

Buchbesprechungen

Michael Stolleis, Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band: Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600 bis 1800, München (Verlag C.H. Beck) 1988, 431 S., 98,- DM.

1. »Geschichte des Öffentlichen Rechts« – unter diesem Titel kann man sich so manches vorstellen. In den Sinn kommt etwa eine Geschichte der öffentlich-rechtlichen Dogmatik nach dem Motto »wann und wo wurde der erste Verwaltungsakt gesichtet?«, eine Geschichte der Juristenpersönlichkeiten, die das Öffentliche Recht entwickelt haben, und natürlich damit auch die Geschichte einer Berufsgruppe; Geschichte des Öffentlichen Rechts kann aber ebenso die Geschichte bestimmter Institutionen beinhalten (Stichwort etwa »Reichskammergericht als frühe Variante des BVerfG«) oder auch die Geschichte der Ausdifferenzierung einer Wissenschaftsdisziplin und damit auch die Geschichte der diese Wissenschaftsdisziplin tragenden Universitäten (Stichwort: »An ihren Lehren sollt Ihr sie erkennen«). Nicht zu vergessen ist bei dem Thema das sehr ambivalente Verhältnis des Öffentlichen Rechts zur staatlichen Macht: Legitimation einerseits, Infragestellung andererseits sind hier die beiden Pole eines immer sehr prekären Verhältnisses, und Geschichte des Öffentlichen Rechts wird so zur Geschichte der Legitimationsmodelle staatlicher Macht (und ihrer Gegenmodelle). Schließlich aber ist die Geschichte des Öffentlichen Rechts auch immer eine Geschichte des Verhältnisses von Sprache und sozialer Wirklichkeit, die Entwicklung jenes eigentümlichen Wechselverhältnisses, in dem Dinge ihre Existenz erst durch ihre sprachliche Erfassung gewinnen und gleichwohl die sprachliche Erfassung der Dinge ihre Begriffe nach den Notwendigkeiten der sozialen Wirklichkeit hervorbringt.

Neben diesen vielen Geschichten gibt es auch unterschiedliche Arten von Geschichtenerzählern (wissenschaftlich mag man dies mit dem Wort »Methode« kennzeichnen). Manche schauen in die Vergangenheit und berichten, was sie dort (aus der Entfernung der Gegenwart) sehen, manche andere aber reisen auch dort hin. Im ersten Fall bleibt der Erzähler immer in der ihm vertrauten (und ihn versichernden) Gegenwart und hat Interesse vor allem an den eigenen Wurzeln, die freilich immer von seinem Standpunkt in der Gegenwart aus gesehen werden. Im zweiten Fall reist der Erzähler in ein fremdes Land mit ihm fremder Sprache, fremden Sitten, unbekanntem Regeln: Erzählen kann er nur in dem Maße (ähnlich wie der Rechtsvergleicher), in dem er neue Raster des Verstehens entwickelt, die von seiner eigenen »Vergangenheit« (d. h.: Gegenwart) abgekoppelt und auf seine neue (historische) Umgebung hin zugeschnitten sind.

2. Stolleis hat eine lange Reise in die Vergangenheit gemacht und weiß nun eine lange Geschichte und in dieser Geschichte auch viele Geschichten zu erzählen. Bei der *Geschichte der Dogmatik* führt er uns in die Ursprünge des Öffentlichen Rechts, zum einen in das römische/kanonische Recht, das als Ordnung mit umfassendem Geltungsanspruch zunächst auch auf die »öffentlich-rechtlichen« Fragestellungen aus der Reichsverfassung übertragen wurde, und in die aristotelische Philosophie mit ihren Vorstellungen über die »richtige Ordnung«. Er zeigt uns die lange vorherrschenden moralischen, erzieherischen Impulse des Öffentlichen Rechts, das sich als »Allgemeine Staatslehre« im direkten Sinne des Wortes verstand, und die allmähliche Entwicklung zum Naturrecht und zu dessen »juristischem Nebenzweig«, dem *ius publicum universale*, das dann gegen Ende des 18. Jahrhunderts zum wissenschaft-

lichen Forum für die Erörterung zentraler Fragen wie der Bürgerrechte, der Rechte des dritten Standes, der Gewaltenteilung, der Souveränität sowie auch des gemeindeutschen Staatsrechts wurde. Und schließlich beschreibt Stolleis neben dem Verfassungsrecht auch die allmähliche Entstehung eines »Verwaltungsrechts« mit dem Ausgangspunkt der »guten Polizey«. Auch hier war der Ansatz weniger ein juristisches Problem als vielmehr die schlichte Bewältigung des Alltags, das Problem des guten Wirtschaftens in Haus und Hof und für Land und Leute; erst ganz allmählich entwickelt sich dieser Komplex bewährter Alltagserfahrungen zu Formelbüchern, Verwaltungsanordnungen und Rechtstexten, dem freilich noch bis zuletzt die Unterscheidung von Gesetz und Einzelakt fremd ist.

Freilich schreibt Stolleis diese Geschichte der Dogmatik nicht ohne einen Blick auf *ihre politischen Hintergründe*: Reichsverfassung, Goldene Bulle, der sich verändernde Umfang von Majestätsrechten und Regalien, das Problem der Territorialgewalt, konkrete Streitigkeiten wie der Passauer Vertrag, der Augsburger Religionsfriede oder auch die Donauwörthische Streitigkeit, die Konfessionsstreitigkeiten allgemein und die Notwendigkeit einer Konfliktlösung zwischen den Konfessionen, der langsame Niedergang und schließlich das Absterben des Reiches nach dem Westfälischen Frieden werden als die gesellschaftliche Umwelt der rechtsdogmatischen Entwicklungen dem Leser plastisch vor Augen geführt. Legion sind die *Juristenpersönlichkeiten*, die uns Stolleis in ihrem Wirken darstellt: brilliant seine Darstellung Bodins und der deutschen Bodin-Rezeption, beeindruckend die Figur von Johann Jakob Moser ebenso wegen des Übergangs vom Fürstendiener zum unabhängigen Wissenschaftler des Staatsrechts, der mit seiner Person erstmals vollzogen wurde, wie auch wegen der (entmutigenden) Fülle seiner Schriften. Faszinierend neben diesen und anderen großen Figuren wie etwa auch Pufendorf, Leibniz, Grotius, Thomasius, Wolff und Justi sind aber vor allem auch die »vergessenen« Gelehrten, deren fleißiges Wirken, deren Übersetzungs- und Detailarbeit in der Ausführung großer Konzeptionen dem Leser klarmacht, daß das Kuhn'sche Modell der Wissenschaftsentwicklung sicherlich auch auf das Öffentliche Recht paßt, ganz jenseits der Frage, ob die Juristerei denn nun eine

Wissenschaft ist (im Hinblick auf das Fehlen einer originären Fragestellung an die soziale Wirklichkeit mag man das mit gutem Grund bezweifeln).

Auch im übrigen kommt die *Wissenschaftsgeschichte* bei Stolleis nicht zu kurz: Bemerkenswert etwa sind die unterschiedlichen *Literaturgattungen*, die Politiken, Fürstenspiegel, die Lehrbücher, die Dissertationen und Disputationen, die Arcana-Literatur. Ebenso bemerkenswert seine Erzählungen von Entstehen, Blüte und Niedergang der *Unversitäten*; erwähnenswert neben den frühen Universitäten in Altdorf, Straßburg, Jena, Trier, Würzburg, Köln, Wittenberg, Königsberg und Tübingen, um nur einige zu nennen, dann das Entstehen der großen Zentren in Halle, Göttingen und Frankfurt a. d. Oder, in denen sowohl die naturrechtliche Lehre wie auch die Polizeywissenschaft entwickelt und weiter vermittelt wurden. Ein »déjà vu« hat der Beobachter des Wissenschaftsbetriebs der Gegenwart bei den Gründen des Niedergangs hochangesehener Universitäten: Die Berufung der Mittelmäßigkeit aus Gründen persönlicher Eitelkeit und des Sparens an der falschen Stelle kennt man leider nur zu gut. Die Hoffnung bleibt freilich, daß sich dieses »déjà vu« nicht auch auf das große Universitätssterben ausdehnen wird, wie es zu Anfang des 19. Jahrhunderts geschah: Vierzig vor allem kleinere Universitäten im Reich waren damals betroffen. Bemerkenswert ist schließlich, daß die großen öffentlich-rechtlichen Werke und die wichtigen wissenschaftlichen Entwicklungen eher außerhalb der Universität entstanden; ebenso bemerkenswert, wenn freilich auch nicht völlig unbekannt ist auch das soziale Phänomen, daß die Universitätslaufbahn damals nur der Einstieg in eine bessere Praxis war, etwa in die Diplomatie, die Verwaltung oder die Tätigkeit am Reichskammergericht.

