

# Buchbesprechungen

Alfred Streim, *Die Behandlung sowjetischer Kriegsgefangener im »Fall Barbarossa«. Eine Dokumentation.* Heidelberg-Karlsruhe (C. F. Müller) 1981, 442 S., DM 148,-  
Christian Streit, *Keine Kameraden. Die Wehrmacht und die sowjetischen Kriegsgefangenen 1941–1945*, (Studien zur Zeitgeschichte, herausgegeben vom Institut für Zeitgeschichte, Band 13); 2. Auflage, Stuttgart (Deutsche Verlagsanstalt) 1978, 445 S., DM 34,-

Die vorliegenden Arbeiten beschäftigen sich mit dem Schicksal der über 5,5 Mill. russischen Kriegsgefangenen, die zwischen 1941 und 1945 in deutsche Hand fielen und von denen bis Kriegsende ca. 3,3 Mill. gestorben sind, die meisten an Hunger, Krankheit und Entkräftung, Unzählige jedoch auch unter den Schüssen deutscher Mordkommandos. Dieses Schicksal ist bisher von der Geschichtsschreibung weitgehend unberücksichtigt geblieben, wenn man von einigen kürzeren Darstellungen in früheren Werken<sup>1</sup> sowie von den wenigen ausländischen Autoren, die sich mit dem Thema beschäftigt haben<sup>2</sup>, absieht. Dies hängt, wie A. Streim im Vorwort seiner Studie bemerkt, mit Sicherheit nicht damit zusammen, daß es an entsprechenden Quellen mangelt, da die Materialien aus dem Hauptkriegsverbrecherprozeß in Nürnberg und den alliierten Nachfolgeprozessen seit langem der Forschung zur Verfügung standen. Eine wichtige Rolle für

<sup>1</sup> H. A. Jacobsen, Kommissarbefehl und Massenerschießung sowjetischer Kriegsgefangener, in: H. Buchheim/M. Broszat/H. A. Jacobsen/H. Krausnick, Anatomie des SS-Staates, Bd. II, 1965, S. 163 ff.; H. Uhlig, Der verbrecherische Befehl, 1965; H. Krausnick, Kommissarbefehl und Kriegsgerichtsbarkeitserlaß Barbarossa in neuerer Sicht, in: Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 25 (1977), S. 682 ff.; H. Pfahmann, Fremdarbeiter und Kriegsgefangene in der deutschen Kriegswirtschaft, 1968.

<sup>2</sup> S. Datner, Crimes against POW's, 1964; ders., Zbrodnie Wehrmacht (Die Verbrechen der Wehrmacht), 1974; A. Dallin, Deutsche Herrschaft in Rußland, 1958; G. Reitlinger, The House Built on Sand, 1962.

die Vernachlässigung dieses Komplexes dürfte vielmehr das Problem der deutschen Kriegsgefangenen gespielt haben, von denen Hunderttausende aus sowjetischer Kriegsgefangenschaft nicht zurückkehrten.<sup>3</sup>

A. Streim, Oberstaatsanwalt bei der Zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen in Ludwigsburg, standen neben den genannten Quellen auch bisher nicht publizierte Ermittlungsergebnisse aus über 500 Vorermittlungsverfahren und Ermittlungsverfahren zur Aufklärung der Verbrechen an sowjetischen Kriegsgefangenen sowie die daraufhin ergangenen Gerichtsurteile deutscher Gerichte zur Verfügung, ferner umfangreiche Aktenbestände aus deutschen und ausländischen Archiven, die der Zentralen Stelle durch Rechtshilfeersuchen zugänglich gemacht wurden.

Die Auswertung des Materials wird vom Verfasser mit unübertroffener Sachkunde, Sorgfalt und Genauigkeit – die alle Veröffentlichungen von Mitarbeitern der Zentralen Stelle kennzeichnen – vorgenommen. Sie gliedert sich nach einer ausführlichen Einführung (Teil 1) in die Teile: Die völkerrechtswidrige Behandlung sowjetischer Kriegsgefangener (Teil 2) sowie: Die Strafverfolgung von Verbrechen an sowjetischen Kriegsgefangenen (Teil 3). Neben den zahlreichen Details, die erstmals der Öffentlichkeit vorgestellt werden, ist die Arbeit vor allem deswegen bedeutsam, weil sie die These von der bis heute fast durchgängig als apolitisch gewerteten Wehrmacht gerade im Hinblick auf den Rußlandkrieg als Legende entlarvt.

<sup>3</sup> Vgl. dazu Wissenschaftliche Kommission für deutsche Kriegsgefangenen-Geschichte – Hrsg. E. Maschke –: Zur Geschichte der deutschen Kriegsgefangenen des 2. Weltkrieges, 22 Bände, 1962–1974; P. Carell/G. Bödecker, Die Gefangenen. Leben und Überleben deutscher Soldaten hinter Stacheldraht, 1980, mit kritischer Besprechung von Richard Schmid, in: Die Zeit vom 10. 10. 1980, S. 38.

Grundlage der Behandlung der Kriegsgefangenen war die Haager Landkriegsordnung von 1907, die auch Rußland und Deutschland unterzeichnet hatten, ferner das von Deutschland unterzeichnete Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 27. 7. 1929, das besagte, daß Kriegsgefangene mit Menschlichkeit zu behandeln und gegen Gewalttätigkeit und öffentliche Neugier zu schützen sind. Die Konvention verbot außerdem Vergeltungsmaßnahmen und sah vor, daß die Kriegsgefangenen angemessen untergebracht und gepflegt werden mußten. Ihre Bestimmungen waren gemäß Art. 82 auch dann für eine Vertragspartei verbindlich, wenn sie sich mit einer Macht im Kriege befand, die nicht Vertragspartei war. Tatsächlich wurden jedoch diese völkerrechtlichen Bestimmungen und die hierauf beruhenden Vorschriften und Erlasse des Oberkommandos der Wehrmacht (OKW) im 2. Weltkrieg auf verschiedene Gruppen von Kriegsgefangenen nicht angewendet, insbesondere nicht auf sowjetische Kriegsgefangene. Dies beruhte auf der auch von der Wehrmachtsführung geteilten Auffassung Hitlers, daß Völkerrecht auf die sowjetischen Kriegsgefangenen keine Anwendung finden könne, da die Sowjetunion dem Genfer Abkommen 1929 nicht beigetreten war und sich darüber hinaus nicht an die vom zaristischen Rußland ratifizierte Haager Landkriegsordnung von 1907 gebunden fühlte. Die Auffassung der deutschen Führung über die Art des Krieges gegen die UdSSR, der als weltanschaulicher »Vernichtungskrieg« geplant und geführt wurde, entlarvt das völkerrechtliche Argument als Vorwand, zumal die Sowjetunion über die Schutzmacht Schweden dem Deutschen Reich im Juli 1941 (als bereits große Gefangenennmassen in deutsche Hand gefallen waren) in einer Note mitgeteilt hatte, daß sie sich unter der Bedingung der Gegenseitigkeit an die Vorschriften der Haager Landkriegsordnung halten werde. Diese Note wurde jedoch von der Reichsregierung nie beantwortet, weil sie von dem einmal eingeschlagenen Weg einer Vernichtung des »jüdisch-bolschewistischen Staates« nicht mehr abzugehen bereit war und diese Note daher nicht als nachträglichen Beitritt der UdSSR zur Haager Landkriegsordnung wertete. Die ideologische Art des Krieges gegen die Sowjetunion ist denn auch der Ausgangspunkt, von dem aus die gesamte Kriegsgefangenenfrage zu sehen ist. Sie unterschied sich,

wie Streim darlegt, *grundlegend* von dem Krieg, den Deutschland gegen die übrigen europäischen Staaten führte oder zu führen gedachte. Er wurde von politischer Führung und Wehrmachtsführung als ein Krieg der Rassen, als ein Krieg der »Germanen« gegen die »Hunnen« (Attilas), darüber hinaus als Krieg zweier entgegengesetzter Weltanschauungen betrachtet, der zwangsläufig nicht auf *Besiegung*, sondern auf *Vernichtung* des Gegners angelegt war, ein Krieg, den Ernst Nolte als »den ungeheuerlichsten Eroberungs-, Versklavungs- und Vernichtungskrieg, den die moderne Geschichte kennt« bezeichnet und dessen Charakter weder in den historischen Darstellungen noch im Bewußtsein der Öffentlichkeit mit der notwendigen Klarheit reflektiert worden ist.<sup>4</sup> In Hitlers Ideologie bestand zwischen Judentum und Bolschewismus eine untrennbare und zentrale Verbindung, die zur Zerschlagung des sowjetischen Staates und der Vernichtung der gesamten sowjetrussischen Intelligenzschicht *einschließlich* sämtlicher Juden führen mußte, eine Auffassung, die von der Wehrmachtsführung durchaus geteilt wurde. Davon ausgehend bestanden die langfristigen deutschen Kriegsziele darin, durch ein (durch Verzicht auf überseeische Kolonien erreichtes) Bündnis mit England Kontinentaleuropa einschließlich der Sowjetunion zu unterwerfen und Kolonialraum für deutsche Siedler zu gewinnen (1), von dieser Großmachtstellung nach Übersee auszugreifen und die damit verbundene Auseinandersetzung mit den Vereinigten Staaten im Kampf um die Weltherrschaft vorzubereiten (2) und schließlich die rassistisch bedingte Weltherrschaft über den Globus zu errichten (3).

Diese Verknüpfung von Großraumpolitik und Vernichtungsfeldzug bzw. Rassenkrieg verbietet es, das militärische Geschehen von der nationalsozialistischen Besatzungs- und Ausbeutungspolitik in den besetzten Gebieten der UdSSR getrennt darzustellen, weil dabei stillschweigend vorausgesetzt wird, daß die militärischen Operationen eigentlich »normal« gewesen seien. Entsprechend dieser Verknüpfung greifen denn auch die durchweg völkerrechtswidrigen Befehle der Wehrmachtsführung bezüglich der militärischen

<sup>4</sup> Vgl. dazu erstmalig A. Hillgruber, Die »Endlösung« und das deutsche Ostimperium als Kernstück des rassen-ideologischen Programms des Nationalsozialismus, in: Vierteljahresshfte für Zeitgeschichte 20 (1972), S. 133 ff.

