausgeschlossen waren. Und hier darf sich eine Differenz gegenüber »blinder« Gerechtigkeit nicht in eine Blindheit gegenüber besonderen Benachteiligungen verwandeln. Sie muß darauf achten, daß formale Gerechtigkeitsprinzipien nicht durch soziale Ungleichheiten konterkariert werden; und so kann es Fälle der besonderen Berücksichtigung kultureller oder religiöser Identitäten geben, die im Namen materialer Gleichberechtigung gerechtfertigt werden

<sup>10</sup> So Preuß an anderer Stelle: Claus Offe u. U. K. Preuß, »Democratic Institutions and Moral Resources«, in David Held (Hrsg.), *Political Theory Today*, Stanford 1991.

können.<sup>11</sup> Dies ist eine wichtige rechtstheoretische Pointe kommunitaristischer Argumente, die nicht den Schutz von *Werten*, sondern von individuell-gemeinschaftlichen *Identitäten* in den Vordergrund stellt, so daß das Recht als »Schutzhülle« partikularer Identitäten dient – und die abstrakte »Rechtsperson« somit die konkrete, lebensgeschichtlich individuierte »ethische Person« schützt.

c) Das Verhältnis zwischen Gemeinschaft und Recht sprechen Preuß, Maus und auch Frank Michelmann in bezug auf den Begriff der Volkssouveränität an: Wie kann eine politische Gemeinschaft zugleich *über* und *unter* dem Recht stehen?

Preuß plädiert in seinem historische und demokratietheoretische Überlegungen verbindenden Beitrag dafür, das Konzept der Volkssouveränität angesichts der Erfahrung der Revolutionen von 1989 und der gesellschaftlich-politischen Wirklichkeit gegenwärtiger Gesellschaften zu überdenken. Während die paradigmatisch an der Französischen Revolution sich festmachende Auffassung der »pouvoir constituant« eine allem verfaßten Recht vorausliegende Gewalt vorsah, die quasi »ex nihilo« eine Ordnung schaffte, welche sie jedoch einem Schatten gleich als Ausnahmefall, als Drohung der möglichen Rückkehr der rechtschaffenden Gewalt, begleitete, machten die Revolutionen von 1989 mit der damit verbundenen Idee eines homogenen Gesellschaftskörpers als Subjekt jenseits des Rechts ein Ende. Diese Revolutionen konstituierten nicht die »Einheit des Volkes«, sondern die »Vielheit der Bürger« (S. 110); zwar schafften auch sie eine neue politische Ordnung, doch nicht als Verkörperung und Verfestigung der Volksmacht, sondern als Institutionalisierung von Verfahren, die innerhalb einer Pluralität von politischen Kräften jeweils neue Machtbildungen zulassen.

Doch nicht nur diese Entwicklung macht es nötig, über ein neues Verfassungskonzept nachzudenken. Auch die Auffassung, daß politische Macht, solange sie sich im Rahmen der Verfassung bewegt, eine wirkliche politische Gestaltungsmacht ist, ist überholt: An-

<sup>11</sup> So z. B. Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford 1989. Vgl. auch das Urteil über die Ausnahme von der Schulpflicht für die Amish: WISCONSIN v. YODER, 406 U.S. 205 (1972); daneben das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. 8. 1993 zur Befreiung eines zwölfjährigen Mädchens islamischen Glaubens vom koedukativen Sportunterricht (BVerwG 6 C 8.91 = NVwZ 1994, 578).

gesichts der Steuerungsprobleme im Zuge wissenschaftlich-technischen Fortschritts kann die Politik immer weniger selbst Veränderungen planen und durchführen, sondern muß sich darauf konzentrieren, Schritt zu halten und Wege zu finden, Formen politischer Autonomie quasi reaktiv zu institutionalisieren. Dazu kommt die oben erwähnte Infragestellung ethischer Neutralität und das Problem, daß »Selbstregierung« heute nicht mehr als Selbstgesetzgebung eines Volks-Souveräns gedacht werden kann, sondern vermittels demokratischer Verfahren auf verschiedenen Ebenen unterschiedlichste Interessen jeweils zu temporären Mehrheiten geformt werden müssen.