Bei der *Geschichte der Institutionen* fasziniert vor allem der Gegensatz zwischen Reichskammergericht und Reichshofrat: bemerkenswert, daß trotz aller interessenmäßigen Eingebundenheit (in konfessioneller Hinsicht) diese nicht übermäßig neutralen Streitschlichtungsinstanzen dennoch den Prozeß der Verrechtlichung der Reichsverfassung vorangetrieben haben. Als zweifelhafte Erbschaft darf man jene deutsche Tradition oder auch jenen deutschen Irrglauben betrachten, der davon ausgeht, politische Konflikte ließen sich in Rechtsfälle transfor-

mieren und als Rechtsfälle entscheiden, den Stolleis aus der Tätigkeit des Reichskammergerichts herleitet. Kurios sind auch die Beispiele organisatorisch/institutioneller Fehlentwicklungen und die auf solche Fehlentwicklungen antwortende Herausbildung neuer Institutionen, so etwa die Konzeption eines Beratungsgremiums des Monarchen, das vom Hofrat über den Geheimrat in das Kabinett für die wirklich geheimen Dinge (Arcana) mutierte. Erwähnenswert schließlich die institutionelle Frühvariante des Parlaments, der »immerwährende Reichstag«.

Stolleis hat aber nicht nur Geschichten erzählt, sondern auch aus der *Geschichte eine Summe gezogen*. Die Entstehung des Öffentlichen Rechts als einer neuen sprachlichen Ebene der Universitätsausbildung, der Gelehrtendebatten und des politisch-diplomatischen Handelns unter normativer Anleitung des *ius publicum's* wird, so seine Interpretation der Geschichte, von *vier Hauptursachen* vorangetrieben: Das politische Handeln koppelt sich von religiösen Bindungen ab; der mittelalterliche Lehensstaat strukturiert sich zum modernen, zentralisierten Anstaltsstaat um; die abendländische Vorstellung der Einheit von Reich und Kirche zerfällt; durch die religiösen Auseinandersetzungen und die Emanzipationsbestrebungen der größeren Territorien wird die Krise der Reichsverfassung zwischen 1555 und 1648 offenbar. Als Ergebnis dieser Entwicklungen und natürlich auch der allgemeinen Rationalisierung des neuzeitlichen Staates entsteht eine übersichtliche, berechenbare und lenkbare Welt: In dieser neuen Welt rationalisiert das Öffentliche Recht die Beziehungen zwischen Individuum und Obrigkeit und gibt ihnen rechtliche Gestalt, mit der Konsequenz, daß auch jegliche Umgestaltung dieser Beziehungen in Zukunft den mühsamen Weg öffentlicher Rechtsänderungen wird gehen müssen.

3. Eine Reise in die eigene Vergangenheit ist unter unterschiedlichen Gesichtspunkten ein beschwerliches Unterfangen. Eine Reise in die eigene Vergangenheit ist nicht nur faszinierend, sondern in vielem auch desillusionierend. So ist es etwa, angesichts vieler hehrer Worte in der Gegenwart zu einzelnen staatsrechtlichen Instituten, herb erfrischend, die ungemein platten und alltäglichen Anfänge solcher Institutionen zu sehen oder auch die gar nicht so hohen Motive der »wissenschaftlichen« Entdecker. Beschwerlich ist die Reise in die Vergangenheit aber auch

wegen der kaum noch zu verarbeitenden Vielfalt der Eindrücke und Informationen, die sich eben erst aus einer solchen *Nahbe-trachtung* ergeben, wie sie Stolleis mit seinem Buch vermittelt. Insofern ist die »Geschichte des Öffentlichen Rechts« manchmal mühsam zu lesen, und es wird greifbar, daß die Fähigkeit des Vergessens eine Wohltat ist. Diese Angst des Ertrinkens (in Fakten, in Rechtsgelehrten, in Universitäten usw.), die den Leser manchmal befällt, ändert freilich nichts an dem Wert der Geschichte des Öffentlichen Rechts, die Stolleis geschrieben hat: Es ist ihm gelungen, eine Gesamtgeschichte und viele Einzelgeschichten aufzuschreiben und auch noch eine Summe aus dieser Geschichte zu ziehen: Der öffentlichrechtlich ausgerichtete Leser wird hier auf der Suche nach seiner Vergangenheit erkennen, daß es viele Vergangenheiten gibt. Was schließlich die Gefahr des Ertrinkens im Material betrifft: Stolleis hat an den meisten strategisch wichtigen Stellen Rettungsringe angebracht. Viel wahrscheinlicher aber ist, daß der Leser schnell das Schwimmen erlernt und noch ein wenig weiter schwimmen möchte. Es bleibt nur zu hoffen, daß die Apostrophierung »erster Band« ernst gemeint ist: Wir warten.

Alexander Blankenagel

Gertrude Lübbe-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte – Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden (Nomos Verlagsgesellschaft) 1988, 352 S., 78,- DM.*

I.

Seit der Staatsrechtslehrertagung 1971 über »Grundrechte im Leistungsstaat« (VVDStRL 30) ist der Befund klar: Individuum und Gesellschaft sind heute ohne staatliche Leistungen nicht mehr denkbar. Diese Abhängigkeit indiziert Probleme der Freiheit, womit die Grundrechte auf den Plan gerufen sind. Zu den damit aufgeworfenen gesellschafts- und grundrechtstheoretischen Fragen nimmt Lübbe-Wolff explizit nicht Stellung und begründet dies damit, daß die Grundrechtstheorie eher unter einer Überproduktionskrise leide, wohingegen die Grundrechtsdogmatik im Leistungsbereich weitgehend defizitär sei. Deswegen setzt sie ihrer eigenen

Untersuchung das Ziel, den Dogmatisierungsgrad der Grundrechte im Leistungsbe- reich zu verbessern. Implizit enthält jedoch schon der dogmatische Weg, den Lüb- be-Wolff hierzu beschreitet, eine klare grund- rechtstheoretische Tendenz: Staatliche Lei- stungen werden nicht unter dem topos origi- närer Teilhaberechte, also auf dem Hinter- grund eines sozialstaatlichen Grundrechts- verständnisses, sondern unter dem der Ein- griffsabwehrrechte behandelt, was einem li- beral-konservativen Grundrechtsverständnis korrespondiert. Hier stehe mit dem geläufigen Eingriffsschema eine leistungsfähige Dogmatik zur Verfügung, und es gelte nur, deren Anwendbarkeit durch eine Erweiterung des traditionellen Eingriffsbegriffs zu begründen. Wenn traditionell nur die impe- rative Verkürzung natürlicher, als staatsun- abhängig vorstellbarer grundrechtlicher Frei- heiten als Eingriff verstanden werde, müsse nun grundsätzlich jede beeinträchtigende In- gerenz in den Schutzbereich eines Freiheits- grundrechts durch positives staatliches Han- deln erfaßt sein (S. 71).

II.

1) Diese Definition enthält als wesentlichen Kern eine Festlegung darauf, »daß für die Unterscheidung zwischen grundrechtlich streng kontrolliertem und schwach oder (subjektivrechtlich) überhaupt nicht kontrol- liertem staatlichen Verhalten nach wie vor die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlas- sen maßgeblich sein soll« (S. 39). In Grund- rechte kann danach immer nur durch positives Tun seitens des Staates eingegriffen wer- den. Ihre Begründung dafür, warum sie inso- weit dem Traditionellen verhaftet bleibt, lei- tet Lübbe-Wolff aus der demokratischen Kompetenzordnung her und den hieraus fol- genden Grenzen verfassungsrechtlicher Justiz- iabilität: Es könne nicht Sache des Bundes- verfassungsgerichts sein, in politisch umstrit- tenen Angelegenheiten dem Gesetzgeber sein Programm zu diktieren (S. 148). Wenn nun aber staatliches Unterlassen im Grundrechts- bereich für verfassungswidrig befunden würde, müßte das Gericht diese Grenze zur politischen Gestaltung überschreiten. Denn anders als bei positivem grundrechtsverlet- zenden Handeln, das in seiner Nichtvor- nahme immer ein »definitives verfassungsmä- ßiges Gegenteil« besitze, stehe dem Unterlas- sen nur eine indefinite Anzahl verfassungs- mäßiger Alternativen gegenüber. Und hier

gebühre die Auswahl allein dem Gesetzge- ber.