Operationen und der Behandlung der Zivilbevölkerung und der Kriegsgefangenen eng ineinander. Ausgangspunkt waren die von Hitler initiierten »Richtlinien auf Sondergebieten zur Weisung Nr. 21 (Fall Barbarossa)« vom 13. 3. 1941, nach denen der Reichsführer SS (H. Himmler) im *Operationsgebiet* des Heeres (d. h. in der Kampfzone) zur Vorbereitung der politischen Verwaltung »Sonderaufgaben im Auftrag des Führers (erhielt), die sich aus dem endgültig auszutragenden Kampf zweier entgegengesetzter politischer Systeme ergeben«. Diese »Sonderaufgaben« bestanden nach einem Übereinkommen zwischen der SS- und Polizeiführung und dem Oberkommando des Heeres (OKH) darin, daß den Sonderkommandos der Sicherheitspolizei im Operationsgebiet die »Sicherstellung« bestimmter Objekte sowie von politisch wichtigen Persönlichkeiten, die als Geiseln dienen konnten (»führende Emigranten«, »Saboteure«, »Terroristen«, usw., d. h. mit anderen Worten: alle politisch und intellektuell führenden Kräfte), sowie die »Erforschung und Bekämpfung« von »staats- und reichsfeindlichen Bestrebungen« übertragen wurden. Die Sonderkommandos sollten in eigener Verantwortlichkeit handeln und ihre Weisungen *nur* vom Chef der Sicherheitspolizei und des SD (R. Heydrich) erhalten. Ihnen wurde ferner das Recht eingeräumt, im Rahmen ihrer Aufträge in eigener Verantwortung Exekutivmaßnahmen gegenüber der Zivilbevölkerung (d. h. Vergeltungsmaßnahmen wie Geiselnahmen usw.) zu treffen. Zugleich wurde für die entsprechenden Aufgaben im *rückwärtigen* Heeresgebiet die Installation von Behörden der Höheren SS- und Polizeiführer vorgesehen, denen SS- und Polizeitruppen sowie die Einsatzgruppen der Sicherheitspolizei und des SD unterstellt waren.

Organisatorisch gesehen hatte Himmler damit im wesentlichen freie Hand, SS- und Polizeiverbände zu den von Hitler bereits angeordneten Vernichtungsaktionen gegen Sowjetbürger einzusetzen, ohne auf die Wehrmacht Rücksicht nehmen zu müssen, zumal Einsatzgruppen bzw. Einsatzkommandos der Sicherheitspolizei und des SD bereits bei der Besetzung Österreichs und des Sudetenlandes sowie der Restschechoslowakei und im Krieg gegen Polen derartige Aufgaben einschließlich der physischen Vernichtung bestimmter Personengruppen (politische Gegner, Juden) wahrgenommen hatten.

Offen geblieben war allerdings noch die Frage der Vernichtung sog. potentieller Gegner unter den *Kriegsgefangenen*, d. h. der politischen Kommissare der Roten Armee, die nach der Gefangennahme ja der Verfügungsgewalt der Wehrmacht unterstanden. Zur Regelung dieser Fragen erging der später als sog. *Barbarossa-Befehl* bezeichnete Erlaß vom 13. 5. 1941 »über die Ausübung der Kriegserichtsbarkeit im Gebiet Barbarossa und über besondere Maßnahmen der Truppe«, ein gemeinsames Werk von OKW und OKH. Dieser Erlaß schuf jedoch nur die *allgemeinen Voraussetzungen* für die Überstellung der politischen Kommissare in die Hände der Sicherheitspolizei, indem er die Wehrmachtserichtsbarkeit von der Zuständigkeit hinsichtlich *nichtkämpfender* Personen generell (einschließlich der politischen Kommissare) ausschloß. Daher wurde die Aburteilung von Straftaten feindlicher Zivilpersonen (z. B. Freischärler) den Wehrmachtgerichten (Kriegs- und Standgerichten) entzogen und *der Truppe* »bis zur Vernichtung« der Betroffenen übertragen. Für Straftaten von Angehörigen der Wehrmacht gegen feindliche Zivilpersonen wurde umgekehrt der Verfolgungszwang aufgehoben (d. h. also Exzesse gegen die Zivilbevölkerung toleriert bzw. sogar provoziert), und zwar auch dann, wenn die Tat zugleich ein militärisches Verbrechen oder Vergehen war.

Nach der Ausschaltung der (Kriegs-) Gerichtsbarkeit wurde die Beseitigung der sog. politischen Kommissare in der Roten Armee in die Wege geleitet. In den Ausführungsbestimmungen für den Barbarossa-Befehl wurde dazu festgelegt, daß politische Hoheitsträger und Leiter der Roten Armee eine erhöhte Gefahr für die Sicherheit der Truppe darstellten, da sie »jede europäische Kultur, Zivilisation, Verfassung und Ordnung ablehnten und daher durch die Truppe zu beseitigen« seien. Die ideologische Saat für diese jedem völkerrechtlichen Grundsatz Hohn sprechende Tötungspraxis (durch die Truppe) war u. a. durch die *»Richtlinien für das Verhalten der Truppe in Rußland«* vom 13. 5. 1941 gelegt worden, die »den Bolschewismus« zum »Todfeind des . . . deutschen Volkes« erklärten und »rücksichtsloses und energisches Durchgreifen gegen bolschewistische Hetzer . . .« und die »restlose Beseitigung jeden aktiven und passiven Widerstandes« forderten. Für das rückwärtige Heeresgebiet waren die festgenommenen Hoheits-

träger und Kommissare an die Einheiten der Sicherheitspolizei und des SD abzugeben. Diese Ausführungsbestimmungen wurden am 6. 6. 1941 durch die inhaltlich gleichen »Richtlinien für die Behandlung politischer Kommissare« abgelöst, die als »*Kommissarbefehl*« in die Geschichte eingegangen sind.

Besondere Richtlinien für die Behandlung der Kommissare in den *Kriegsgefangenenlagern* selbst gab es nicht. Sie richtete sich nach dem für die Behandlung sowjetischer Kriegsgefangener allgemein anwendbaren Erlaß des OKW vom 16. 6. 1941 betr. »Kriegsgefangenenwesen im Fall Barbarossa«, die eine analoge Anwendung der Grundsätze des Genfer Abkommens 1929 vorsah. Dieser Erlaß wurde jedoch bald durch die in offenem Widerspruch zum Genfer Abkommen stehenden »*Anordnungen für die Behandlung sowjetischer Kriegsgefangener*« vom 8. 9. 1941 ersetzt, die eine Aussonderung von »politisch untragbaren« Zivilpersonen und »unerwünschten« Kriegsgefangenen durch Einsatzkommandos der Sicherheitspolizei und des SD vorsahen, wieder mit der Begründung, daß der »Bolschewismus« der »Todfeind« Deutschlands sei, der mit allen Mitteln kämpfe, wodurch der bolschewistische Soldat jeden Anspruch auf Behandlung als »ehrenhafter Soldat« verloren habe. Dieser Erlaß zielte natürlich in erster Linie auf die politischen Kommissare ab, die durch diese Herausnahme aus der Obhut der Kriegsgefangenenlager und damit der Wehrmacht der physischen Vernichtung durch die Sicherheitspolizei preisgegeben wurden. Die Aussonderungsaktionen gingen, wie Streim ausführlich darlegt, schnell und »effizient« aufgrund weiterer Einsatzbefehle des Chefs der Sicherheitspolizei und des SD in Ausführung der »Anordnungen« der Wehrmacht vom 8. 9. 1941 vor sich, trotz zahlreicher Gegenvorstellungen von Truppenführern und auch des Amtes »Auslandsabwehr« der Wehrmacht, die vor den negativen Auswirkungen einer völkerrechtswidrigen Behandlung der sowjetischen Gefangenen warnten. Besonders wichtig bei diesen Anordnungen ist, daß zu den »unerwünschten« Personen in der Praxis nicht nur die politischen Kommissare, sondern von vornherein *alle* sowjetrussischen »Intelligenzler, alle *Juden*, alle Personen, die als Aufwiegler oder fanatische Kommunisten festgestellt wurden«, gehörten. Die Vernichtung aus rassistischen Gründen wurde niemals

in einem ausdrücklichen Befehl niedergelegt, sie tarnte sich immer mit Schlagworten. Der Verfasser führt zahlreiche Beispiele dafür an, daß viele Gefangene nach diesen Bestimmungen völlig willkürlich erschossen wurden, weil sie »jüdisch« aussahen oder weil man *glaubte*, es handelte sich um Kulturträger, wie Schriftsteller, Redakteure und Angestellte.

Im *rückwärtigen* Heeresgebiet operierten die Einsatzgruppen des Reichsführers SS gemäß den Richtlinien auf Sondergebieten zur Weisung Nr. 21 (Fall Barbarossa) (4 Einsatzgruppen: A, B, C, D) nach ähnlichen Weisungen. Sie rückten direkt hinter der kämpfenden Truppe in das besetzte Gebiet der Sowjetunion ein und bestanden aus Angehörigen der Sicherheitspolizei (Kriminalpolizei und Staatspolizei) und des SD sowie aus Polizeibatallionen. Neben sog. sicherheitspolizeilichen Aufgaben waren sie insbesondere zur Liquidierung sog. unerwünschter Personen wie »Kommunisten« und »Juden« eingesetzt. Trotz aller systematischer Aufklärung der Verbrechen der Einsatzgruppen<sup>5</sup> konnte auch hier eine ausdrückliche und generelle oberste Weisung zur Vernichtung aller potentiellen politischen Gegner sowie der Rassengegner nicht festgestellt werden. Nach Streim ergaben erst Schlagworte wie die von der notwendigen »Bekämpfung« »unerwünschter« Personen und anderes mehr zusammengefaßt das, was im Sprachgebrauch als Führerweisung zur Liquidierung aller Juden einschließlich Frauen und Kinder sowie der gesamten sowjetrussischen politischen Führung und Intelligenz verstanden wird.