Somit sind es verschiedene Wege, auf denen Preuß seine Kritik an einem traditionellen Verständnis von Volkssouveränität entwickelt – als Kritik an einer Souveränität jenseits und innerhalb der Verfassung und des Rechts. Was ersteres betrifft, so verdankte sich die starke Interpretation einer »pouvoir constituant« als (im Vergleich zum Recht) »jenseitige« Gewalt, die eine Ordnung »ex nihilo« schafft, jedoch einer politischen Theologisierung und Ontologisierung, die einer spezifischen Interpretation der Französischen Revolution folgt. Demgegenüber hat sich etwa die Amerikanische Revolution und Verfassungsgebung weder als Manifestierung quasigöttlicher Volkskraft verstanden noch hat sie eine neue Ordnung aus dem Nichts geschöpft, sondern auf bestehende Kolonialverfassungen aufgebaut. Und schließlich griffen die neuzeitlichen Revolutionen insgesamt auf fundamentale Begriffe des »Naturrechts« zurück, der sich die – damit eben nicht unbegrenzte – Macht des Volkes verpflichtet sah. – Andererseits nun ist zu fragen, ob die Darstellung der Revolutionen von 1989 zutreffend ist, der zufolge hier keine emphatischen Kollektivvorstellungen, sondern ein Bewußtsein sozialer Pluralität vorherrschend war. Zwar war das Bestreben, demokratische Strukturen zu etablieren, dominant, doch folgt aus dem Bewußtsein der Legitimität sozialer und politischer Werte- und Interessenpluralität nicht notwendig, daß keine starken »nationalen« Gemeinsamkeiten und Verpflichtungen als Legitimation revolutionärer und postrevolutionärer Handlungen dienen.

Was nun die Frage der politischen Selbstregierung – oder Selbstgesetzgebung – innerhalb einer demokratischen Ordnung betrifft, so weist Preuß zu Recht auf verschiedene

Herausforderungen traditioneller Vorstellungen hin; fraglich ist jedoch, ob die erhöhte Anforderung an die Reflexivität politischer Institutionen, im Sinne einer »Ordnung des Ordners« (S. 118) Voraussetzungen und Möglichkeiten demokratischer Selbstbestimmung gerade in Fragen wie medizinischer Ethik oder Umwelt oder auch sozialstaatlicher Maßnahmen, die alle angehen, zu schaffen, einen Verzicht auf die Idee der Einheit von Gesetzgeber und Gesetzesadressat, wie Preuß vorschlägt, erlaubt. Wie er selbst sagt, ist das Ziel der Selbstregierung der Gesellschaft »unaufgebbar« (S. 123) – und damit auch die Legitimationsschwelle von Allgemeinheit und Reziprozität, allerdings losgelöst von der Vorstellung eines einheitlichen Volkskörpers.