2) Anhand der Unterscheidung von Tun und Unterlassen wird im zweiten Teil der Unter- suchung die Erweiterung des herkömmlichen Grundrechtsschutzes auch auf »konstituierte Rechtspositionen« entwickelt. Mit konstitu- ierten Rechtspositionen sind dabei nicht nur die klassischen grundrechtlichen Institutsga- rantien (z. B. Eigentum und Ehe), sondern auch solche gemeint, die durch einfaches Ge- setz eingeräumt sind: Auch für solche Rechtspositionen bestehe ein grundrechtli- cher »Normanwendungs- und Normbe- standsschutz« insoweit, »als diese einfachge- setzliche Norm einen grundrechtlichen Ver- fassungsauftrag erfüllt« (S. 119). Denn »die einmal getroffene Entscheidung für einen be- stimmten Weg der Erfüllung eines Verfas- sungsauftrags reduziert die justiziabilitäts- hemmende Komplexität (...) so weit, daß Rückschritte auf dem einmal gewählten Weg wie auch Änderungen der Trassenführung sich einer judiziellen Kontrolle anbieten« (S. 146). Diese Normänderungskontrolle sei auch weder mit einer Zementierung sozialer Besitzstände noch mit einem Verlust an de- mokratischer Substanz erkaufte. Denn die Eingriffsdogmatik erlaube es ja gerade, zwi- schen einem erlaubten Grundrechtseingriff im Rahmen der Verhältnismäßigkeit und der verbotenen Grundrechtsverletzung, mithin zwischen Schutzbereich und effektiver Ga- rantie der Grundrechte zu unterscheiden. Damit bleibe der legislative Spielraum erhal- ten. Zusammengefaßt besteht der Ertrag der Untersuchung bis hierher darin, daß die ver- fassungsgerichtliche Verhältnismäßigkeits- bzw. Abwägungskontrolle ausgedehnt wird auf Änderungen von einfachen Gesetzen, die Verfassungsaufträge erfüllen, indem sie staat- liche Leistungen gewähren.

3) Zu fragen bleibt nur, ob die beibehaltene Beschränkung auf positives Tun gerechtfertigt ist. Hiergegen bestehen zunächst methodi- sche, dann aber auch inhaltliche Bedenken.

a) Aus dem Strafrecht ist geläufig, daß positi- ves Tun und Unterlassen als Verhaltensfor- men dann gleichwertig sind, wenn dem Un- terlassen eine Rechtspflicht zum Tätigwerden entgegensteht. Lübbe-Wolff zieht selbst die Parallele zu den strafrechtlichen Kategorien und meint, was als Tun oder Unterlassen anzusehen sei, hinge von der rechtlich kon- stituierten »Normalebene des Verhaltens« ab, die im Strafrecht durch sog. Garantien

pflichten angehoben werde (S. 226). Das ist insofern ungenau, als die Garantenpflicht normativ über die Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen entscheidet, nicht dagegen über die faktische Verhaltensform, mit der man es zu tun hat. Diese Ungenauigkeit führt dazu, daß das »bloße Unterlassen« aus dem Blick gerät, weil es dann niemals unterhalb der »Normalebene« liegen, also – jetzt wieder im Verfassungsrecht – niemals einen Grundrechtseingriff darstellen kann. Dadurch wird leistungsabhängiger materieller Freiheitsschutz vernachlässigt und eine wesentliche Pointe der Grundrechte im Leistungsbereich verpaßt. Die Unstimmigkeiten gegenüber der strafrechtlichen Parallele setzen sich fort, wenn es weiter heißt, daß beim Normbestandsschutz die grundrechtliche Normalebene durch »die einfachgesetzliche Regelung in Verbindung mit dem Verfassungsauftrag« angehoben werde (S. 150, 226). Der Garantenpflicht des Strafrechtsadressaten entspricht also der Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber. Genauso wenig wie der normative Umfang des Strafrechtsschutzes vom tatsächlichen Verhalten des Garanten abhängt, kann dann aber das »Auftragsvolumen« der Verfassung von der faktischen Auftragserfüllung durch den Gesetzgeber bestimmt werden. Sonst ginge der notfalls kontrafaktische Charakter der Normgeltung als Bedingung von Normsteuerung verloren. Stattdessen wären Verfassungsaufträge ohne Verbindung mit einer einfachgesetzlichen Regelung unverbindlich, bewirkten also ein unter dem Vorbehalt des Handlungsent schlusses des Gesetzgebers stehendes Rückschrittsabwehrrecht bezogen auf das tatsächlich erreichte Niveau der Auftragserfüllung. Das ist mit Art 1 III GG unvereinbar. Die Prinzipien-Unterscheidung zwischen Schutz nur »tatsächlich bereits konstituierter, nicht dagegen erst noch zu konstituierender Rechtspositionen« (S. 76) erkennt, daß die Grundrechte selbst konstituierte Rechtspositionen sind. Ein Verfassungsauftrag muß für den Gesetzgeber gerade dann verbindlich sein, wenn dieser sich zu gar keinem Tätigwerden entschließt. Die Skepsis gegenüber einem Grundrechtspathos, das jedem politischen Ungenügen durch Grundrechtsinterpretation statt durch Gesetzgebung abzuhelfen bestrebt sei (S. 38, 76), sollte nicht dazu führen, daß das kritische Potential der Grundrechtsdogmatik gegenüber der Grundrechtswirklichkeit auf Null reduziert wird.

b) Hier mehr zu wagen, wäre jedenfalls nicht undemokratisch, im Gegenteil enthält die Einbeziehung einfachgesetzlich konstituierter Rechtspositionen ihrerseits ein undemokratisches Moment: Der Handlungsspielraum historisch nachfolgender abweichender Mehrheiten auf der Ebene des einfachen Rechts wird eingeschränkt, ohne daß dem – wie bei Einschränkungen durch die Verfassung selbst – eine größere demokratische Legitimation entspräche. Spätere Eingriffe in das erreichte Leistungsniveau würden stets der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen. Der Budgethoheit des Parlaments über den Einsatz öffentlicher Mittel wie gleichzeitig einem ernstgenommenen Verfassungsrecht entspricht es dagegen besser, wenn grundrechtliche Verfassungsaufträge für den Gesetzgeber verbindliche Handlungspflichten enthalten, denen er im Rahmen der Konjunkturlage (»Vorbehalt des Möglichen«) und u.U. konkurrierender Verfassungsaufträge nachkommen muß und denen insoweit ein subjektivrechtlicher Anspruch des Grundrechtsträgers korrespondiert. Das Fehlen eines definitiven verfassungsmäßigen Gegenteils grundrechtswidrigen Leistungsunterlassens ist dabei kein durchgreifendes Gegenargument: Um das Auswahlermessen des Gesetzgebers für den Fall zu wahren, daß es mehrere gleichermaßen verfassungsmäßige Alternativen der Auftragserfüllung gibt, bietet es sich an, daß das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber eine Frist setzt, die Auswahl selbst zu treffen, wie es das schon beim Gleichstellungsauftrag von Mann und Frau in Art. 3 II GG (BVerfGE 15, 337 – Höfeordnung) und nichtehelicher Kinder in Art. 6 V GG (BVerfGE 25, 167) getan hat.

III.

1) Im dritten Teil ihrer Untersuchung gelingt Lübke-Wolff am Beispiel von Wirtschaftssubventionen eine sehr anknüpfungsfähige Kategorienbildung für die Wirkungen, die staatliche Leistungen auf Grundrechte entfalten können. Folgende sind hervorzuheben:

a) Mit »Ausschlußwirkung« wird bezeichnet, daß durch Nichtleistung faktische Möglichkeiten der Grundrechtsausübung, die die Gewährung der Leistung eröffnet hätte, vorenthalten werden. Hier wird also der materielle Grundrechtsschutz und damit das Verhältnis von rechtlicher und realer Freiheit thematisiert. Wenn man Freiheit als »Quantum der

Handlungsmöglichkeiten« definiert (vgl. krit. S. 103 mit FN 98), dann verringert die gesetzgebundene staatliche Leistung zwar die rechtliche Autonomie, vergrößert aber das Spektrum möglicher Handlungen, ist also im Sinne dieser Freiheitsdefinition positiv zu bewerten. Diese Orientierung an realer Freiheit ist die wirklich neue sozialstaatliche Bedeutung der Grundrechte im Leistungsreich.

b) »Lenkungswirkung« meint die staatliche Willensbeeinflussung des Leistungsempfängers dadurch, daß die Leistungsvergabe an von ihm zu erfüllende Voraussetzungen geknüpft wird. »Interventionswirkung« ist dagegen die Einwirkung auf grundrechtlich ausdifferenzierte Funktionsbereiche und die damit verbundene Modifizierung der »grundrechtlich geschützten Ordnung« solcher Bereiche (S. 281). Ersteres betrifft also die (individuelle) Mikro-, letzteres die Makrosteuerung der Gesellschaft durch den Leistungsstaat. Entsprechend lassen sich diesen grundrechtsdogmatischen Kategorien die beiden Lager der Verrechtlichungsdebatte der letzten Jahre zuordnen: Die Kritik einer »Kolonialisierung der Lebenswelt« durch das Recht (Habermas) richtet sich auf die Lenkung individueller Willensentscheidungen und den damit verbundenen Autonomieverlust, der anhand der traditionellen Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft als negativ bewertet wird. Kurioserweise wird sich diese Bewertung im Willen des Grundrechtsträgers kaum wiederfinden, da dieser zur Annahme der Leistung und dem damit verbundenen konformen Verhalten ja nicht gezwungen ist, also – falls er sie nimmt – eine positive Bilanz zwischen dem Soll an Konformitätsdruck und dem Haben des Gewinns an Handlungsmöglichkeiten zieht. Will man seine Autonomie wahren, darf man ihn selbst also nicht fragen, ob die Leistung nicht besser unterbleiben sollte. Daß diese Kritik dennoch nicht nur Gralshüter eines philosophischen Autonomiebegriffs ist, sondern durchaus etwas Reales trifft, ist für Lübke-Wolff sowieso klar: Dem realen Freiheitsgewinn entspricht eine Abhängigkeit von der Leistung, die als »faktischer Zwang auf die Mühlen des staatlichen Steuerungsinteresses geleitet« werde (S. 264).