In weiteren Abschnitten des Buches von Streim werden die grausigen Einzelheiten der Liquidierung der kriegsgefangenen russischen Kommissare geschildert, die nach ihrer Aussonderung aus den Lagern entweder im freien Gelände oder in den Konzentrationslagern (Buchenwald, Dachau, Flossenbürg-Großrosen, Mauthausen, Neuengamme, Sachsenhausen und Auschwitz) ermordet wurden (meist durch Erschießen, Vergasen, »Abspritzen«). Auch die Aussonderungs- und Vernichtungsmaßnahmen gegen *sozial* »unerwünschte« sowjetische Kriegsgefangene werden eingehend behandelt, zu denen insbesondere solche Gefangene, die gegen die

<sup>5</sup> Vgl. dazu H. Krausnick / H. H. Wilhelm, Die Truppe des Weltanschauungskrieges. Die Einsatzgruppen der Sicherheitspolizei und des SD 1938–1942, Stuttgart 1981.

weiteren Bereichen der Wirtschaft eingesetzt wurden, neben dem Bergbau, der Eisen- und Stahlindustrie auch in der Landwirtschaft, dem Baugewerbe, bei der Reichsbahn sowie bei der Wehrmacht.

Das Buch von Streit hat verschiedentlich Kritik erfahren, da es zu einseitig sei und nur die *Kooperation* der Wehrmacht mit der politischen Führung zeige, während es die vielfältigen Manifestationen des Widerstandes gegen Hitler nicht angemessen berücksichtigt habe (vgl. die Besprechung von Zayas in: *Hist. Zeitschrift* 1981, 498 f.). Streit selbst stellt zu diesem Punkt allerdings ausdrücklich fest, daß ein umfassendes Bild über die tatsächliche Aufnahme der verbrecherischen Befehle der Heeresführung und ihre Durchführung in den unteren Wehrmachtsträngen bei der kämpfenden Truppe wegen der insoweit schlechten Aktenlage nicht gegeben werden kann. Sein Forschungsgebiet beschränkt sich nach den vorhandenen Unterlagen auf den Entscheidungsprozeß in den oberen und obersten Wehrmachtsführungen, die anfangs widerstrebend, dann mitarbeitend diese Befehle herausgegeben und durchgesetzt hatten. Wo aus den Akten erkennbar, bringt aber auch Streit einzelne Fälle des Widerstandes, z. B. die Weigerung, den Kommissar-Befehl auszuführen oder weiterzugeben (S. 84); sie sind aber selten. Es überwiegen die Beispiele strikter Durchführung, ja Übererfüllung (S. 88 f.; vgl. auch weitere Vollzugsmeldungen in den Ic-Akten im Militärgeschichtlichen Forschungsamt in Freiburg).<sup>6</sup> Hierbei ist, wie wohl bei allen historischen Materialien, zu berücksichtigen, daß die Fälle völkerrechtsgemäßen Verhaltens wohl weniger in die Akten Eingang gefunden haben dürften als die Fälle konsequenter Durchführung der Befehle (Streit S. 20). Aber kann dieses Thema anders als aus den Dokumenten erschlossen werden?

Als Kritikpunkt bei dem Werk von Streim darf lediglich angemerkt werden, daß es angesichts der Fülle der Details für den interessierten *Laien* schwierig sein dürfte, sich auf Anhub in den komplizierten Verhältnissen der Wehrmachtsverwaltung zurechtzufinden und einen Überblick über die grundlegenden Erlasse zu gewinnen. Vielleicht wäre ein Übersichtsplan über die Organisation der

Wehrmacht und die Befehlsverhältnisse nützlich gewesen, da diese Kenntnisse jedenfalls heute wohl nicht (mehr) vorausgesetzt werden können. Bei der Arbeit von Streit schlägt negativ zu Buche, daß die Anmerkungen in einem vom Text gesonderten Teil untergebracht wurden, dazu in wenig übersichtlicher Anordnung, so daß mühseliges Blättern und Suchen erforderlich ist, um die angegebene Quelle zu finden. Gerade bei historischen, auf Archivmaterial beruhenden Arbeiten, die sich noch dazu auf zahlreiche interessante Zitate stützen, ist es aber unerlässlich, daß die Quellen dem Leser sofort und ohne Schwierigkeit zugänglich sind! Da beide Werke außerordentlich detailreich sind, sei dem interessierten Leser als Einführung in die Problematik der ausgezeichnete Aufsatz von Jürgen Förster, *Zur Rolle der Wehrmacht im Krieg gegen die Sowjetunion*,<sup>7</sup> empfohlen, der einen leicht faßlichen und verhältnismäßig kurzen Überblick über die grundlegenden Befehle und ihre Durchführung in den besetzten Gebieten gibt.

Beide Werke, sowohl das eher dokumentierende Buch von Streim wie die mehr analytisch argumentierende Arbeit von Streit, geben erstmalig wichtige und umfassende Aufschlüsse über das Schicksal der sowjetischen Kriegsgefangenen in deutscher Hand. Sie können mit Fug und Recht als Pionierwerke auf einem bisher weitgehend verschlossenen Gebiet bezeichnet werden, die Grundlage für weitere Forschungen auf Einzelgebieten sein werden. Sie müssen daher korrespondierend gesehen und gelesen werden.

Diemut Majer

*Raul Hilberg, Die Vernichtung der europäischen Juden. Die Gesamtgeschichte des Holocaust, Berlin (Olle & Wolter) 1982, 840 S., DM 128,-*

Der Autor ist selber Jude. Heute Professor für Politologie in Vermont, hatte er 1939 als Dreizehnjähriger seine Heimatstadt Wien verlassen müssen und war auf Umwegen in die USA gelangt, wo er nach Kriegsende mit der Arbeit begann, die ihn sein Leben lang nicht mehr loslassen sollte. Seine historische Rekonstruktion dessen, was während der nationalsozialistischen Herrschaft über die Ju-

<sup>6</sup> Vgl. J. Förster, *Zur Rolle der Wehrmacht im Krieg gegen die Sowjetunion*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 45/80, S. 3 ff., 7.

<sup>7</sup> Ebd.

den Europas hereingebrochen war, dauerte im ersten Anlauf von 1948 bis 1961, dem Zeitpunkt des Erscheinens der amerikanischen Originalausgabe von »The Destruction of European Jews«. Schon dieses voluminöse Werk wies einen Materialreichtum ohnegleichen auf – gewonnen aus den schier unübersehbaren Beständen deutscher Dokumente, die nach dem Krieg in die USA verbracht worden waren. In der Kritik wurde die detaillierte, in jeder einzelnen Aussage mit Originaldokumenten belegte Geschichte des neuartigen und vielleicht heute noch in seinen Implikationen weitgehend unbegriffenen bürokratischen Massenmords als epochales Werk gefeiert. In den Chor der Bewunderer mischten sich jedoch auch skeptische Stimmen, die dem Autor eine allzu leidenschaftslose Abfassung des Berichts vorwarfen – so als hätte es sich bei der Judenvernichtung um ein besonders kompliziertes Problem politisch-administrativer Organisation und nicht gleichzeitig auch um einen Wendepunkt in der Geschichte der Zivilisation gehandelt, dessen lange Schatten für immer das Selbstverständnis der Menschheit verdunkeln werden. Von letzterem wollte der Autor in der Tat weder sich noch andere überzeugen. Ihm, dem sich der Absturz der Menschheitsgeschichte förmlich biographisch eingegraben hatte, ging es um eine m. E. anspruchsvollere, sine ira et studio zu erfüllende, weder anklagende noch beschönigende Durcharbeitung des Prozesses selbst, bei der die Frage nach individuellen Akteuren, nach Schuldigen usw. trotz ihrer rückhaltlosen Erwähnung nur noch beiläufig interessiert. Mit der Vorlage der Übersetzung dieses Buches durch einen kleinen, für seinen Mut zu ehrenden Verlag wird zugleich eine Möglichkeit des Sprechens über den Ausrottungsprozess in das Land der Täter transportiert, die beispielgebend sein kann. Eine Möglichkeit, die auf der Erkenntnis aufbaut, daß Parteinahme und Betroffensein in ihrer radikalsten Form in der Art der Bearbeitung und nicht im ostentativen Vokabular sich offenbaren.