In diesem Sinne plädiert Ingeborg Maus für ein Konzept der Volkssouveränität, das ebenfalls die Rousseausche Idee einer zu einem Kollektivsubjekt verschmolzenen Bürgerschaft ablehnt, dessen normatives und institutionelles Zentrum jedoch ein verfahrenstheoretisch gewendeter Begriff politischer Autonomie ist. Volkssouveränität und individuelle Freiheitsrechte stehen demnach – im Anschluß an Kant – insofern nicht in einem Gegensatz, als die Gewaltenteilung dafür sorgt, daß Gesetze von allen für alle in Absehung von Einzelfällen beschlossen werden, während Exekutive und Judikative auf Ausführungs- und Anwendungsfragen beschränkt sind. So trägt also ein Konzept von Verfahrensgerechtigkeit die argumentative Hauptlast, dem zufolge die »Personalunion des Bourgeois und Citoyen« (S. 78) bedeutet, daß die »vorstaatlichen« Freiheitsrechte der Individuen nicht als vom Staat gewährte, sondern als reziprok seitens der Bürger politisch anerkannte Rechte angesehen werden, die staatliches Handeln begrenzen. Die Ausgestaltung der Freiheitsrechte bleibt freilich der allgemeinen Gesetzgebung überlassen – womit das Problem der Freiheitssicherung in dem Moment wiederkehrt, in dem in einer pluralistischen und in vielen Hinsichten ungleichen Gesellschaft, wie Preuß zu bedenken gibt, in hohem Maße davon auszugehen ist, daß allgemein formulierte Regelungen ungleiche Wirkungen auf Ungleiche haben. Darauf muß eine verfahrenstheoretische Position konsequenterweise mit einem abstrahierenden und einem konkretisierenden Schritt antworten: mit einem abstrahierenden insofern, als die Legitimitätsschwelle für grund-

rechtsrelevante Regelungen auf eine strikte Reziprozität und Allgemeinheit angehoben werden muß, aus der nicht Minderheiten herausfallen, und mit einem konkretisierenden insofern, als – wie oben bemerkt – die allgemeinen Prinzipien daraufhin überprüft werden sollten, ob ihre »differenzblinde« Formalität nicht ungleiche soziale Positionen zementiert. Zu Recht wendet sich Maus gegen die kommunitaristische Kritik, die Verteidigung individueller Rechte komme einer Verteidigung individualistischer Lebenspläne gleich, und plädiert für die Allgemeinheit legitimer Regelungen – insbesondere Recht gegen eine »Refeudalisierung des modernen Verfassungsdenkens« (S. 79) in Form eines Rückgriffs auf oberste »Werte« innerhalb des Rechts. Die Form der Allgemeinheit, die einer multikulturellen Gesellschaft angemessen ist, muß eine stets kritisch herzustellende sein, die inhaltliche Reifizierungen vermeidet – sie braucht jedoch im Sinne einer Gerechtigkeit gegenüber ethischer Differenz ein Auge dafür, wann besondere Formen der Anerkennung im Sinne materialer Gleichheit gerechtfertigt sind.

Während Maus die Fragen der Vereinbarkeit von Volkssouveränität und Menschenrechten und von rechtsetzender und rechtsunterwerfener Gemeinschaft prozedural beantwortet, schlägt Michelman eine sozusagen »diskursrepublikanische« Lösung vor, der zufolge die »Personalunion« zwischen Autor und Adressat des Rechts voraussetzt, daß die Personen nicht nur bereit sind, gemeinsame, gerechte Entscheidungen zu treffen, sondern auch auf einen gemeinsamen Fundus von Überzeugungen zurückgreifen können, der es ihnen in diskursiven Prozessen erlaubt, ihre eigenen Perspektiven zu verallgemeinern und dies als eine Bereicherung anzusehen. Der Blick verändert sich somit von den Kriterien des Gerechten zu den Voraussetzungen seitens der Individuen, das Gerechte zu finden und einzusehen.

Ein wesentliches Argument Michelmans für eine republikanische Version politischer Diskurse lautet folgendermaßen. Die traditionelle Konkurrenz zwischen der Herrschaft des Volkes und einer Gesetzesherrschaft ohne Willkür ist nur aufzuheben, wenn Politik ein Prozeß ist, »in dem und durch den ›Menschen‹, die ihre Aufmerksamkeit auf Privates gerichtet haben, zu Bürgern mit einem Interesse am Öffentlichen werden und auf diesem Wege zusammen zum ›Volk‹« (S. 62). Legi-

time Gesetze müssen aus einem solchen Verschmelzungsvorgang hervorgehen – was wiederum voraussetzt, daß bei aller ethischen Differenz eine kollektive Identität besteht, die sich aus einer Geschichte gemeinsamer Erfahrungen speist. Mehr noch, politische Diskurse müssen als Selbstveränderungen erfahrbar sein, als Teil dialogischer Selbstverwirklichung (S. 71). Dies sind kommunitaristische Prämissen, so Michelman, die der Liberalismus akzeptieren muß.