Die Kritik einer regulatorischen Überdehnung und Überforderung des Rechts (Teubner) zielt auf die Intervention in ausdifferenzierte Subsysteme der Gesellschaft und die

damit verbundene Störung ihrer Funktionen. Die Grundrechtsrelevanz der »Interventionswirkung« stützt Lübke-Wolff auf die These, daß mit den Grundrechten Ordnungsmodelle verankert seien, die für bestimmte ausdifferenzierte Lebens- und Funktionsbereiche eine gewisse institutionelle Selbständigkeit verbindlich machten (S. 290). Verrechtlichungskritik und Grundrechtsdogmatik verschmelzen hier zu einer Art liberalem Subsystemschutz.

c) Aufgrund dieser Verlagerung des Blicks vom Individuum auf das System kommt es plötzlich auf die »Effektuiierung grundrechtlicher Ordnungsmodelle« an (S. 282), die zu den personalen Grundrechtspositionen bestenfalls noch in einem mittelbaren Verhältnis stehen. Das zeigt sich sogleich in Lübke-Wolffs apologetischer Auseinandersetzung mit der Wertordnungsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Ordnungsmodelle rangieren notwendigerweise »oberhalb« subjektiver Individualrechte, die sich einzuügen haben. Und Grundrechte, die in ein übergreifendes Wertsystem mit anderen Verfassungsrechtsgütern eingebettet werden, sind darin apriori relativiert. Diese Automatik greift auch bei Lübke-Wolff ein, wenn sie ausdrücklich betont, in erster Linie gehe es nicht etwa darum, subjektivrechtlichen Gewährleistungen inhaltlich unverändert auch objektivrechtliche Verbindlichkeit zu verschaffen, sondern »um eigenständige, sinnkonstitutive und interpretationsleitende Grundrechtsgehalte«, also um eine Beeinflussung von Inhalt und Dogmatik der Grundrechte (S. 281 f.). Wie in diese Beeinflussung ein Günstigkeitsprinzip eingebaut werden soll, das eine wertende Einschränkung des Schutzbereichs einzelner Grundrechte verhindert, ist nicht ersichtlich. Lübke-Wolff schafft sich hier ein Problem, indem sie einerseits einen quasi-naturrechtlich präformierten Freiheitsschutz zurückweist, der prinzipielle dogmatische Kritik verdiene, weil aus dem Naturrecht als Auskunftswort für jede Vorliebe das Passende zu fischen sei (S. 89, 285), andererseits aber mit den Ordnungsmodellen selbst den »dogmatischen Aufhänger« für solche Einschränkungen konstruiert. Die modernen Grundrechte passen als »eine nicht von vornherein begrenzte Freiheit des Beliebens« (S. 98) zum Konzept des demokratischen Pluralismus, indem sie dieses individuelle Belieben – abgestuft nach Bereichen durch verschieden enge Schrankenvorbehalte

– gegen parlamentarisch zu beschließende Ordnungspolitik schützen. Grundrechtliche Ordnungsmodelle haben in diesem Konzept keinen Platz.

2) Bei Lübke-Wolff entscheidet das Ordnungsmodell über den Grundrechtsschutz. So wird für die Wirtschaftssubventionen den Art. 2 I, 12, 14 GG eine »wettbewerbsschützende Ordnungsintention« extrapoliert. Hieraus wird gefolgert, der Wettbewerbsteilnehmer habe einen »Anspruch darauf, daß das, woran teilgenommen werden darf, subventionär nicht verzerrter Wettbewerb ist« (S. 296). Damit sei zwar die privatwirtschaftliche Wettbewerbsordnung nicht effektiv garantiert, aber doch ein umfassender Gesetzesvorbehalt für Subventionen ausgelöst (S. 310). Dagegen sei aufgrund des marktwirtschaftlichen Ordnungsmodells ein »Grundrechtsschutz gegen die Verweigerung von Leistungen, der unter dem Gesichtspunkt der Ausschlußwirkung etwa die Nichtgewährung ökonomisch-existentieller Leistungen als Grundrechtseingriff erfaßt, abzulehnen« (S. 236). – Hier zeigt sich eine gewisse Einseitigkeit der Wirtschaftssubventionen als Demonstrationsobjekt der Grundrechtsrelevanz staatlicher Leistungen. In einer definitionsgemäß »staatsfeindlichen« Marktwirtschaft hat die »Ausschlußwirkung«, die staatliche Leistungen unter dem Aspekt realer Freiheit positiv bewertet, von vornherein den Wertmaßstab gegen sich, die übrigen Wirkungen, die Leistungen negativ bewerten, dagegen für sich. Dazu passen die Ausklammerung staatlichen Unterlassens aus dem Eingriffsbegriff und die eingangs festgestellte Weichenstellung zulasten einer sozialstaatlichen Grundrechtstheorie am Maßstab realer Freiheit. Prädestiniertes Gegenbeispiel wäre die staatliche Sozialleistung gewesen, bei der sich das Gewichtungsverhältnis umkehrt. Hier müßte der Schwerpunkt eindeutig auf der »Ausschlußwirkung« und der Grundrechtsrelevanz staatlichen Unterlassens liegen, wenn man nicht so zynisch sein und den Art. 2 I, 12, 14 GG ein Ordnungsmodell entnehmen will, das die Existenzsicherung ausschließlich auf den Beruf als gewinnorientierte Tätigkeit und das Eigentum als Grundlage einer individuellen Lebensgestaltung verweist. Ein originärer grundrechtlicher Anspruch gegen den Staat auf Sicherung des Existenzminimums aus dem Menschenwürdesatz, wie ihn das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 1, 97) in Notzeiten

(1951) noch abgelehnt hatte, könnte deshalb in der modernen Zweidrittel-Wohlstandsgesellschaft neue Brisanz gewinnen, weil einerseits die Armutsgrenze relativ zum gesellschaftlichen Wohlstandsniveau ist und andererseits der »Vorbehalt des Möglichen« als faktischer Hinderungsgrund an Bedeutung verliert. Lübke-Wolff »schmeckt« ein solcher Anspruch offensichtlich nicht (vgl. S. 15 f., 115), weil er nicht zu ihrer grundrechtstheoretischen Position paßt, die letztlich doch einem liberal-konservativen Denken verhaftet bleibt.

IV.

Daß dieses Denken für einen zeitgemäßen Grundrechtsschutz heute nicht mehr ausreicht, zeigt nicht zuletzt die historische Entwicklung, wie sie Lübke-Wolff selber – allerdings nur bis Weimar – nachzeichnet: Während die frühkonstitutionelle Verfassung progressive Programmsätze des Bürgertums gegen eine noch weitgehend feudalistische Realität aufstellte, seien nach erfolgter Demokratisierung und der damit verbundenen Mehrheit der Besitzlosen unter der Weimarer Reichsverfassung die Schmitt'schen institutionellen Garantien auf den Plan getreten, um die Grundlagen der bürgerlichen Gesellschaftsordnung gegen eine parlamentarische Mehrheit zu verteidigen, die an Umverteilung und Enteignungen existentiell interessiert sein mußte (S. 35 f., 131). Waren also damals die Besitzlosen dem einfachen Gesetz und die Besitzenden dem Verfassungsrecht zugeordnet, scheinen jene heute gar keinen Ort mehr im Stufenbau der Rechtsordnung zu haben. Aufgrund der Verbreiterung des gesellschaftlichen Wohlstands stellen die verfassungsrechtlich Privilegierten zusätzlich die parlamentarische Mehrheit. Sie sind materiell ausreichend versorgt und wollen die Verwirklichung ihrer Lebensentwürfe abwehrrechtlich gegen den Staat schützen. Dieses Anliegen ist legitim, läßt aber für die »Restarmut« wenig erhoffen. Minderheitenschutz ist eine zentrale Aufgabe der Verfassung, er muß hier bedeuten: grundrechtliche Teilhabegarantien am Handlungsangebot der Wohlstandsgesellschaft.