Zu dieser neuen Art des Sprechens über den Vernichtungsprozess gehört auch ein zweiter Aspekt, der schon beim Erscheinen des Originals zu Irritationen Anlaß gegeben hatte. Hilberg verzichtet darauf, die Haltung der Opfer – etwa durch die Betonung von Aufstand, Widerstand und Sabotage – so weit zu heroisieren, daß am Ende ein anderes als das seiner Meinung nach historisch wahre Bild

der allesleidenden Juden entstünde. Seine Hauptthese ist ja gerade dies: Bis zum Nationalsozialismus hatten die Juden in den europäischen Gesellschaften einen sozialen und politischen Orte inne, an dem sie immer zugleich gehaßt, gefürchtet und gebraucht, aufgrund dessen sie bei aller Verfolgung immer auch beschützt wurden; Tradition und Geschichte hatten die jüdischen Gemeinden auf bestimmte Reaktionsweisen gegenüber Diskriminierungen festgelegt, die ihnen erfahrungsgemäß das Überleben am besten ermöglichten, nämlich auf Abschwächen (durch Petitionen, Geldzahlungen) und Nachgeben (um Eskalationen zu vermeiden und das relativ beste aus der Situation zu machen) – wie anders hätten sie als versprengte Minderheit ohne Territorialherrschaft auch agieren sollen? Die bürokratisch, arbeitsteilig und ohne die Grenzen der Zweckrationalität betriebene Vernichtungspolitik ließ die Schutzfunktion der Nachgiebigkeit jedoch nach Hilberg in eine Beschleunigungs- und Erleichterungsfunktion für die Ausrottung umkippen. Die Ratschläge, die die Geschichte den Juden erteilte, erwiesen sich unter den Nazis als fatal. Ob die Juden aufgefordert wurden, »ihr Vermögen anzumelden, Ausweise in Empfang zu nehmen, sich an einem bestimmten Ort einzufinden, um zu Zwangsarbeit, Deportation oder Erschießung eingeteilt zu werden, Personenlisten vorzulegen, Geldstrafen zu bezahlen, Hab und Gut abzuliefern, deutsche Verordnungen zu veröffentlichen, das eigene Grab zu schaufeln« oder die Arbeitsfähigen von den Unfähigen zu trennen: »Ein beachtlicher Teil des Gesamtprozesses beruhte auf jüdischer Mithilfe – seien es die einfachen Handlungen einzelner oder die organisierte Tätigkeit der Räte« (703). Der selbstverwaltete jüdische Unterdrückungsmechanismus war darum bemüht, den jeweils noch möglichen Schutz zu organisieren, funktionierte aber auch noch bei der Erstellung von Deportationslisten, glaubte man doch, mit der Preisgabe von hundert Menschen vielleicht tausend zu retten, mit der Preisgabe von tausend vielleicht zehntausend (708).

Ohne diese »verdammte Hoffnung« (Sperber), die die Opfer in der Wahrnehmung des Treblinka-Kommandanten wie »Lemminge« in den Tod gehen und in den eigenen Reihen nahezu jeden Funken von Unbotmäßigkeit gegenüber den Anordnungen der Mörder aus dem Weg räumen ließ, wären die administrativen, finanziellen und personellen Probleme,

die sich dem komplexen Vernichtungsprozeß in den Weg stellten, beträchtlich größer gewesen. Zusammen mit der deprimierenden Dokumentation des alliierten Verhaltens gegenüber jüdischen Rettungsinitiativen – speziell der Weigerung, Auschwitz zu bombardieren und des Scheiterns der Aktion Joel Brands (753 ff.) – und dem tristen Wiedergutmachungs-Szenario der Deutschen ergibt sich aus diesem Scheitern geschichtlichen Erfahrungswissens für Hilberg eine Reinterpretation der jüdischen Vergangenheit und die Notwendigkeit veränderter Reaktionsweisen für die Zukunft (804 ff.). Zugleich liegt hierin die Aufforderung an diskriminierte Minderheiten, möglichst schon in der Ausformung eines diskriminierenden Sonderrechts dessen mögliche Konsequenzen zu erkennen und zu bekämpfen, anstatt auch auf der untersten Stufe der sozialen Hierarchie noch den »Ordnungs-« und »Investitionswert der Ordnung« (Popitz) zum Anlaß falscher Hoffnung zu nehmen. Es ist anscheinend so, daß Täter und Opfer, die aus unterschiedlichen Gründen Anlaß zur Verdrängung der Realität haben, zu ganz ähnlichen Neutralisationstechniken greifen. So wie die NS-Sprache alle mit der Judenmordung zusammenhängenden Tatsachen und Vorgänge durch Euphemismen ersetzte, so findet sich in der Sprache der Lagerinsassen dasselbe Phänomen (705 ff.). Hilberg, dessen Rekonstruktion des Vernichtungsprozesses den von Fraenkel postulierten Normenstaat innerhalb der nationalsozialistischen Herrschaft<sup>1</sup> (naturgemäß?) nicht in Erscheinung treten läßt und sich für Fragen des NS-Staates statt dessen auf Neumanns Behemoth<sup>2</sup> bezieht, verweist an einigen Stellen sehr anschaulich auf die Ausdünnung und das Verschwinden des Rechts im Zusammenhang mit den Erfordernissen der Judenvernichtung (673 ff., 42), ohne auf die Gründe hierfür (oder gar auf die Funktion des Rechts bzw. auf Fragen nach dem Wert oder Unwert des Rechtspositivismus) einzugehen. Es geht ihm auch mehr um den akribischen Bericht über den Prozeß der Ausrottung selbst. Dieser wird in seiner Vorgeschichte kurz und prägnant skizziert (11 ff.), wobei die eigentümliche Invarianz der diskriminierenden Normen auffällt. Kein Rassegesetz, keine Verordnung der Nazis, deren Vorläufer mit identischen

Ge- und Verboten im kanonischen Recht (seit dem vierten nachchristlichen Jahrhundert) nicht Legion wären (15 ff.). Die weitere Darstellung folgt dann der Struktur des Vernichtungsprozesses. Hilberg rekonstruiert ihn als eine Reihe von aufeinanderfolgenden Schritten, deren jeder auf dem vorhergehenden aufbaut, ohne einem grundlegenden Plan entsprungen zu sein. Dokumentiert werden die Bemühungen um eine Definition (53 ff.), dann um die Enteignung der Opfer (64 ff.). Den Abschluß der ersten Phase des Ausrottungsprozesses bildet die räumliche Konzentration (116 ff.). Als zweiten Teil des Vernichtungsprozesses beschreibt Hilberg dann die Operationen der mobilen Tötungseinheiten (197 ff.), die Deportationen (278 ff.) sowie Aufbau und Betrieb der Vernichtungszentren (585 ff.).

Die von Herbert Jäger schon einmal aus forensischer Sicht untersuchte Frage, mit welchen psychischen Techniken die Täter Hemmungen außer Kraft zu setzen vermochten, wird von Hilberg durch die Untersuchung ergänzt, wie der Vernichtungsapparat mit den psychischen Problemen und Widerständen der Akteure fertig wurde. Er thematisiert das Ineinandergreifen von geistig-moralischer Auseinandersetzung mit dem »Judenproblem« durch die Politik einerseits und bürokratischer Wissensregulation sowie intrapsychischer Verarbeitung der Taten durch die unmittelbar Beteiligten andererseits in eindrucksvoller Weise (689 ff.). Relativ geringfügige Veränderungen in den ideologischen Rahmenbedingungen und/oder in der Selbstinterpretation eigener Handlungen scheinen zu genügen, um mit Hilfe von eingeschliffenen Sekundärtugenden moralische Universalien außer Kraft zu setzen.

Für die deutsche Ausgabe ist das Werk noch einmal vom Autor ergänzt, aktualisiert und in bezug auf die deutsche Diskussion um die »Vergangenheitsbewältigung« ergänzt worden. Neue Forschungsergebnisse wurden eingearbeitet, es wurde aber auch ein Untertitel von mißverständlicher Qualität hinzugefügt. Von einer »Gesamtgeschichte des Holocaust« hatte der Autor im amerikanischen Original nichts wissen wollen. Im damaligen Vorwort, das in die deutsche Ausgabe nicht übernommen wurde, hatte er ausdrücklich klargestellt, daß es ihm, der ja zum weit überwiegenden Teil mit Selbstzeugnissen der NS-Bürokratie, der Wirtschaft und des Militärs gearbeitet hatte, nur um die Beschreibung der

1 E. Fraenkel, *Der Doppelstaat* (1940), Frankfurt am Main 1974.

2 F. Neumann, *Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus* (1942/44), Köln 1977.

Vernichtungsmaschinerie ging, um die administrativen und psychologischen Hindernisse und ihre Bewältigung. »Es ist ein Buch über das Volk, das die Juden vernichtete. Man wird hierin nicht viel über die Opfer lesen. Im Mittelpunkt stehen die Täter« (1961, v). Zu einer Gesamtgeschichte gehörte wohl auch die Geschichte der teilnahmsvollen und -losen Dritten und vor allem derjenigen, die der bürokratischen Barbarei erlagen. Es war jedoch gerade Hilbergs Absicht, die jüdische Perspektive soweit auszublenden, wie sie nicht durch die Kalkulation der Täter wieder ins Spiel gebracht wurde. »Wir werden weder auf das Leiden der Juden eingehen, noch werden wir die sozialen Merkmale des Lebens im Ghetto oder der Existenz im Lager erkunden. Insoweit wie wir jüdische Institutionen untersuchen, werden wir dies vornehmlich durch die Augen der Deutschen tun: als Instrumente, die im Vernichtungsprozeß benutzt wurden« (1961, v). Mir scheint, Hilbergs opus magnum ermöglicht mehr Aufklärung als all die vielen Veröffentlichungen zum Holocaust, die sich dem Hang zu erträglicheren Rekonstruktionen weniger beharrlich widersetzen. Seine Ergebnisse bergen schließlich weitreichende Konsequenzen für Kriminologie und Kriminalsoziologie, deren Bemühungen um eine allgemeine Verbrechenstheorie bis heute an der Ausblendung repressiver kollektiver Verbrechen scheitern mußten.

*Sebastian Scheerer*

*Bernd Preis, Verfassungsschutz und öffentlicher Dienst. Ein Beitrag zum bereichsspezifischen Datenschutz bei den Verfassungsschutzbehörden, Königstein (Athenäum) 1982, 87 S., DM 24,-*

Ausgehend von »einem liberalen Grundrechtsverständnis und nicht unbeeinflusst von der Sorge, daß die tatsächlichen Voraussetzungen für die Wahrnehmung von Freiheitsrechten – insbesondere durch die Erfassung des Menschen mit Hilfe der elektronischen Datenverarbeitung – allmählich schwinden oder ausgehöhlt werden« (S. 6), untersucht Preis, ob bei der Einstellung von Bewerbern für den öffentlichen Dienst die Erkenntnisse der Verfassungsschutzbehörden berücksichtigt werden dürfen.