Hier gilt es allerdings zu unterscheiden: Daß in Diskursen die Möglichkeit von Präferenz- und Meinungsveränderungen vorausgesetzt werden muß, damit im Austausch von Gründen gemeinsam akzeptable Lösungen gefunden werden, bedeutet erstens nicht, daß dies eine Verschmelzung der Perspektiven derart voraussetzt, daß Präferenzen und Meinungen sich vollständig verallgemeinern und ich von dem Hintergrund eigener Interessen ablösen, und zweitens bedeutet das Verändern einer eigenen Position durch Überzeugung (die verschiedene Grade haben kann) bezüglich einer Frage nicht, daß die ganze Identität einer Person sich ändert und aus ihr ein »citoyen« durch und durch wird. Daher schießt Michelman über das Ziel hinaus, wenn er politische Diskurse als Ort dialogischer Selbstrevision ansieht und damit ethisch anreichert. Und schließlich bedeutet der Rückgriff auf gemeinsame Erfahrungen nicht, daß hier starke ethisch-kulturelle Wertekonsense vorausgesetzt werden (was Michelman auch nicht explizit sagt), sondern daß Erfahrungen bestehen, die aus Konflikten um Gerechtigkeit insbesondere hervorgegangen und nach wie vor Gegenstand von Kontroversen sind. Damit ist das Problem aufgeworfen, wieviel »Identität« eine gerechte Gesellschaft braucht.

### 3. Gemeinschaft und Demokratie

In dieser Frage bezieht Kersting eine »kommunitär-demokratische« Position. Während er der Ansicht ist, daß die Kommunitaristen in der Dimension der Begründung nicht über liberale Gerechtigkeitsprinzipien hinausgekommen sind (s. o.), haben sie doch – zumindest in einer nichtsubstantialistischen, sondern republikanischen Version – zu Recht die Frage nach den Verwirklichungsbedingungen der Gerechtigkeit und insbesondere der Demokratie gestellt. Dazu ist es notwendig, daß die politische Ordnung als »intrinsisch wertvolle Lebensform« (S. 89) begriffen wird, daß

jenseits der Idee einer »Lockeanischen Rechtsversicherungsanstalt« (S. 95) und einem Verfassungspatriotismus, der Integration durch den Konsens über »abstrakte Verfahren und Prinzipien« schaffen möchte, ein »Gemeinsinn« besteht. Dann wird die »Teilnahme und Teilhabe am Gemeinschaftsleben« als Teil der Selbstverwirklichung angesehen, d. h. politische Partizipation wird als Mitwirkung an einem kollektiven Gut und eben nicht allein oder primär als im selbstbezogenen Interesse liegende Tätigkeit betrachtet. Zweideutig bleibt hier jedoch, inwiefern die Bürger(innen) in diesem deliberativen, »unreglementierten« (S. 98) Argumentieren und Streiten, das einem »Nominalismus der Sonderlinge« gleichkommt, eben solche Sonderlinge und doch Wesen sein können, die sich jenseits »privater Präferenzen und Projekte« (97) im gemeinsamen Genuß öffentlicher Güter selbst verwirklichen. Ein »liberaler Republikanismus« muß hier unentschieden bleiben, denn einerseits muß die Differenz ethischer Überzeugungen (die Kersting auf der Begründungsebene hervorhebt) gewahrt bleiben, andererseits muß die politische Gemeinschaft ihm zufolge auch eine ethische sein, die immanent mit der personalen Identität der Bürger(innen) verwoben ist. Die Frage ist freilich, ob die Form der Verantwortung, die seitens der Mitglieder einer funktionierenden politischen Gemeinschaft vorausgesetzt werden muß, als ethischer Gemeinsinn auf der Basis geteilter Werte, die Fundament einer »Lebensform« sind, verstanden werden sollte, oder ob nicht doch – entgegen Kerstings Auffassung – die Möglichkeit besteht, sich mit »universalistischen Regeln und formalen Prozeduren« (S. 96) insofern zu identifizieren, als sie als Kern einer »Verantwortungsgemeinschaft« angesehen werden, deren Bürger(innen) nicht leidenschaftslose Vernunftwesen sind, sondern auf der Basis historischer Erfahrungen wissen, welche Ungerechtigkeiten resultieren, wenn eben diese Regeln und Prozeduren fehlen. Praktische Vernunft muß keine erfahrungslose Fähigkeit sein: Gerade die richtig verarbeitete Geschichte von Ausschluß- und Unterdrückungserfahrungen kann die Basis dafür sein, bei aller ethischen Differenz die »Anderen« als Mitbürger(innen) anzusehen, denen man Verantwortung für die Aufrechterhaltung einer gerechten gesellschaftlichen Grundstruktur schuldig ist. Das ist weniger als Selbstverwirklichung in politischer Partizipa-