Frank Scholderer

Lothar Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933 – 1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner (Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte. Herausgegeben vom Institut für Zeitgeschichte, Bd. 28), München (Oldenbourg-Verlag) 1988, 1300 S., 198.– DM.*

Der Gruchmann, wie man das Werk zukünftig nennen wird, besteht aus 1145 Seiten Text, rund 120 Seiten Anhang sowie 31 Seiten Inhaltsverzeichnis; auf den ersten Blick ein Handbuch, pejorativ ein Steinbruch.

Was sich zunächst wie ein nur schwer handhabbares Konvolut darstellt, minutiös aus den Akten, vornehmlich des Reichsjustizministeriums geschöpft, erweist sich bei näherem Zusehen als ein klug gegliedertes, in Details wie Durchführung bestechendes Werk, das Antworten auf viele drängende Fragen enthält.

Im Zentrum der Arbeit steht das Verhältnis der Justizverwaltung zu Führung, Partei und deren Untergliederungen im Dritten Reich. Die Rechtsprechung sowie der Bereich des Zivilrechts (einschließlich der Gesetzgebung) bleibt im wesentlichen ausgeklammert. Hier ist noch viel zu tun.

»Am Anfang dieser Entwicklung«, so resümiert Gruchmann seine Ergebnisse (1146), »stand der verhängnisvolle Irrtum, dem Gürtner und die führenden konservativen Kräfte des Reichsjustizministeriums« – man muß hinzufügen der gesamten Justiz – »erlagen: Daß das Gedeihen der Nation am besten durch einen autoritären, d. h. antidemokratischen, antiliberalen und antiparlamentarischen Staat gewährleistet werden könne, wie ihn Hitler und die Nationalsozialisten 1933 zu verwirklichen versprochen, und daß zur Erreichung dieses Zieles die Unverbrüchlichkeit des Rechtsstaates »vorübergehend« mißachtet werden könne, ohne Recht und Gerechtigkeit auf Dauer zu zerstören«. Das Problem der Justiz beginnt also nicht im Dritten Reich, sondern mit der Formierung der politischen Einstellungen sowie der Urteile und Vorurteile im psycho-sozialen Bereich. Aus dieser Haltung resultierte die Akzeptanz des oben beschriebenen Denkens sowie des von u. a. Diemut Majer ausreichend dargestellten »justiziellen« Antisemitismus. Es ist daher konsequent, wenn Gruchmann den ersten großen Abschnitt (9–83) dem Schicksal des national-konservativen Beamten Franz Gürtner (1881–1941) widmet. Gürt-

ners Intention, selbst bei viehisch begangenen Morden das nationale politische Motiv der Täter zu berücksichtigen (61), ist kennzeichnend für eine gesamte Juristengeneration, die im Kaiserreich unter strenger Frontstellung gegen Sozialdemokraten und Gewerkschaften erzogen wurde, von ihrer Herkunft und zumeist als Frontkämpfer des ersten Weltkrieges ohne Verständnis für das blieb, was wir heute als die notwendige Partizipation des Vierten Standes an Staat und Gesellschaft bezeichnen. Der Rückzug auf die private Wohlanständigkeit, der die öffentliche Sphäre den Nazis überließ, spielte ebenso eine Rolle wie der bei vielen Juristen in der Justizverwaltung verbreitete Gedanke (Schlimmeres zu verhüten), den die Betroffenen subjektiv zweifellos ehrlich empfanden, der aber bereits kurz nach der Machtergreifung von einer gewissen Realitätsverschiebung geprägt war.

In den Grundzügen schon bekannt, nunmehr aber genau nachvollziehbar, stellt sich der Aufbau einer zentralisierten Justizverwaltung dar (84–123) sowie die »personelle ›Säuberung‹ der Justizverwaltung und der Anwaltschaft« (124–319). Die rechtlichen Grundlagen der nationalsozialistischen Beamten- und Personalpolitik, die der Gleichschaltung dienen, werden genau angeführt. Die Schilderung wechselt zwischen der Erwähnung lokaler Ereignisse, so wie sie sich in den Ministeriumsakten spiegeln (Ausschreitungen gegen Gerichte und Anwälte, 124), der Schilderung der neuen Normen sowie der Personalpolitik (ab 221) einschließlich der »Mitwirkung der NSDAP« (203–220). Auch hier scheint es eine »gewisse Affinität zu den vorgegebenen ›nationalen‹ Zielen der nationalsozialistischen Führung« (289) gegeben zu haben, so daß die bloße Parteimitgliedschaft, jedenfalls anfangs, keine überragende Rolle spielte. Freilich veränderten sich Laufbahnregelung, Ausbildung und Auslese für den höheren Justizdienst (290–319). Entscheidend dürfte aber direkter Parteieinfluß und die schon erwähnte Affinität zur Bewegung gewesen sein.

Nachdem Gruchmann die personelle Umgestaltung der Justiz geschildert hat, wendet er sich dem Verhältnis der Justiz zu den unzähligen strafrechtsrelevanten Handlungen zu, die aus Anlaß der »nationalen Revolution« begangen worden waren (320–431), aufgrund deren die Machthaber ihre Exemption vom geltenden Recht forderten (433–533) und die

immer wieder zu Konflikten zwischen der Justiz und der organisierten außernormativen Gewalt (SS und Polizei) führten (535–745). Beim vierten Kapitel stehen die Konflikte der Justiz mit der SA im Vordergrund. Zeitweilig versuchten einzelne Staatsanwälte und Gerichte, die Straftäter zur Rechenschaft zu ziehen. Die Amnestien sowie die praktischen Probleme und Behinderungen, verbunden mit erheblichem Kompetenzwirrwarr bzw. unvorstellbaren Kompetenzanmaßungen, verhinderten – von Ausnahmefällen abgesehen – eine reguläre Strafverfolgung. Diese Konfrontation der Justiz mit Kräften, die sich zur Durchsetzung bestimmter politischer Ziele unter Mißachtung des geltenden Rechts ermächtigt glaubten, führten zu Forderungen des Ministeriums, diesen Bereich normativ in irgendeiner Weise zu erfassen. Die SA-Führung hatte lange eine eigene Strafgerichtsbarkeit gefordert, welche vom Reichsjustizministerium verhindert werden konnte.

An drei großen Beispielen »Röhm-Aktion«, »Reichskristallnacht« und »Euthanasie« zeigt Gruchmann anschließend auf, wie die Justiz sich ausschalten ließ und damit zur indirekten Komplizin des Regimes wurde – z. T. gegen den Widerstand Einzelner, bei denen die – nach 1945 exkulpativ angeführte – Lebensgefährdung nicht eintrat.

SS und Polizei standen im Verlaufe des Dritten Reiches zunehmend auch normativ außerhalb der Jurisdiktion, obwohl sich die Justiz um eine gesetzliche Regelung der sogenannten »Schutzhaft« in verschiedener Form bemühte (535–582). Zunehmend wurde die Verbringung in Konzentrationslager als Mittel eingesetzt, unliebsame Urteile zu korrigieren, was besonders auf der Ebene des Reichsjustizministeriums zu vielen Konflikten mit der Gestapo führte. Manche solcher Konflikte (601) lassen es überhaupt nachvollziehbar erscheinen, weshalb sich Justizverwaltungsjuristen den Maßnahmen mit dem Verlangen nach Normierung bzw. dem Wunsch entgegenstellten, das Ansehen der Justiz zu wahren. Sowohl in bezug auf Konzentrationslager (632–657) als auch in bezug auf die Kompetenzen der SS und Polizei (658–693) konnte sich die Justizverwaltung nicht durchsetzen. Ihre Ermittlungen in Konzentrationslagern erwiesen sich trotz manch mutigen Versuchs im wesentlichen als gescheitert (653), der Druck auf die Justiz, z. B. durch Angriffe der Zeitung »Das

schwarze Korps« nahm ständig zu. Etwa ab 1939 hatte sich die polizeiliche Exekution als Mittel der »Polizeijustiz« und als Korrektur der Strafrechtspflege durchgesetzt (675–693). Die Gestapo wirkte neben der Polizei auf schwebende Verfahren, besonders durch Einflußnahme auf die beteiligten Rechtsanwälte, weniger durch Beeinflussung der Gerichte ein (694–718). Auch bei der Vorbeugehaft (719–745) blieben der Justizverwaltung lediglich unwirksame Appelle.