Die wohl h. M. behauptet, die Behörde müsse alle verfügbaren Informationen heran-

ziehen, um eine fundierte Prognose hinsichtlich der Einstellung des Bewerbers zur freiheitlich demokratischen Grundordnung zu ermöglichen, da sich der Staat nicht künstlich unwissend stellen dürfe. Der Ausgangspunkt der Überlegungen von Preis ist hingegen, ob sich die Verfassungsschutzbehörden für die Zwecke der Einstellungsbehörden überhaupt Informationen beschaffen dürfen. Während z. B. das Bundesarbeitsgericht davon ausgeht: ein Land »darf sicherstellen, daß kein Lehrer eingestellt wird, der Bestrebungen unterstützt, die gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung gerichtet sind. Deshalb braucht sich das Land auch nicht künstlich unwissend zu halten« (BAG 5 AZR 604/78), weist Preis darauf hin, daß es »ein fundamentales Prinzip des Rechtsstaates ist, daß aus der Zuweisung einer Aufgabe noch keine Eingriffsbefugnis erwächst.« (S. 15) Das BAG dringe deshalb zu der entscheidenden Frage, »ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Informationen durch den Verfassungsschutz als Eingriff anzusehen ist, der nicht allein durch die Begründung einer gesetzlichen Aufgabe gedeckt ist« (S. 15), nicht vor. Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, daß Sammlung und Auswertung von Informationen über das Verhalten eines Menschen in der Öffentlichkeit das informationelle Selbstbestimmungsrecht als Ausformung des Persönlichkeitsrechts verletzen. »Zum Kern der menschlichen Persönlichkeit gehört nicht nur die persönliche Lebensgestaltung, sondern auch die Selbstdarstellung nach außen« (S. 21), die nur möglich sei, wenn jeder Mensch im Grundsatz selbst darüber bestimmen könne, »ob und inwieweit andere sein Lebensbild im Ganzen oder bestimmte Vorgänge aus seinem Leben öffentlich darstellen dürfen« (S. 21). Die systematische Registrierung und Bewertung politischer Aktivitäten greife in das Persönlichkeitsrecht auf politische Selbstdarstellung ein, da man geneigt sei, seine politischen Aktivitäten wegen der unabsehbaren Folgen einzuschränken (S. 22).

Angesichts der überragenden Bedeutung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und der sich durch die elektronische Datenverarbeitung ergebenden technischen Verwendungsmöglichkeiten habe allein das Gesetz, nicht bloßes Verwaltungshandeln, die systematische Verwendung personenbezogener Daten zu regeln. Preis sieht – wenn überhaupt – in den Verfassungsschutz- und Da-

tenschutzgesetzen die mögliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Sammlung und Weitergabe von Erkenntnissen. Daher fragt er weiter, ob diese grundrechtsbeschränkenden Normen im Hinblick auf ihre Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit verfassungskonform seien. Der Autor äußert – angesichts der Ergebnisse der Sozialisationsforschung – zwar Zweifel an der Eignung verfassungsschutzbehördlicher Erkenntnisse für das prognostische Persönlichkeitsurteil, konzidiert aber der von ihm angegriffenen Position, daß jede Information über Aktivitäten des Bewerbers nützlich sein könne und daß es für die Prüfung der Verfassungstreue von Bewerbern weniger einschneidende Möglichkeiten als das Abrufen gespeicherter Informationen nicht gäbe.

Die Intensität des Eingriffs in Art. 2 Abs. 1 GG freilich – so das Ergebnis von Preis – werde durch den erstrebten Zweck, nämlich die verfassungskonforme Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die Staatsbediensteten, nicht gerechtfertigt. Die vom Verfassungsschutz übermittelten Erkenntnisse betreffen im wesentlichen rechtmäßige, unter Grundrechtsschutz stehende Aktivitäten, da die Behörden von strafbaren Handlungen auf andere Weise Kenntnis erhielten. Da die Informationen durch den Verfassungsschutz ohne Wissen des Betroffenen gesammelt und gespeichert würden, müsse gerade die fehlende Transparenz als intensiver Eingriff in die Persönlichkeitssphäre angesehen werden. Der Bürger, der von Weitergabe und Verwendung der Informationen zum Zweck ihn betreffender Entscheidungen nichts erfahre, werde zum Objekt technokratischer Informationssysteme. »Deshalb ist die Verwendung von übermittelten Erkenntnissen des Verfassungsschutzes durch die Einstellungsbehörde jedenfalls insoweit unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig, als nicht gewährleistet ist, daß der betroffene Bewerber von ihrer Verwendung erfährt«. (S. 40)

Weder die allgemein praktizierte Anhörung noch eine mögliche gerichtliche Überprüfung beseitige die Intensität des Grundrechtseingriffs. Der bei Verfassungsschutzbehörden angenommene Kompetenzvorsprung führe bei den Vertretern der Einstellungsbehörde regelmäßig zu dem Eindruck, einem Verfassungsfeind gegenüberzustehen, dessen Einlassungen mit großer Skepsis zu bewerten seien. Die Rechtsprechung räume den Behörden zudem einen weiten, nicht überprüfbaren

Beurteilungsspielraum hinsichtlich des prognostischen Urteils von Eignung und Verfassungstreue des Bewerbers ein. So stütze sich der Prüfungsspruch der Einstellungsbehörden lediglich auf abstrakte und vage Feststellungen von Zweifeln an der Verfassungstreue. Ein Mindestmaß an greifbarer Gefährdung der freiheitlich demokratischen Grundordnung sei aber zur Rechtfertigung des Eingriffs in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit geboten.

Auch die politischen Nebenfolgen der Überprüfungspraxis sind nach Preis ein unverhältnismäßiger und damit verfassungswidriger Eingriff in den Persönlichkeitsschutz. In weiten Teilen der Bevölkerung lasse die Bereitschaft zu demokratischem Engagement nach. Diese Gefährdung des politischen Klimas berge mindestens ebenso gewichtige Nachteile in sich, wie der vorbeugende Schutz des öffentlichen Dienstes Vorteile biete.

Als prozessuales Resultat seiner Untersuchung hält Preis fest, daß abgelehnte Bewerber sich auf ein aus dem öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch abgeleitetes Verbot der Verwertung übermittelter Verfassungsschutzkenntnisse bei den Einstellungsbehörden und Gerichten stützen können.

Ob sich die sorgfältig entwickelte Argumentation durchsetzen wird, ist ungewiß. Der zweite Senat des BAG hält diese Bedenken nicht für durchgreifend. Noch in seinem Urteil vom 29. Juli 1982 (2 AZR 1093/79) vertritt er unter Berufung auf die eingangs zitierte Entscheidung des BAG die Ansicht, Erkenntnisse der Verfassungsschutzbehörden könnten auch anderen Behörden des beklagten Landes zugänglich gemacht werden, da es sich nicht künstlich unwissend zu halten brauche.

Demgegenüber hat 1975 immerhin das Bundesverfassungsgericht, bezogen auf den Vorbereitungsdienst, darauf hingewiesen, daß systematische Erhebungen der Staatsschutzbehörden zum Zweck der Erstellung eines Persönlichkeitsprofils die politische Atmosphäre vergiften, nicht nur die Betroffenen in ihrem Vertrauen in die Demokratie irritieren, sondern den freiheitlichen Staat diskreditieren und außer Verhältnis zum Ertrag stehen (vgl. BVerfGE 39, 334). Das Bundesverfassungsgericht hält deshalb diese »Ermittlungen und die Speicherung ihrer Ergebnisse für Zwecke der Einstellungsbehörden schwerlich verein-

bar mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Gebot der Verhältnismäßigkeit« (a. a. O., S. 357). Für die Übermittlung der gespeicherten Erkenntnisse an die Einstellungsbehörden kann nichts anderes gelten.

Die Untersuchung von Preis kann dazu beitragen, daß künftig die Gerichte nicht mehr nach der Rechtfertigung des Verzichts der Einstellungsbehörden auf die Verwertung vorhandener Informationen fragen, sondern umgekehrt: »Die richtige Fragestellung geht dahin«, so Preis, »ob der Informationseingriff für Zwecke der Einstellungsbehörden überhaupt gerechtfertigt ist. Nur dieser gedankliche Ansatzpunkt entspricht einem freiheitlichen Grundrechtsverständnis.« (S. 62)

Peter Strieder

*Bernhard Schlink: Die Amtshilfe. Ein Beitrag zu einer Lehre von der Gewaltenteilung in der Verwaltung, Berlin (Duncker & Humblot) 1982, 356 S., DM 98.–*

1. Von dieser Habilitationsschrift läßt sich sagen, was für Bücher entsprechender Funktion selten gilt: höchste Zeit und ein Glück, daß jetzt eine gründliche Untersuchung gerade dieses Themas vorliegt! Es genügt, die für sich instruktiven Passagen über die Entwicklung der Rechtsprechung zur Erhebung, Verarbeitung und Weitergabe von Informationen (S. 172–188), zu der seitdem das Volkszählungs-Fiasko nachzutragen wäre, oder über das Sündenregister der Sicherheitsbehörden (S. 268–271) zu lesen, um das Summen im Wespennest nachzuempfinden, dessen Tonkomponenten hier expliziert und analysiert werden. Nimmt man hinzu, daß sich spätestens seit der gesetzlichen Regelung im Verwaltungsverfahrensgesetz von 1976 (§§ 4–8) die Amtshilfe-Problematik in neuer Konkretheit stellt, daß aber die letzte groß angelegte Untersuchung (*M. Dreher*, 1959) fast ein Vierteljahrhundert zurückliegt und zwar durch immer mehr Tagesliteratur überlagert, aber nicht wirklich neu aufgenommen worden ist, so steht die Bedeutung des hier zu besprechenden Buches fest.