tion, mehr jedoch als ein konstitutioneller Minimalkonsens.

#### 4. Gemeinschaft und distributive Gerechtigkeit

a) Die Frage, was es heißt, »Bürger(in)« einer politischen Gemeinschaft zu sein, steht auch im Zentrum der Behandlung sozialer, distributiver Gerechtigkeit in den Beiträgen von Koller, Günther, Nancy Fraser und Linda Gordon und Frankenberg. Und auch hier kehrt die Kontroverse zwischen stärker materialen und stärker prozeduralistischen Bestimmungen des Gerechten wieder (wenn auch die Spannweite der Unterschiede nicht sehr groß ist). Während Koller einen – allerdings erst herzustellen – Wertekonsens als Voraussetzung materialer Gerechtigkeitsinterpretationen ansieht, kritisiert Günther gegenwärtige Versuche, die Frage, was »das Seine« eines jeden ist, im Rückgriff auf Bestimmungen des Guten zu beantworten. Den Hintergrund seines Arguments zeichnet Günther in Form einer pointierten Darstellung der Idee der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Hobbes und Kant. Aus dieser Entwicklung folgt, daß Bestimmungen distributiver Gerechtigkeit (a) den Vorrang der Gleichheit von Rechtspersonen nicht in Frage stellen dürfen (sondern material ausgestaltet sollten) und (b) diese Bestimmungen in politisch-autonomen Verfahren festgelegt werden müssen. Dagegen erscheint MacIntyres Rettungsversuch eines Verdienst-Konzepts als Grundlage sozialer Gerechtigkeit ebenso im Strudel des Wertpluralismus verloren wie Nussbaums Versuch der Ausarbeitung objektiver Bedingungen des guten Lebens und seiner materiellen Voraussetzungen. Solche Theorien, so Günther, tragen die Gefahr paternalistischer Festlegungen in sich. Auch Walzers Theorie der »Sphären der Gerechtigkeit« unterbietet seiner Interpretation nach das Kriterium politischer Autonomie – was angesichts des Verteilungskriteriums strikter Gleichheit in der Sphäre politischer Teilnahmerechte und der Erläuterung von Walzer in späteren Aufsätzen, daß die politische Sphäre eine besondere ist, die die anderen überragt und darauf achtet, daß sie zur Verwirklichung gleicher Bürgerrechte beitragen, bestreitbar ist.<sup>12</sup>

Wichtig ist zudem, welche *substantiellen* Ge-

<sup>12</sup> Vgl. Michael Walzer, »Exclusion, Injustice, and the Democratic State«, in: *Dissent*, Winter 1993.