Neben dieser faktischen Ausschaltung der Rechtsstaatlichkeit trat im Strafrecht ein zunehmender Abbau individualschützender Normen (746–930). Das Gesetzgebungsverfahren wurde verändert und das StGB im nationalsozialistischen Sinne umgeformt. Der Abbau der Rechtsstaatlichkeit ging über die Durchbrechung des Rückwirkungsverbot (822–847), die Aufhebung des Analogieverbots und die Zulassung der Wahlfeststellung bis hin zur Diskriminierung der Juden (864–885) sowie später der rigorosen kriegsbedingten Normen, die sich um die Ausrottung der »Fremdvölkischen« sowie der inneren Feinde kümmerten (901–925).

Im achten Kapitel (931–1112) geht es um die Veränderung der Gerichtsverfassung und des Strafverfahrens. Hier brachen die alten Konflikte wieder auf, als man die Polizei und die Kompetenzen der Staatsanwaltschaft normativ erfassen wollte. Zwar scheiterte die Strafrechtsreform mit der Folge, daß einzelne Verfahrensgarantien aufgehoben wurden, doch hatten die Sondergerichte, der Volksgerichtshof und die Militärgerichte mit ihren speziellen Strafrechtsnormen die Strafrechtspflege ohnedies zu einem Terrorinstrument umgeformt, so daß die Nationalsozialisten dieser »Reform« nicht mehr bedurften. Die abschließenden Überlegungen widmet Gruchmann der Lenkung der Rechtsprechung. Eine knappe, aber instruktive Zusammenfassung und Würdigung (1113–1146) beschließt den Textteil des Buches. Hier faßt Gruchmann die eingangs des Artikels hervorgehobenen Attitüden und Einstellungen der Justizbeamten zusammen, weist die Konkordanz in den Zielen leitender Männer des Reichsjustizministeriums mit leitenden nationalsozialistischen Juristen auf, zeigt die geringen Erfolge des Reichsjustizministeriums (1119) und macht – ein für allemal – deutlich, daß man das Verhältnis der Justizverwaltung zum Nationalsozialismus nicht als eines zwischen Opfer und Täter beschrei-

ben kann. Gerade weil die Abhandlung ohne den Anspruch geschrieben ist, theoretische Konzepte zu bestätigen, gelingt ihr manch überzeugender Nachweis. Gruchmann resümiert z. B. (1123): »Durch die Nichtverfolgung der von der Führung angeordneten ungesetzlichen Handlungen haben sich Gürtner und das Reichsjustizministerium an den begangenen Verbrechen mitschuldig gemacht«. Im Ergebnis stellen sich jene Versuche, Illegales einzudämmen, als der hilflose Wunsch der Zauberlehrlinge dar, die Geister, die man bewußt gerufen hatte, wieder loszuwerden. Die sog. »verschärfte Vernehmung«, die man ab 1937 als rechtmäßige Polizeimethode anerkannte, zeigt freilich, wie unsinnig, ja realitätsfern, die Versuche waren, den einmal entfesselten Leviathan durch Paktieren über Normen wieder an die Kette zu legen. Am Ende des Krieges, so Gruchmann in lapidarer Sprache, habe sich »die Justiz u. a. in den Dienst der nationalsozialistischen Ausrottungspolitik gegen Juden und ›Fremdvölkische« gestellt (1131).

Die psycho-soziale Genese dieses Verhaltens liefert Gruchmann mit seinen kurzen Rekursen auf die richtersociologisch inzwischen sattsam bekannten Tatsachen; eine vollständige Erklärung dieser Phänomene steht ohnedies noch aus. Zu Recht akzeptiert er allerdings, daß viele Betroffene Angst vor Nachteilen hatten (1142). Die Arbeitsteiligkeit und die Distanz zum blutrünstigen Geschehen begünstigten, daß es die Mitarbeiter des Reichsjustizministeriums bei ihren ressortspezifischen Aktivitäten beließen.

Die damals Beteiligten haben sich Gruchmanns Erkenntnissen fast nie gestellt. Manche OLG-Festschrift, von einer Ausnahme abgesehen, weigert sich, das tatsächliche Geschehen in den Gerichten der entsprechenden Bezirke zur Kenntnis zu nehmen. Es bleibt bei peinlichen Lobhudeleien und Geschichtsklitterungen. Die Generation der Beteiligten stirbt langsam aus. Wenn das Gruchmann'sche Buch einen Nachteil hat, dann diesen: Es erscheint so spät, daß dem Betroffenen die Konfrontation mit ihren eigenen Handlungen in der Zeit des Dritten Reiches erspart bleibt. Juristischen Ausbildern dürfte sich – in Anbetracht neuerer politischer Entwicklungen drängender denn je – die Frage stellen, wie man ein Rechtssystem in Normativität, Praxis und Ausbildung gegen eine mächtige Gruppe von Rechts-Verächtern absichert.

Ramer Schröder

Theo Rasehorn, Der Untergang der deutschen linksbürgerlichen Kultur, beschrieben nach den Lebensläufen jüdischer Juristen, Baden-Baden (Nomos Verlagsgesellschaft) 1988, 118 S., 34,- DM.

1972 siedelte ein Mann nach Frankfurt a. M. über, der ein bewegtes und bewegendes Leben hinter sich hatte. 1904 geboren, deutscher Kultur, jüdischer Religion und (später) tschechoslowakischer Staatsangehörigkeit, hatte er Schule und Jurastudium in Wien absolviert, wo er auch der SPÖ beigetreten war. 1928 bis 1933 als Mitarbeiter des Arbeitsrechtlers Hugo Sinzheimer in Frankfurt a. M. tätig, hatte der Sozialist von 1935 an für ein Jahrzehnt beim slowakischen Arbeitgeberverband in Preßburg gearbeitet; die letzten acht Monate bis zur Befreiung hielt er sich in dieser Stadt versteckt. Nach dem Beitritt zur KPC und leitender Tätigkeit in der Arbeitsverwaltung wirkte er bis 1952 an der Universität Preßburg als Professor für Arbeitsrecht, ehe er während der stalinistischen »Säuberungen« im Gefolge des Slánský-Prozesses aus der Partei ausgeschlossen, von der Hochschule verjagt und mit untergeordneten Tätigkeiten beschäftigt wurde. Ein Jahrzehnt später die Reprise: Der politischen und beruflichen Rehabilitierung 1964 folgte nach dem »Prager Frühling« abermals die Repression: 1970 wurde der Ordinarius für Arbeitsrecht wieder aus der Partei ausgeschlossen und zwangsemeritiert. Diesen Lebenslauf Franz Mestitz' hat der damalige Richter am Oberlandesgericht Frankfurt Rasehorn in längeren Gesprächen recherchiert, er macht rund die Hälfte des Umfangs des vorliegenden Bändchens aus, und für diese Erinnerungs-Arbeit gebührt Rasehorn gewiß Dank.

An Mestitz' Vita gewissermaßen angelagert finden sich, freilich weder qualitativ noch quantitativ vergleichbar, biographische Skizzen von sechs »jüdischen Juristen«, wie Rasehorn sie zusammenfassend nennt, nämlich des Rechtsanwalts Ludwig Bendix (1877–1954), des Professors für Politische Wissenschaft John H. Herz (geb. 1908), des Rechtsanwalts Robert M. W. Kempner (geb. 1899), des Staatsmannes Bruno Kreisky (geb. 1911), des Professors für Literatur Hans Mayer (geb. 1907) und des Professors für Politische Wissenschaft Franz L. Neumann (1900–1954). Einbezogen wird des weiteren – ein Sohnesschicksal – der Soziologe Reinhard