Erscheint die Themenwahl als Volltreffer, so lassen Gliederung und Art der Behandlung Zweifel aufkommen. Zwar ist das Buch stilistisch gut geschrieben, in der Gliederung unkompliziert, in der Literaturverarbeitung zugleich solide und frei von zu vielen Belegfriedhöfen. Aber »Ein Beitrag zu einer Lehre

von der Gewaltenteilung in der Verwaltung« ist kaum ein solches Forschungsdesiderat wie das Problem der Amtshilfe; der Beginn mit *Bodin* (S. 63 ff.), *Montesquieu* (S. 16 ff.) und der Judikatur seit 1862 (S. 44 ff.) läßt eine gar zu akademische Behandlung befürchten; die Theorielastigkeit und dogmatische Befrachtung weiter Passagen (z. B. die Typologie staatlicher Informationsakte, S. 188 ff.) erschwert die Lektüre des Buchs (zumal eine Zusammenfassung der Ergebnisse fehlt); das statt dessen theoretische und praktische Untersuchung verbindende Kapitel 6 ist zu abstrakt und zu dünn, um diese Funktion zu erfüllen; der Schluß (S. 324–326) deutet nur allzu knapp eine Bilanz an. Diese Einwände schwächen die Sachaussage des Buchs nicht ab, lassen aber befürchten, daß sie nicht, nur mangelhaft oder verspätet rezipiert werden könnte. Wer, etwa als Anwalt, nicht die Zeit hat, das Buch – wahrlich keine leichte Kost – ganz zu lesen, wird Schwierigkeiten haben, seine Ergebnisse zu nutzen.

Deshalb gilt es, hier zunächst (2.) Schlinks Grundthese, vielleicht etwas vergrößernd und verkürzend, »verbraucherfreundlich« zu präsentieren, um die Diskussion darüber zu erleichtern, auch einige Problempunkte zu markieren. Daran hat eine Zusammenfassung einiger aus der Grundthese entwickelter praktischer Folgerungen (3.) und eine Gesamtwürdigung des praktischen Ertrags der Untersuchung (4.) anzuschließen. Dies soll freilich nicht darüber hinwegtäuschen, daß Schlinks Buch eine Arbeit von hohem theoretischem Anspruch auf dezidiertem und kohärenter staatstheoretischer Grundlage ist, die ebenfalls, aber bei der enormen praktischen Bedeutung des Buchs nachrangig (5.) diskutiert werden soll.

2. Der *Grundgedanke* läßt sich – zu diskutierende Probleme und Schwächen ausklammernd – sehr einfach zusammenfassen. Die Gewaltenteilungslehre betrifft historisch und aktuell auch die innere Struktur der Verwaltung und macht die Amtshilfe als ein Mittel zur Überspielung solcher Gewaltenteilung in der Verwaltung zum Problem (Kap. 1). Verfassungsrechtlich hat die Regelung der Rechts- und Amtshilfe im Sinn von Art. 35 I GG eine Tradition, die über Art. 7 Nr. 3 WRV zur Lehre zu Art. 4 Nr. 11 RV 1871 zurückgeht und jeweils die Frage betrifft, ob Rechts- und Amtshilfe auch zwischen Gesamtstaat und Gliedstaat sowie zwischen Gliedstaaten geleistet werden muß; die

weitere Frage nach Voraussetzungen und Tragweite der Rechts- und Amtshilfe innerhalb einer der beteiligten Gebietskörperschaften war immer gesetzlich unvollständig geregelt und in Literatur und Judikatur kontrovers (Kap. 2). Auf das Prinzip der Einheit der Staatsgewalt läßt sich die Amtshilfe schon staatsrechtlich, erst recht in der differenzierten Gesellschaft der Gegenwart nicht stützen (Kap. 3). Da die Amtshilfe der ersuchenden Behörde zur Erfüllung ihrer Aufgaben Befugnisse der ersuchten Behörde zur Verfügung stellt, wäre Amtshilfe allerdings rechtlich generell zulässig, wenn mit der Festlegung der Aufgabe für eine Behörde dieser damit die erforderlichen Befugnisse – auch der ersuchten Behörde – eingeräumt wären. Schlink weist diese Betrachtungsweise für das spätabolutistische Verwaltungsrecht nach und zeigt ihr Fortwirken mit allmählicher Einschränkung im 19. Jahrhundert. Unter den Bedingungen der Bindung auch des Gesetzgebers an die Grundrechte und damit an die Verhältnismäßigkeit muß jedoch jede Einräumung einer Befugnis einem verfassungslegitimen Zweck dienen. Die Festsetzung von Aufgaben und die Zuordnung der dazu erforderlichen Befugnisse setzen daher eine gesetzliche Regelung voraus. Entsprechendes gilt folglich für die Veränderung solcher Befugniszuordnung durch die Amtshilfe (Kap. 4). Auch die Organisationsgewalt der Exekutive kann diese gesetzliche Grundlage insoweit nicht ersetzen, als Organisation, Zuständigkeit und Verfahren für Grundrechtseingriffe in Frage stehen. Der Eingriffsvorbehalt darf auch nicht im Sinn der bundesverfassungsgerichtlichen Wesentlichkeitstheorie dadurch relativiert werden, daß er für »unwesentliche« Grundrechtseingriffe durchlöchert wird. Jede Schaffung einer Kompetenz, d. h. einer Aufgabe und die Zuordnung der dazu erforderlichen Befugnisse mit verhältnismäßiger Zweck-Mittel-Relation, bedarf vielmehr eines Gesetzes. »Eine gesetzesunabhängige exekutive Amtshilfe ist im grundrechtlichen Eingriffsbereich aus der Organisationsgewalt nicht zu begründen.« (Kap. 5, Zitat S. 144).

Als gesetzliche Regelungen der Amtshilfe (die von den Sonderermächtigungen zu Personalverschiebungen im Katastrophenfall nach Art. 35 II, III GG scharf zu trennen ist) kommen Spezialgesetze in Betracht, die für bestimmte Kompetenzen und ihre Wahrnehmung zur Amtshilfe ermächtigen, und Quer-

schnittsgesetze, die die Amtshilfe nur losgelöst von Anwendungsfällen generell regeln (Musterfall: §§ 4–8 VwVfG, §§ 3–7 SGB X, §§ 111–115 AO). Soll Amtshilfe zur Erweiterung behördlicher Kompetenzen, in Überwindung der für die Erfüllung bestimmter Aufgaben gesetzlich vorgesehenen Befugnisse, speziell auch der sachlichen Zuständigkeit einer Behörde, im Bereich der Eingriffsverwaltung geleistet werden können, so bedarf sie der spezialgesetzlichen Regelung. Sollen dabei nur die Grenzen örtlicher Zuständigkeit überwunden werden, so reicht ein Querschnittsgesetz. Im Bereich der Leistungsverwaltung, und, soweit überhaupt normiert, im Innenbereich genügt ebenfalls ein Querschnittsgesetz (Kap. 6, zusammenfassend S. 152, 155 f.).

3. Auch Schlink sieht und betont freilich, daß diese Grundthesen, so wichtig sie sind, kein Patentrezept für die *Lösung von Einzelfragen* liefern. Auf einige dieser Fragen geht er exemplarisch ein.

a) Dabei gilt besondere Aufmerksamkeit dem Problem, ob und wieweit *Erhebung, Verarbeitung und Übermittlung von Informationen* dem Eingriffsbereich zuzurechnen und deshalb dem amtshilferechtlichen Gesetzesvorbehalt zu unterstellen sind. Aufgrund einer sehr eingehenden, für sich lesenswerten Rechtsprechungsanalyse (S. 172–188) kritisiert Schlink für den Staat-Bürger-Bereich die Konzepte eines Sphärenschutzes sowie eines Schutzes der Selbstdarstellung in der Gesellschaft und wandelt sie zu einem Grundrechtsschutz gegenüber staatlichen Informationsakten ab: einem allgemeinen, aus Art. 2 I GG abzuleitenden Recht, nicht (unfreiwillig) befragt zu werden, und einem ebenfalls aus Art. 2 I i. V. m. Spezialgrundrechten abzuleitenden Recht auf staatliche Respektierung bestimmter Kommunikationsbereiche. Auch insoweit bedarf der Eingriff, insb. durch Datenübermittlung über Grenzen der sachlichen Zuständigkeit hinweg im Weg der Amtshilfe, der spezialgesetzlichen Grundlage (Kap. 7). Das geht im Ergebnis wohl wenig über den bisherigen Meinungsstand hinaus, bringt jedoch zusätzliche Aspekte der Begründung.

b) Erst nach all diesen Antezedentien wird die *Amtshilfe* der §§ 4–8 VwVfG im einzelnen untersucht. Als querschnittsgesetzliche Regelung wird sie von spezialgesetzlichen Amtshilfe-Ermächtigungen teils ergänzt, teils verdrängt; oft ist sie dabei aber

selbst ergänzend heranzuziehen, z. B. im Bereich der Vollstreckungshilfe. § 4 wird (mit anfechtbarer Begründung, vgl. *Meyer/Borgs*, VwVfG, 2. Aufl. 1982, zu § 4 Rdnr. 11) nicht als Definition der Amtshilfe verstanden, wohl aber in seinen Tatbestandsmerkmalen ernst genommen, so daß (im Anschluß an *Dreher*) Spontanhilfe mangels Ersuchens nicht als durch das Verwaltungsverfahrensgesetz gedeckt betrachtet werden kann (S. 219) und am Ausnahmecharakter der Amtshilfe festzuhalten ist (S. 221 ff.). § 5 wird dahin verdeutlicht, daß Anlaß der Amtshilfe der Mangel an Befugnissen der ersuchten Behörde ist. Bei der Weitergabe behördlicher Geheimnisse im Weg der Amtshilfe insistiert Schlink auf der Abwägungskompetenz der ersuchten Behörde (§ 5 II 2) und plädiert dafür, daß auch § 30 VwVfG der Weitergabe entgegensteht, was danach jetzt wohl h. M. sein dürfte (vgl. *Meyer/Borgs*, zu § 30 Rdnr. 15 ff., 22). Entsprechend obliegt die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Amtshilfeleistung (auch) der ersuchten Behörde, was z. B. auch von Geheimdiensten die Angabe des Zweckes erfordert, zu dem sie eine Information im Weg der Amtshilfe anfordern (S. 257). Ergänzend wird § 10 BDSG in die Untersuchung einbezogen und als Besonderheit herausgearbeitet, daß bei gleichen Informationserhebungsbefugnissen die Datenübermittlung auch über Grenzen der sachlichen Zuständigkeit hinweg statthaft ist (Kap. 8).