rechtigkeitsbestimmungen der Vorrang politisch-prozeduraler Gerechtigkeit selbst enthält. So ist der Status, vollwertiges Mitglied der politischen Gemeinschaft zu sein, sowohl in einem minimalen Sinne Voraussetzung der gleichberechtigten Teilnahme an politischen Diskursen als auch in einem maximalen Sinne das Ziel distributiver Gerechtigkeit. Damit sind zwar keine starken materialen Bestimmungen vorgegeben, wohl aber Kriterien der Überprüfung sozialer Institutionen. Soziale Gerechtigkeit wird damit zur rekursiven und diskursiven Bestimmung vollwertiger sozialer Mitgliedschaft – einer Bestimmung, die, wie Rawls betont, stets vor den »worst off« einer Gesellschaft zu rechtfertigen sein muß.

Fraser und Gordon betonen – T. H. Marshall folgend – diese soziale Dimension von Staatsbürgerschaft.<sup>13</sup> Gleichwertige Mitgliedschaft bedeutet, die Mittel zu einer gleichberechtigten Teilnahme am gesellschaftlichen Leben zu haben – zu einer Existenz ohne Exklusion und Mißachtung. Ihrer Auffassung nach ist diese Idee sozialer Staatsbürgerschaft jedoch das Opfer einer »kulturellen Mythologie« (S. 187) geworden, die neben der Dichotomie zwischen Vertragsbeziehungen »freier« Bürger und nicht-reziproker »Wohltätigkeit« gegenüber Abhängigen keine Formen sozialer, solidarischer Reziprozität zuläßt.<sup>14</sup> In ihrer Genealogie der Unterscheidung dieser beiden sozialen Sphären zeigen sie insbesondere die Verquickung geschlechtsspezifischer und ökonomisch-sozialer Ausschließungsmechanismen und die negativen Konnotationen, die wohlfahrtsstaatliche Maßnahmen haben, die als Formen der nicht-reziproken »Wohltätigkeit« verstanden werden. Damit werden die »Wohlfahrtsempfänger« zu Abhängigen degradiert, die etwas ohne Anspruch und (noch) ohne Gegenleistung bekommen. Dagegen plädieren Fraser und Gordon für eine Rückbesinnung auf die Dimension sozialer Rechte als Teil dessen, was Bürger(innen) sich wechselseitig zugestehen müssen – ohne freilich, wie Richard Bernstein kritisiert, genauer die sozio-ökonomischen Bedingungen anzugeben, unter denen eine solche »Redefinition« (und das heißt: reale Veränderung der Praxis) von Staatsbürgerschaft möglich ist.