Bendix (geb. 1916), oft werden die akademischen Väter Hugo Sinzheimer (1875–1945) und Hans Kelsen (1881–1973) genannt, gelegentlich dienen zur Ergänzung die Biographien der Schriftsteller Elias Canetti und Manès Sperber (beide geb. 1905). Die Auswahl der sechs mitbetrachteten Juristen beruht auf einem schlichten Grund: Über sie sind in den letzten sechs Jahren (Auto-) Biographien erschienen, aus denen Rasehorn schöpft, wobei er zu Herz, Kempner und Mayer auch noch persönlich bzw. brieflich Kontakt aufnehmen konnte. Mag der Umstand, daß die Mehrheit der betrachteten sieben Persönlichkeiten noch lebt, auch quellenmäßig günstig sein; eine gewisse Delikatesse dabei ist nicht zu verkennen. Zu bemerken ist endlich, daß Rasehorn durch einen engen »Lebenslauf«-Begriff das Werk weitgehend ausspart, was bei Neumann besonders fühlbar wird¹. Problematisch erscheint Rasehorns Ambition, diese Sammlung von Lebensläufen theoretisch zu verarbeiten und auf den Punkt des Haupttitels zu bringen: des »Untergang(s) der deutschen linksbürgerlichen Kultur«. Nicht zwingend, oft nicht einmal überzeugend wirkt schon die Begrifflichkeit, die der Autor hierzu entfaltet: ein Begriff des Linken, der liberale und sozialistische Einstellungen umfaßt (S. 11, selbst problematisiert S. 20 f.); ein Begriff der Kultur, der weniger auf Ideologie oder Politik als vielmehr auf Lebenswelt, Lebensstil, Attitüden, Verhalten, Einstellungen, kurz »Milieus« bezogen ist (S. 21, auf S. 31 f. gebraucht Rasehorn dann doch den konventionellen, engeren Kulturbegriff); eine Definition linksbürgerlicher Kultur nachgerade als der »kulturelle(n) Koalition zwischen linkem Bürgertum und sozialistischer Bewegung« (S. 24). Alsdann irritiert, wie leichtin der Autor das Problem des Exempels angeht. Zwar will Rasehorn wohlweislich selbst nicht behaupten, seine linksbürgerliche Welt hätte sich »in der Juristen-Profession gewissermaßen verpersönlicht« (S. 34). Daß aber Juristen insbesondere jüdischen Glaubens bei der Blüte dieser Welt zuletzt in der Weimarer Republik »eine führende Rolle« gespielt hätten (S. 36), ist bei aller Richtigkeit so allgemein, daß man deren Untergang mit gleichem Recht etwa am Schicksal der jüdischen Ärzte, Unternehmer,

Publizisten und anderer vom jüdischen Bevölkerungsteil aus triftigem Grund bevorzugter Berufsgruppen exemplifizieren könnte. Was hier als objektiver Belang nicht näher begründet ist und sich vermutlich auch nur sehr aufwendig genau begründen ließe, wird im Grunde durch das subjektive Interesse des Autors an den – L. Bendix, welcher der Generation vorher angehört, beiseitegelassen – im Durchschnitt nur 13 Jahre älteren Fachkollegen ersetzt. Vor allem aber staunt man – nun gewissermaßen auf der juristischen Binnenebene –, daß Rasehorn seine sieben Persönlichkeiten ohne Umschweife zu »Lebenslaufprotagonisten« befördert. Ein kurzer Blick auf den linksliberalen Republikanischen Richterbund, dessen Zeitschrift »Die Justiz« und ihre Autorenstruktur knapp skizziert, und schon heißt es, »insoweit« erwiesen sich die hier herangezogenen sieben Lebensläufe jüdischer Juristen als »nicht unrepräsentativ« (S. 37). Das starke Zufallsmoment, das Rasehorns Auswahlprinzip nach biographischen Publikationen des letzten Jahrfünfts offenkundig anhaftet, ist eskamotiert. Schlüssig ist seine Argumentation ohnehin nicht: Die sieben Juden unter den zehn fleißigsten Autoren der »Justiz«, die Rasehorn andernorts ausgezählt hat², hießen nämlich Ernst Fuchs, Hugo Sinzheimer, Ludwig Bendix, Alfred Oborniker, Emil Julius Gumbel, Hans Kelsen und Robert M. W. Kempner. Von den vorliegenden »Lebenslaufprotagonisten« sind gerade zwei darunter, und das kommt nicht von ungefähr. Wiederum den älteren Bendix ausgenommen, waren die Juristen, die Rasehorn jetzt betrachtet, 1933 im Durchschnitt 28 Jahre jung; nach professionellen Kriterien waren sie Jurastudent, Gerichtsreferendar, Anwalt, Dozent oder Beamter mit ganz wenigen Jahren Praxis. Daß sie die Weimarer Rechtskultur »maßgebend befruchtet« (S. 37) oder die linksbürgerliche Kultur – so die Verlagswerbung – »nachhaltig beeinflusst« hätten, ist schlechterdings ausgeschlossen. Rasehorn ist an eine Generation geraten, die jener nachfolgt, die er eigentlich meint. Sie sind nicht die Vertreter einer untergehenden Welt, sondern die Hoffnungsträger der Emigration. Rasehorn unternimmt es, das Werk der Väter am Leben der Söhne zu demonstrieren. Doch selbst

¹ Vgl. die ganz anders angelegte Darstellung Neumanns von Ulrich K. Preuß in: Kritische Justiz (Hg.), Streitbare Juristen – Eine andere Tradition, Baden-Baden 1988, S. 390–400.

² Vgl. Theo Rasehorn, Justizkritik in der Weimarer Republik, Das Beispiel der Zeitschrift »Die Justiz«, Frankfurt/Main 1985 (Demokratie und Rechtsstaat), S. 98.

wenn man, was Begrifflichkeit, Bezugsgruppe, Repräsentativität und Generation angeht, immanent argumentiert, kann die theoretische Verarbeitung nicht als gelungen bezeichnet werden – und der Autor weiß es: Eher als Mestitz, dessen Lebenslauf das Hauptstück des Bändchens ausmacht, scheint ihm selbst der nur mit-betrachtete Herz »den Untergang des deutschen linken Bürgertums zu personifizieren« (S. 107). Das Schwergewicht der Studie – wo ihr auch Quellenrang zukommt – liegt sozusagen auf einem potenzierten Sonderfall (vgl. S. 71, 81, 97).

Rasehorn schreibt locker, persönlich, fühlt sich als »gewissermaßen teilnehmender Beobachter«, bekennt sich zu einer feuilletonistischen Schreibweise, will »keine stringente wissenschaftliche Abhandlung« vorlegen (S. 13). Das ist legitim, der Autor will sich absichern, und es wäre unfair, diese Vorbehalte nicht zu akzeptieren; aber auch für das Feuilleton gelten Ansprüche: Zu viele Druckfehler sind nicht korrigiert (z. B. sind Savonarola, Arnim, Eichendorff, Dilthey und Carlo Schmid verschrieben), was gerade bei einem so fein ausgestatteten Bändchen stört. Das Literaturverzeichnis ist arg heterogen und weist die herangezogene Literatur nicht vollständig nach. Schließlich wirkt es, auch wenn Rasehorn weder Historiker ist noch historisch arbeiten will, fast zu schlicht, wenn er die Geschichte der deutschen linksbürgerlichen Kultur seitenlang allein nach Golo Manns vor 30 Jahren erschienenem Panorama »Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts« abhandelt³.

Gut ist Rasehorn vor allem, wo er sich einfühlt. Sein Versprechen, wer ihm folge, werde einen Einblick in die vergangene Welt dieser linksbürgerlichen Kultur erhalten und die Trauer über ihren Untergang mitempfinden, hält er gewiß. Die Seiten über »Jude-Sein und persönliches Schicksal« (S. 101–111, auch 113 f.) rühren an. Engagement für den Sozialismus, resümiert er mit dem Soziologen Bendix, sei eine der möglichen Anpassungsformen für Juden gewesen (S. 97, 102), und doch erscheint am Ende die mannigfache Differenziertheit wieder bemerkenswert, die

Rasehorn sowohl für »das Linke« als auch für die jüdische Identität dieser sieben Juristen herauszupräparieren weiß.

Otmar Jung

Harald Hohmann (Hrsg.), *Freiheitssicherung durch Datenschutz*, Frankfurt a. M. (Subkamp Verlag es 1420), 1987, 404 S., 20,- DM.

1. Dieser Sammelband enthält ausschließlich lesenswerte Beiträge von sachkundigen Verfassern. Doch ist das fehlende Fragezeichen im Titel des Buches bezeichnend: Es äußern sich – bei allen Nuancierungen im einzelnen – ausschließlich Autoren, die Sinn und Zweck sowie die gesellschaftliche Bedeutung des Datenschutzes positiv bewerten. Kaum ein Beitrag verzichtet darauf, ausgiebig das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 1983 zu zitieren und vielfältige Konsequenzen für Gesetzgeber und Datenverarbeiter zu ziehen bzw. anzumahnen. Gegenpositionen werden zwar referiert, aber von niemandem selbst vertreten.