c) Aber erst Regelungen, Grenzen und Lücken der Amtshilfe in einzelnen Verwaltungsbereichen spitzen die Problematik zu. Schlink greift hier exemplarisch zwei Bereiche heraus, darunter den hier schon eingangs als besonders neuralgisch hervorgehobenen der *inneren Sicherheit*. Handelt es sich bei der Polizeigewalt um eine einheitliche Aufgabe und damit sachliche Zuständigkeit (vgl. auf der Grundlage des Musterentwurfs einheitlicher Polizeigesetze z. B. § 1 I ASOG Bln.)? Schlink scheint zur Bejahung zu neigen (S. 262), differenziert jedoch im folgenden zwischen der sachlichen Zuständigkeit der allgemeinen, der besonderen Ordnungsbehörden und der Vollzugspolizei, wobei die Kriminalpolizei ihrerseits verselbständigt ist. Auch hier sollen die allgemeinen Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes nur die Amtshilfe bei fehlender örtlicher Zuständigkeit zwischen Behörden gleicher sachlicher Zuständigkeit (auch im Bund und in den Ländern) decken; im übrigen reichten die in den

Polizeigesetzen vorgesehenen Regelungen der Zusammenarbeit. Daß letzteres nicht so einfach ist und viele weitere Fragen aufwirft, erst recht, wenn Schlinks Abgrenzungen zugrundegelegt werden, zeigt eine eingehendere Untersuchung dieser Regelungen und der Kooperationsformen im Bereich von Ordnungsbehörden und Polizei (*Ehrhardt/Kunze*, Ordnungsverwaltung – im Schatten der Polizei, 1982, insb. S. 143 ff.). Für die Zusammenarbeit der Polizeibehörden mit den eigentlichen Geheim-(Sicherheits-) Diensten steht das Erfordernis besonderer Regelungen außer Frage (§ 3 III VerfassungsschutzG). Hier bewährt sich Schlinks Grundthese; sie bestätigt und erweitert Erkenntnisse *Denningers* (JA 1980, S. 280 ff., *ders.*, in: Verfassungsschutz und Rechtsstaat, 1981, S. 19 ff.). Soweit es – insbesondere bei Bundesnachrichtendienst und Militärischem Abschirmdienst außerhalb des im G 10 geregelten Bereichs – überhaupt an gesetzlichen Regelungen fehlt, ist Amtshilfe im Eingriffsbereich für und durch diese Behörden generell unzulässig; nur »für eine Übergangszeit« soll für die in § 138 StGB erwähnten Straftaten eine Ausnahme gelten (! S. 284). Aber auch für den Verfassungsschutz, für den Schlink sein früher entwickeltes Verständnis der »nachrichtendienstlichen Mittel« (§ 3 III 2 VerfassungsschutzG, vgl. NJW 1980, 552; 1981, 565 und dagegen *Schwabe*, NJW 1980, 2396; 1981, 566) erneut ausbreitet, gilt nichts anderes, da § 3 IV VerfassungsschutzG kein Spezialgesetz darstellt, sondern nur auf Art. 35 GG verweist (S. 278, 297). Amtshilfe und somit auch ein Datenverbund zwischen Verfassungsschutz und Polizei sind daher – außer bei besonderen Zuständigkeitsüberschneidungen – ausgeschlossen. Das führt zu einem Scherbengericht über die in den letzten Jahren bekanntgewordenen Problemfälle aus dem Bereich der inneren Sicherheit (S. 284 ff.): die Abhöraktionen waren rechtswidrig, Grenzkontrollen des Bundesgrenzschutzes sind nur im Rahmen von dessen Aufgaben, nicht im Dienst des Verfassungsschutzes zulässig, der Datenverbund zwischen Verfassungsschutz und Bundeskriminalamt ist unzulässig, die Rasterfahndung auch, außer im Rahmen des § 138 StGB (!), die Überprüfung von Einstellungsbewerbern durch den Verfassungsschutz kommt nur nach spezialgesetzlicher Regelung einiger (CDU-)Länder und auch dann nur im Rahmen der Aufgaben des Verfassungsschutzes

in Betracht – eia wär'n wir da!

d) Musterfall einer modernen Anforderungen entsprechenden gesetzlichen Regelung der Amtshilfe ist demgegenüber das *Sozialgesetzbuch*. Hatte schon § 35 SGB I, parallel zu § 30 VwVfG, das Sozialgeheimnis gewährleistet, so konkretisiert die Regelung des Verwaltungsverfahren im SGB X dies nicht nur durch eine dem Verwaltungsverfahrensgesetz parallele Regelung der Amtshilfe (§§ 3–7), die für sich die oben (b) erwähnten Abwägungsprobleme aufwürfe, sondern nimmt diese Abwägung durch eine Regelung des bereichsspezifischen Datenschutzes selbst vor (§§ 67–78). Nur daß auch diese Regelung neue Fragen zuhauf stellt! Ist nun die Abwägung über die Offenbarung ärztlicher Daten nach § 76 I einem Arzt vorbehalten (so S. 322)? Ist die Rasterfahndung so eindeutig ausgeschlossen, wie es der Gesetzgeber offenbar wollte (S. 317 ff.)? Immerhin scheint mir Schlinks Befund hier eine wichtige Folgerung nahezulegen: Wenn sich in der nahezu einzigen geschlossenen Regelung den Datenschutz durchbrechender Amtshilfeermächtigungen der Gesetzgeber nicht dazu entschließen konnte, die Rasterfahndung eindeutig zu legalisieren, so kann diese mangels jeder spezialgesetzlichen Ermächtigung im übrigen nicht rechtens sein.

4. *Alles in in allem* demontiert Schlink in beachtlichem Maß geläufige Amtshilfe-Praktiken. Nimmt man zu den bereits von *Dreher* herausgearbeiteten und im Verwaltungsverfahrensgesetz berücksichtigten Definitionsmerkmalen des Ersuchens und des Ausnahmecharakters der Amtshilfe den Vorbehalt des Spezialgesetzes (Kap. 4–6), den Eingriffscharakter der Informationsweitergabe (Kap. 7) und den Querschnittscharakter der §§ 4–8 VwVfG (Kap. 6) hinzu, so *erhält die Amtshilfe bisher kaum erkannte rechtsstaatliche Konturen*; Kap. 9 deutet für die innere Sicherheit an, wie eng diese sind. Dabei überzeugen Schlinks Deduktionen jedenfalls im praktischen Ergebnis, auch wenn manches, vor allem in Kap. 6, allzu knapp und apodiktisch entwickelt und als Faustregel (»heuristische Formel«, S. 152) auf die theoretisch-dogmatische Untersuchung aufgepfropft erscheint: Die Argumentation bleibt schlüssig, und es wird schwer halten, dagegen bisherige Praktiken zu legitimieren.

Allerdings hält es ebenso schwer, diese zu erfassen und zu domestizieren. Wo zwischen den Ordnungsbehörden, untereinander und

im Verhältnis zur Polizei, Grenzen der sachlichen Zuständigkeit zu ziehen und entsprechend Spezialermächtigungen für die Amtshilfe zu fordern sind, ist höchst umstritten und durch die Gesetzgebung kaum geklärt (vgl. S. 262 ff., dazu oben 3 c); die gesetzlich eindeutige Sonderstellung des Verfassungsschutzes (§ 3 III 1, 3 VerfassungsschutzG) ist weithin schöne Theorie. Aber selbst wer diese akzeptiert: Wie will er hindern, daß im faktischen Zuständigkeitsgeflecht örtlicher Verwaltungen Amtshilfe von Tür zu Tür stattfindet (vgl. S. 151 f.) – ganz abgesehen von technisch möglichen Datenverarbeitungsmissbräuchen aller Größenordnungen? Hier könnte höchstens die »Gewaltenteilung in der Verwaltung« helfen. Aber davon ist die Praxis auf lokaler Ebene meilenweit entfernt, und in der Tat spricht dagegen verfassungsrechtlich und rechtspolitisch auch das Postulat einheitlicher Verantwortungsstrukturen als Ziel der Funktionalreform der örtlichen Verwaltungen.

Ähnlich prekär kann praktisch Schlinks Forderung einer spezialgesetzlichen Ermächtigung werden. Hat schon das neue Verwaltungsverfahren des SGB X bei allem Problembewußtsein die Probleme nicht voll in den Griff bekommen, so stellen fragmentarische Amtshilfeermächtigungen mehr Fragen, als sie lösen. Wann liegt ein echtes Spezialgesetz, wann eine bloße Wiederholung des Grundsatzes des Art. 35 I GG vor? Die eben referierte Kontroverse zum § 3 IV VerfassungsschutzG ist symptomatisch. Selbst so problembewußte Autoren wie die des Alternativentwurfs einheitlicher Polizeigesetze wollen die Polizei zur Amtshilfe generell verpflichten, wenn diese »erforderlich« ist (§ 47 I AE mit Spezifizierung nur für die Informationshilfe, § 48 I 2). Die Frage wird umso brennender, je unentbehrlicher (»erforderlicher«) einem für eine bestimmte Fallkonstellation das Instrument der Amtshilfe erscheint. Auch Schlink will verschiedentlich § 161 StPO, speziell in Verbindung mit den (allen?) in § 138 StGB genannten Straftaten, »für eine Übergangszeit« als spezialgesetzliche Amtshilfe-Ermächtigung genügen lassen (S. 284, 308 ff.). Man kann darüber unterschiedlich denken. Aber wer solchen Zweckmäßigkeitserlegungen – auch eine Art Schluß vom Zweck auf das Mittel! – Raum gibt, wird sich weiteren Forderungen aus ressortspezifischen »Erfordernissen« gegenüber sehen. Schlinks Grenzziehung bleibt deshalb

ein Maßstab, den es erst noch durchzusetzen gilt. Verwaltungsgerichte sowie potentielle Kläger und deren Anwälte sind gefordert. Ob sie die Herausforderung annehmen, ob sie ihr genügen werden?

