

# Buchbesprechungen

*Imke Sommer, Zivile Rechte für Antigone. Zu den rechtstheoretischen Implikationen der Theorie von Luce Irigaray, Baden-Baden (Nomos Verlag, Schriften zur Gleichstellung der Frau, Band 18), 1998, 198 S., brosch., DM 19,-*

Der Feminismus der 1970er und 1980er Jahre hegte zum Teil ein ähnlich distanziertes Verhältnis zum Recht wie das ehedem für den Marxismus galt. Da für letzteren das Recht lediglich als Überbau der gesellschaftlichen Verhältnisse zu gelten hatte, erübrigte sich für eine Großzahl marxistischer Denker eine nähere Auseinandersetzung mit dem Recht. Konsequenterweise hat es eine marxistische Rechtstheorie allenfalls in Ansätzen gegeben. Ohne die vielen Facetten der feministischen Gesellschaftstheorie und Philosophie zu stark zu verallgemeinern, lässt sich wohl sagen, daß das Recht generell als eine die maskuline Dominanz widerspiegelnde und perpetuierende Materie gesehen wird. Von daher verwundert es nicht, daß sich eine feministische Rechtstheorie erst allmählich zu entwickeln beginnt. Die meisten Ansätze sind dabei wohl unter amerikanischen Rechtswissenschaftlerinnen zu finden. In Europa lässt sich dagegen bisher kaum von feministischer Rechtstheorie als gesonderter Disziplin sprechen. Von daher ist es ein innovatives Unterfangen, aus den vorhandenen feministischen Theorien auf europäischem Raum ebenfalls Ansätze für eine feministische Jurisprudenz zu entwickeln. Imke Sommer hat es sich mit dem vorliegenden Band zur Aufgabe gemacht, die rechtstheoretischen Ansätze im Werk Luce Irigarays herauszuarbeiten.

Leider beschäftigt sich die Autorin ausschließlich mit deren Werk und versäumt es, uns biographische Hintergrundinformationen

über Irigaray zu geben, obwohl solche durchaus von Interesse sind. Die in den 30er Jahren in Belgien geborene und dort aufgewachsene spätere Linguistin, Psychoanalytikerin und Philosophin lehrte zunächst an einem Gymnasium in Brüssel, bevor sie Ende der 50er Jahre nach Paris übersiedelte. Dort ließ sie sich, u. a. bei Jacques Lacan, zur Psychoanalytikerin ausbilden. Sie war Gründungsmitglied der ältesten französischen Feministinnengruppe »Politique et Psychoanalyse« (Psych et Po). Nach ihrer Promotion lehrte sie mehrere Jahre an der Universität Paris VIII in Vincennes, wurde dann aber wegen ihrer kontroversen Dissertation, dem »Speculum« (s. u.), entlassen. Irigaray blieb in der feministischen Bewegung aktiv, lehnte es aber ab, einer bestimmten Gruppe anzugehören, und war/ist eine vielgefragte Vortragsrednerin in Europa und Nordamerika, wobei sie vielfach auf Veranstaltungen der kommunistischen Partei (jetzt PDS) in Italien auftrat. Seit etwa einem Jahrzehnt forscht sie am Pariser Centre National de Recherche Scientifique über die Unterschiede in männlicher und weiblicher Sprache.

Sommer bemüht sich in ihrer Bremer juristischen Dissertation, den Neostrukturalismus, auf dem Irigarays Theorie basiert, für die feministische Rechtstheorie fruchtbare zu machen. Glücklicherweise haben ihre beiden »Doktorväter«, Ralf Dreier aus Göttingen und Ulrich K. Preuß, vormals Bremen und jetzt FU Berlin, ihr dazu den notigen Freiraum gelassen, denn die Verfasserin mußte sich großenteils mit Materien befassen, die mit dem, was herkömmlich in rechtswissenschaftlichen Dissertationen behandelt wird, nur entfernt etwas zu tun haben. Um die rechtstheoretischen Implikationen der Theorie Luce Irigarays herauszuarbeiten, muß die

Autorin sehr weit ausholen. Im ersten Teil ihres Buches (»Grundlagen«) legt sie zunächst die neostrukturalistische Fundierung der Irigarayschen Theorie dar (Kapitel 1), um sich dann näher Irigarays »Dekonstruktion der symbolischen Ordnung des Geschlechterverhältnisses« zu widmen (Kapitel 2). In Kapitel 3 befaßt sich die Autorin sodann mit der »feministischen Diskussion um den Neostrukturalismus«. Zwar streift sie dabei bereits mit der Gleichheitsfrage rechtstheoretische Probleme. Der eigentlich rechtstheoretische Teil befindet sich aber erst in Kapitel 5 (»Von den ›droits sexués‹ zu den ›droits et devoirs civils pour les deux sexes‹«), Kapitel 6 (»Droits civils« als notwendige Voraussetzungen der »dialektisierten Dialektik«) und Kapitel 7 (»Die von Irigaray geforderten Rechte«) im Rahmen des zweiten Teils der Arbeit (»Rechtstheoretische Konkretisierungen – Zivile Rechte und Veränderungen der symbolischen Ordnung«). Im mit »Recht als symbolischer Code« überschriebenen Kapitel 4 beschäftigt sich die Autorin mit Irigarays Dekonstruktion der Hegelschen und der Sophoklesschen Verarbeitung des Antigone-Stoffes und damit mit Überlegungen, die nur peripher rechtstheoretischer Natur sind. Was dieser kurze Überblick über Imke Sommers Buch bereits offenbart, ist, daß es äußerst mühsam ist, die rechtstheoretischen Elemente im Werk der behandelten Feministin Irigaray herauszustillieren – zum einen, weil zunächst die wissenschaftlichen Wurzeln offengelegt werden müssen, zum anderen, weil die »Rechtstheorie«, soweit man sie als solche bezeichnen kann, nur aus der Gesamtheorie gewonnen werden kann. Insgesamt scheint die Untersuchung der Autorin – das ist jedenfalls mein Eindruck – aber auch weniger Rechtstheoretisches zutage gefördert zu haben, als die Autorin selbst erhofft haben mag.