Wer daher die von H. Hohmann gesammelten Aufsätze als repräsentativen Querschnitt der Datenschutzdiskussion (miß)verstehen würde, könnte leicht zu dem Fehlschluß gelangen, bei aller gelegentlichen Kritik an der Volkszählungsentscheidung und an den Auswirkungen des Datenschutzes vor allem im Bereich der Sicherheitsbehörden gebe es einen nicht unbeträchtlichen Kern allseits unbestrittener Datenschutzgrundsätze, einen gesellschaftlichen Grundkonsens über Umfang und Formen des Schutzes des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

Die einzige ausführlich – etwa in den Beiträgen von *Denninger*, *Bull* und *Bäumler* – angesprochene »Gegenstrategie« ist die des »gesetzesförmlichen Grundrechtsleerlaufs«. Formal detaillistischer Regelungsperfektionismus wird kombiniert mit minimaler inhaltlicher Begrenzung der Befugnisse zur Erhebung und Nutzung personenbezogener Daten. Diese Strategie, den Regelungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts als Freibrief für die schlichte »Vergesetzlichung« bisheriger Verwaltungspraxis fehlzudeuten, also den Gesetzgeber als bloße Sanktionsinstanz des status quo oder gar eines erweiterten Verar-

³ Eine Vorstellung des erreichten Forschungsstandes vermittelt etwa: Das deutsche Judentum und der Liberalismus: Dokumentation eines internationalen Seminars der Friedrich-Naumann-Stiftung in Zusammenarbeit mit dem Leo Baeck Institute, London, Sankt Augustin 1986 (Schriften der Friedrich-Naumann-Stiftung, Liberale Texte).

beitungsrahmens zu instrumentalisieren, im übrigen aber wortreich bis scheinheilig das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hochzuhalten, ist derzeit sicherlich am verbreitetsten. Ein gutes Beispiel hierfür sind die 1986 verabschiedeten Regelungen über das Zentrale Verkehrsinformationssystem (ZEVIS) beim Kraftfahrtbundesamt, deren unstreitige Präzision mit einer Erweiterung der Zugriffsbefugnisse der Sicherheitsbehörden auf die Daten von ca. 30 Millionen Fahrzeugen bzw. deren Haltern »erkauft« wurde.

2. Doch äußern sich die aktuellen »rollback«-Versuche im Datenschutz in einer Reihe von weiteren Ansätzen und Konstruktionen, die im Sammelband allenfalls in Stichworten vorkommen. Da gibt es z. B. den Versuch, das informationelle Selbstbestimmungsrecht zu einem »abgestuften Persönlichkeitsschutz« für zwangsweise erhobene und – wie auch immer verstandene – »sensible« Daten herabzustufen und konsequenterweise allenfalls noch einen minimalen Regelungsbedarf – etwa im Bereich der inneren Sicherheit – zu konstatieren (vgl. z. B. Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, Baden-Baden 1987). Da gibt es die These von der notwendigen Zweiteilung der Gesetzgebung in einen Verwaltungsdatenschutz hier und einen Wirtschaftsdatschutz dort (vgl. z. B. Zöllner, RDV 1985, 3 ff.). Ziel ist dabei durch Problematisierung der »Drittwirkung« des informationellen Selbstbestimmungsrechts die privaten Datenspeicherer aus der Diskussion über die Konsequenzen des Volkszählungsurteils herauszunehmen und ihnen unter Berufung auf die »Freiheit der Informationsverarbeitung« den status quo weitgehender Verarbeitungsfreiheit im Rahmen der weiten Generalklauseln des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) zu sichern.

Da gibt es drittens – entgegen der o. a. Strategie der formalen Verrechtlichung – die Rückkehr zu bzw. das Beharren auf Generalklauseln, um in der Verwaltungspraxis eingefahrene Kommunikationsbeziehungen und Informationsflüsse – ohne sonst eventuell drohende kritische Überprüfung im Gesetzgebungsverfahren – abzusichern. Beispiel dafür sind die Übermittlungsnormen in den derzeit dem Bundestag vorliegenden Entwürfen für Gesetze über den Verfassungsschutz, den MAD und den BND (Bundesrats-Drucks. 618/88). Für die Nachrichtendienste untereinander und ihren Datenaustausch mit ande-

ren Behörden soll die Informationshilfe wie bisher ohne nähere Präzisierung durch die »Erforderlichkeit zur Aufgabenerfüllung« legitimiert werden können.

Nicht zu vergessen ist schließlich die simpelste und gleichzeitig wirksamste Vermeidungs- oder Umgehungsstrategie, die schlichte Nichtbeachtung des Datenschutzrechts (kurz erwähnt von Podlech, S. 19 f.). Der Erste Bericht der Hessischen Landesregierung über die Tätigkeit der für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich zuständigen Aufsichtsbehörden (Landtags-Drucks. 12/3069) enthält eine Reihe von Fällen, in denen sich Unternehmen geweigert haben, einen rechtswidrigen Datenumgang abzustellen, die Aufsichtsbehörde dies jedoch mangels Sanktionsmöglichkeiten ohnmächtig hinnehmen mußte.

3. Viele der in den Beiträgen des Hohmannschen Sammelbandes behandelten (Streit-)Fragen sind unverändert aktuell. Dies gilt für die Auseinandersetzungen im Bereich der inneren Sicherheit (vgl. die Aufsätze von Bäumler, Seifert, Schwan und Denninger) ebenso wie für die bisher nur in Teilbereichen des öffentlichen Dienstes erfolgreichen Bemühungen, endlich den Datenschutz für Arbeitnehmer durch klare bereichsspezifische Regelungen – insbesondere für die Nutzungsmöglichkeiten der Personalinformationssysteme – zu verbessern (vgl. dazu die Beiträge von Schapper/Wamorek und Linnenkohl).

Bei anderen in dem Sammelwerk angesprochenen Themen macht sich bemerkbar, daß das Buch bereits 1987 erschienen ist und einige aus anderen Quellen übernommene Beiträge sogar noch älteren Datums sind (vgl. zu diesem Punkt auch die Rezension von Bischoff in CR 1988, 610, 612). So müßten die Zweifel an der Verfassungskonformität des Volkszählungsgesetzes 1987, die J. Simon äußert, heute überdacht oder zumindest ausführlicher begründet werden, nachdem das Bundesverfassungsgericht in zahlreichen Kammerbeschlüssen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes selbst ebenso wie seiner Durchführung festgestellt hat (kritisch dazu Ziegler/Hummel, KJ 1988, 223 ff.). Bei der Kontroverse um die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Modellversuche mit patientenbezogener Datenverarbeitung in der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. dazu die Aufsätze von Simutus, Gradek und Schwartz/Meye) ist es nicht die Rechtspre-

chung, sondern die Aktivität des Gesetzgebers, die zur Inaktualität führt: Mit dem Inkrafttreten des Gesundheitsreformgesetzes am 1. Januar 1989 ist jetzt auch die Datenverarbeitung und -verwendung durch die gesetzlichen Krankenkassen einschließlich der »Überwachung der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung« im einzelnen geregelt (vgl. §§ 284 ff. SGB V).

Der Vorschlag *Stemmüllers* schließlich, Zeit zu schaffen für ein gesellschaftliches Nachdenken über die Beherrschbarkeit des – durch die Einführung des digitalen, alle Kommunikationsdienste integrierenden ISDN-Netzes – angeblich drohenden Szenarios einer allumfassenden »Telekultur«, scheidet bereits an den zwischenzeitlich gesetzten Fakten: Der offizielle Startschuß für die Inbetriebnahme des ISDN ist auf der diesjährigen Computermesse CeBit im März in Hannover bereits gefallen.

4. Noch ein Wort zur »Lagertheorie« *Podlechs* (S. 19), wonach der Datenschutz beginnt, die Bürger zu spalten in Anhänger des technischen Fortschritts auf der einen Seite, für die der Datenschutz eine lästige Bremse der Informatikentwicklung darstellt, und die Verfechter von Freiheit und Selbstentfaltung angesichts der Bedrohungen durch die Erfassungs- und Kontrollmöglichkeiten der mo-

dernen Datenverarbeitung und Kommunikationstechnologie auf der anderen Seite. Die Erfahrung zeigt, daß bei den meisten die Motivlage komplexer ist, daß viele je nach betroffenem Lebensbereich im einen oder anderen Lager stehen.

Die vereinfachte Formel lautet dann: Im Beruf – also beim beruflichen Umgang mit personenbezogenen Daten – möglichst wenig Datenschutz, im Privatbereich möglichst viel Datenschutz. Anders ausgedrückt: Der »Datenschutzbedarf« richtet sich danach, ob aus der Perspektive des Speicherers oder des Gespeicherten geurteilt wird. Auch der Polizist, der ohne Nachdenken die BKA-Dateien füttert, beschwert sich über die Weitergabe medizinischer Daten an seine Vorgesetzten. Oder: Auch der Medizinprofessor, der wegen des Datenschutzes den Aufbau seines Krebsregisters gefährdet sieht, empört sich über die Speicherung seiner Daten bei der SCHUFA. Diese verbreitete »Datenschutz-Schizophrenie« beweist die Notwendigkeit, permanent die Erkenntnis zu verbreiten, »daß der Datenschutz keine modische Erfindung ... ist, sondern eine durch die technische Entwicklung unserer Gesellschaft bedingte notwendige Ergänzung unserer Rechtsordnung« (*Podlech*, S. 23).

Stefan Walz