5. Über diese – entscheidende – Frage hinaus bliebe viel zur *staatstheoretischen Grundlegung* in der gewichtigen ersten Hälfte des Buches zu sagen; das kann ich hier abschließend nur ganz knapp. Die aufschlußreiche dogmengeschichtliche Behandlung der Amtshilfe in Kap. 2 gehört eher zu den bereits erörterten praktischen Fragen. Die übrigen Anfangs-Kapitel sind dagegen für die praktische Argumentation nicht so zentral, staatstheoretisch jedoch umso interessanter, wenn auch unterschiedlich ergiebig. Die Lehre von der Gewaltenteilung in der Verwaltung (Kap. 1) gehört gewiß, seit der (nicht erwähnten) antiken Theorie der Mischverfassung über *Montesquieus* Balance – Feststellungen und konstitutionelle Mäßigungs-Theoreme (dazu, insb. zu *B. Constant*, darf ich auf meine Studie »Volkssouveränität und repräsentative Demokratie«, 1966, S. 330 ff. verweisen) bis zur modernen »umfassenden Gewaltenteilung« (*O. W. Kägi*), zum Kernbestand der Staatsideenlehre; etwa auch die kommunale Selbstverwaltung ist ein Element davon. Aber konkret zu folgern ist daraus noch weniger als aus »dem Gewaltenteilungsprinzip« als solchem; es kommt auf die konkrete Ausgestaltung im einzelnen an (vgl. S. 130 ff.). Ähnlich theorielastig ist das Prinzip der »Einheit der Staatsgewalt« (Kap. 3), dessen Bedeutung Schlink vor allem in der Herausbildung des modernen Staates sieht, aber seitdem als entfallen, ja im Anschluß an *Luhmann* zu einem Differenzierungsgebot im Interesse besserer bereichsspezifischer Konfliktlösungen transformiert betrachtet. Da mag doch die Frage erlaubt sein, ob nicht die auf der Volkssouveränität beruhende politische Einheit (auch mit Steuerungsfunktion gegenüber Sonderinteressen), im 19. Jahrhundert mit Erfolg unterdrückt, heute einige verfassungstheoretische Bedeutung hat (*K. Hesse*). Aber daraus ergibt sich für oder gegen die Amtshilfe in der Tat so wenig wie aus Schlinks Argumentation.

Gewichtiger und durchgängig überzeugend ist das bereits oben eingehend referierte Kap. 4 mit der Herleitung der Unzulässigkeit des Schlusses von der Aufgabe auf die Befugnis, vom Zweck auf das Mittel, speziell im Hinblick auf grundlegende dogmatische und

durch die Auffüllung der Befugnisreservoirs ohne konkrete Zweckumschreibung höchst aktuelle Probleme des Polizeirechts. Immerhin wäre die Bedeutung des so bestimmten Vorbehalts des Gesetzes umso geringer, je enger der Anwendungsbereich des so bestimmten Vorbehalts des Gesetzes ist. Das wirft die Frage nach dem Verhältnis zur Organisationsgewalt der Exekutive auf (Kap. 5) und bringt Schlink zur Auseinandersetzung mit den Thesen seines Lehrers *Böckenförde*. Soweit es um die Organisation der Eingriffsverwaltung geht, läßt sich jedoch schon für den Spätkonstitutionalismus eine Tendenz zur Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts konstatieren. Unter den Bedingungen einer präzisen Zuordnung von Aufgaben und Befugnissen (»Kompetenzen«, S. 142 f.) ist diese Erstreckung und Tragweite des Vorbehalts des Gesetzes heute zwingend. Für die konkrete Fragestellung hätte diese Feststellung ausgereicht.

Indessen holt Schlink hier zur Begründung besonders weit aus. In einer ebenfalls für sich lesenswerten Analyse von Dogmatik und Verfassungsrechtsprechung (S. 118–135) zeichnet er die Stellungnahmen zur Tragweite des Gesetzesvorbehalts mit kräftigen Strichen nach: den Gegensatz zwischen der Lehre vom Totalvorbehalt des Gesetzes und der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes nur für Eingriffe in Freiheit und Eigentum. Eine Annäherung der Konzepte erweist sich praktisch als möglich. Dabei fällt allerdings auf, daß der wohl relevanteste Mittelweg dorthin, die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Wesentlichkeitstheorie, ausschließlich als Variante der Lehre vom Totalvorbehalt verstanden wird, obwohl das Bundesverfassungsgericht dadurch in erster Linie die Regelung wesentlicher Fragen auch dann dem Gesetzgeber vorbehalten will, wenn die Frage der Grundrechtsbeeinträchtigung nicht zweifelsfrei ist: »Grundrechtliche Freiheit ist Freiheit zu Beliebigem und nicht etwa zu Wesentlichem und darum weder besonders noch gar ausschließlich im Wesentlichen geschützt. Die individuelle Freiheit sichernden Differenzierungen der Grundrechte und das politischen Zwängen gehorchende Kriterium der Wesentlichkeit sind so von verschiedener innerer Folgerichtigkeit.« (S. 124 unter Berufung auf *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, S. 200 ff.). Freiheit und Aufgabenbereich des Gesetzgebers, idealtypisch unbegrenzte Individualsphäre und demokratische Legitima-

tion des politischen Handelns sollen einander wesensfremd sein, »des verfassungstheoretischen Zusammenhalts entbehren.« (S. 125).

Daran ist unbestreitbar, daß grundrechtlich-rechtsstaatliche Freiheit und demokratisch-selbstbestimmende Freiheit zwei unterschiedliche Verfassungsprinzipien sind, ja daß diese auch in Widerstreit zueinander geraten können. Aber Schlink unterschlägt, daß Verfassungsinterpretation und rechtspolitische Gestaltung die Aufgabe einer größtmöglichen Integration und Zuordnung der Verfassungsprinzipien im Interesse der Wirkungskraft der Verfassung haben. Dem dient etwa die bundesverfassungsgerichtliche Lehre von der politischen Funktion und Wirkungskraft der Grundrechte, vor allem der Meinungsäußerungsfreiheit, von der sozialstaatlichen Funktion der Grundrechte – und in ähnlicher Weise die Wesentlichkeitstheorie. Gewiß läßt sich der Totalvorbehalt des Gesetzes demokratisch begründen. Aber er dient auch der demokratischen Steuerung einer rechtlich gestuften und damit rechtsstaatlichen Ordnung, so daß die Abstützung des Gesetzesvorbehalts durch das Bundesverfassungsgericht auf Art. 20 III GG ihren guten Sinn hat. Aus rein grundrechtlich-liberaler Sicht spricht für den Totalvorbehalt ferner der Preis und damit die unausweichliche Belastung des Bürgers für die Finanzierung staatlicher Leistungen. Der Schutz der Freiheit erfordert deshalb umfassende demokratisch-gesetzliche Legitimation des politischen Handelns, ja er besteht zu einem großen Teil darin. Dem dient die Wesentlichkeitstheorie: Sie ist deshalb liberal, demokratisch und sozialstaatlich zugleich.

Wer demgegenüber das rechtsstaatliche Prinzip isoliert, im Interesse der Freisetzung zu einem beliebigen Freiheitsgebrauch, schränkt damit demokratisch-sozialstaatliche Gestaltung nach bewährtem Weimarer und in der Bundesrepublik mit einigem Erfolg restauriertem Muster (z. B. BVerfGE 52, 283, 299 f. und dagegen zu Recht *Plander*, NJW 1980,

1084) ein. Zugleich entfesselt er potentiell den politischen Formbestandteil der Verfassung in einer Weise, die der vorhin zitierte Gewährsmann Schlinks vor 50 Jahren so famos vorexerziert hat und die bis heute ihre Gefährlichkeit nicht eingebüßt hat. Gegen diese – und weitere ähnliche – Anleihen Schlinks muß ich deshalb Widerspruch anmelden, und es ist ein besonderes Skandalon (= Ärgernis), dies bei Darlegungen in einem Rahmen tun zu müssen, der sonst so weithin überzeugt.

Zumal im praktischen Ergebnis und in der konkreten rechtspolitischen Haltung die Unterschiede nicht groß sind. Da die Wesentlichkeitstheorie den Eingriffsvorbehalt ausdehnt und nicht einschränkt, verdient Schlinks Forderung durchaus Zustimmung, daß auch »unwesentliche« Grundrechtsbeeinträchtigungen ernst zu nehmen sind (vgl. die bedenklichen praktischen Folgerungen aus zutreffenden theoretischen Erwägungen in BVerfGE 40, 237, 248). Es bedarf sehr sorgfältiger Überlegung, ob die (durch Schlink so überzeugend begründete) strikte Fassung des Gesetzesvorbehalts in bestimmten (welchen?) Bereichen gelockert werden soll, und gewiß ist im Leistungsbereich die Empfindlichkeitsschwelle niedriger, die sozialstaatliche Handlungsfähigkeit der öffentlichen Hand, etwa im Hinblick auf wirtschaftslenkende Subventionen, wichtiger, sind »die politischen Kosten des Rechtsstaats« (*Scharpf*) höher. Ebenso sind Schlinks Bedenken gegen die Deutung der Grundrechte als Teilhaberechte und seine Beiträge zu einer Rehabilitierung und besseren dogmatischen Ausschöpfung des Eingriffs- und Schrankendenkens (S. 135 ff., zur technischen Funktion sehr treffend S. 138 f.) von Gewicht. So überwiegt die Zustimmung zu dem Buch in den Folgerungen und im größten Teil der Argumentation; aber umso nachdenklicher stimmt das Bewußtsein einer Diskrepanz zu manchen staatstheoretischen Ausgangsthesen.

*Dian Schefold*