13 T. H. Marshall, *Bürgerrechte und soziale Klassen*, Frankfurt a. M. 1992.

14 Vgl. dazu auch Nancy Fraser u. Linda Gordon, »Dekondierung von »Abhängigkeit«, KJ 1993, 26.

b) Welche Art sozialer Solidarität ist in diesem »Zugestehen« sozialer Rechte jedoch vorausgesetzt? So kehrt die Frage nach der Gemeinschaft zurück, die Frankenberg mit dem Begriff »ziviler Solidarität« (S. 220) zu beantworten sucht, einer Solidarität im Geiste der »Zivilgesellschaft«. Sie basiert auf einer »grundlegenden Konvention«, welche insbesondere »das Versprechen enthält, für die Prinzipien einer demokratischen Streitkultur einzustehen« (S. 218). Nun ist aber eine solche Konvention noch keine hinreichende Grundlage für solidarisches Handeln im Sinne distributiver Gerechtigkeit, es sei denn, sie enthält, wie Frankenberg argumentiert, verschiedene Formen der Anerkennung: Nicht nur die Anerkennung der Anderen als Streitgegner, sondern auch als solche, deren Fremdheit und Andersheit als Bedingung der eigenen Individualität geschätzt wird, so daß »um der eigenen Autonomie willen« (S. 219) ihnen die Möglichkeit gegeben werden soll, autonome Mitglieder der Gesellschaft zu sein, und zwar nicht nur im Sinne politischer, sondern auch sozialer Autonomie. In dieser Verknüpfung von Gleichheit, Differenz und Fürsorge steckt freilich ein problematisches Argument, dem zufolge die Entfaltung der eigenen »unverwechselbaren Individualität« einer Person von der Interaktion (die mehr sein muß als Konfrontation) mit den anderen als »Fremden« abhängt und aus dieser Erkenntnis ein Gemeinschaftsbewußtsein entsteht. Das ist insofern problematisch, als die These, daß sich die eigene Individualität in Verhältnissen reziproker Anerkennung konstituiert, eher bedeutet, daß es die positive Anerkennung innerhalb bestimmter, begrenzter ethischer Gemeinschaften und die negative Abgrenzung gegenüber anderen (und dann auch wieder nur bestimmten, nicht allen anderen) ist, durch die sich ein Bewußtsein der qualitativen Identität bildet, so daß die »Anderen« insgesamt – d. h. alle Mitbürger(innen) – in diesem Zusammenhang nicht als solche gelten, auf deren »Fremdheit« die eigene Identität in dem Maße angewiesen ist, daß man um seiner selbst willen Sorge tragen muß, daß diese ihre Fremdheit als vollwertige Gemeinschaftsmitglieder erhalten und entwickeln können. Soziale Solidarität gegenüber allen Mitbürger(inne)n in ihrer Andersheit läßt sich nicht auf diese Weise aus ethischen Bedingungen des eigenen Selbstseins begründen – weder in ihrer Allgemeinheit noch in ihrem

verpflichtenden Charakter. Vielmehr müssen ethische und politische Anerkennung unterschieden werden: Das Eintreten für soziale Rechte anderer setzt nicht voraus, daß deren soziale Autonomie als Bedingung meines guten Lebens angesehen wird, sondern daß ich die politische Verantwortung anerkenne, auch über die Bedingungen meines Selbstseins hinaus allen Mitbürger(inne)n den Status vollwertiger sozialer Mitgliedschaft zu gewähren und zu gewährleisten. Dieses Verantwortlichsein ist weniger als das Schätzen des Anderen, mehr aber als dessen Tolerierung: Es setzt die Anerkennung von Rechten auf ein sozial autonomes Leben voraus, das in ethischer Hinsicht zu bestimmen den Personen selbst überlassen bleibt.

So sieht sich die Suche nach der gerechten Gesellschaft auf das Dilemma zurückverwiesen, das man das der »substanzlosen Sub-

stanz« ethisch pluralistischer Gesellschaften nennen könnte: Eine solche Gesellschaft muß sich mit dem Fehlen substantieller Werte als Grundlage sozialer Integration abfinden, gleichzeitig aber auch soviel an politisch-sozialer Substanz aufbringen, daß soziale Gerechtigkeit in einem umfassenden Sinne verwirklicht werden kann. Toleranz und Solidarität, die beiden zentralen Tugenden einer solchen Gesellschaft, müssen in der obersten Tugend der Gerechtigkeit in Einklang gebracht werden. Und es mag sein, daß erst auf der Basis eines politisch-moralischen Bewußtseins, das gelernt hat, welche Dimensionen und Erfahrungen von Ungerechtigkeit aus mangelndem Respekt und fehlender Solidarität entspringen, diese Kontexte der Gerechtigkeit zusammengeführt werden können.

*Rainer Forst*

Juristin, 30 Jahre, Zweites Staatsex.  
befr., seit zwei Jahren in ungek.  
Stell. im öffentl. Dienst, Auslands-  
erf. (Spanien), sucht Tätigkeit in  
Anwaltskanzlei oder Verband, mögl.  
im Raum Berlin.

Zuschriften unter Chiffre 1295 an  
Nomos Verlagsgesellschaft, Post-  
fach 610, 76484 Baden-Baden