Wenn die Verfasserin Irigaray dem neostrukturalistischen Theoriekreis zuordnet, so meint sie mit dieser Zuordnung die vor allem im französischen Raum entstandenen Ansätze, die sich im wesentlichen mit dem Verhältnis zwischen Sprache und Macht befassen (S. 15). Dies verweist zum einen auf den von dem Strukturalismus des französischen Linguisten Ferdinand de Saussure ausgehenden Gedanken, daß Sprache – weit interpretiert, also auch Riten und andere Symbole mitumfassend – nicht nur die Realität widerspiegelt, sondern auch die soziale Wirklichkeit konstruiere. Die Neostrukturalisten führten diesen

Ansatz fort, indem sie auf die Veränderlichkeit des durch die Sprache Bezeichneten, des »Signifikats«, hinwiesen. Jacques Derrida belegte diese, die ursprüngliche Bedeutung des sprachlichen Zeichens transzendernde Bedeutung mit dem Begriff »différance«, wobei durch die leicht veränderte Schreibweise zu »différence« (Differenz) deutlich gemacht werden sollte, daß mit dem Begriff nicht Andersartigkeit, sondern die denkbare Transzendenz der Bedeutung gemeint ist. Die Autorin greift den Vorschlag auf, dies im Deutschen mit der Schreibweise »Differanz« deutlich zu machen (S. 16–17). Von ausschlaggebender Bedeutung ist, daß für die Neostrukturalisten gesellschaftliche Herrschaftsverhältnisse zum großen Teil nicht offen sichtbar sind, sondern sich in der »symbolischen Ordnung« verborgen, die die ideologische Herrschaft zu sichern vermag. Weil die symbolische Macht im Verborgenen wirkt, bedarf sie keiner ausdrücklichen Legitimation (Pierre Bourdieu) (S. 20). Irigaray ergänzt diesen neostrukturalistischen Ansatz mit einer auf Jacques Lacan zurückgehenden, psychoanalytischen Komponente. Sie greift auf dessen These zurück, daß sich in der fröcklichen Spiegelstadiumsphase (6–18 Monate) die kindliche Identität mit Hilfe des eigenen Spiegelbildes entwickelt (S. 22), und konstruiert ihre eigene »Spiegelthese«. Danach ist es den Frauen in der gegenwärtigen Gesellschaft unmöglich, eine eigene Identität auszubilden; stattdessen dienen sie nur den Männern als Spiegel bei deren Identitätsbildung. Irigaray bezeichnet diese symbolische Ordnung, bei der die »sexuelle Differenz« ignoriert wird, als »Phallogozentrismus«, weil sie auf einem Denken beruht, das das Männliche mit dem Menschlichen gleichsetzt (S. 24). Anstatt andere Geschlechter anzuerkennen, kennt die symbolische Ordnung nur ein einziges Geschlecht, das sich als das eine – neutralisierte – Geschlecht für alle Menschen darstellt.

In ihrem 2. Kapitel befaßt sich die Autorin vor allem mit Irigarays Hauptwerk, dem »Speculum<sup>1</sup>«, in der die Spiegelthese näher ausgeführt wird. Sommer entfaltet dabei vor allem die psychoanalytische Fundierung der Irigarayschen Thesen. Dabei deutet sich aber bereits der entscheidende Schwachpunkt der Irigarayschen Dekonstruktion an. Nicht die Dekonstruktion der symbolischen Ordnung als solche steht im Mittelpunkt ihrer Überlegun-

<sup>1</sup> *Speculum de l'autre femme*, Paris 1974; dt. *Speculum, Spiegel des anderen Geschlechts*, Frankfurt/Main 1980.

gen, sondern die Dekonstruktion genannte Re-interpretation einzelner Theorieansätze. Ist es aber wirklich notwendig, die Freudschen Thesen im wesentlichen zu akzeptieren und nur gewissermaßen vom Kopf auf die Füße zu stellen, um zu erkennen, daß die gegenwärtige Gesellschaft allgemein und in sexueller Hinsicht ein maskulines/phallogozentrisches Weltbild perpetuiert? Die Autorin bemerkt zwar, daß Irigarays Texte zum Teil berechtigterweise als »nebulös« zu gelten hätten, mit denen sich die »Esoterikerin« nur an Eingeweihte richte (S. 30). Dennoch scheint sie die Esoterik der psychoanalytischen Ausführungen genug zu faszinieren, um eine Grundsatzkritik dieses Ansatzes zu unterlassen. Sowohl die an Freud anknüpfende Überbetonung des Phallischen in der frühkindlichen Entwicklung, wie die psychoanalytische Deutung des Inzestverbotes, das die Rückkehr in nicht-patriarchale Zustände verhindere, als auch Irigarays Akzeptanz von Freuds These, daß die phylogenetische (stammesgeschichtliche) Entwicklung der Menschheit im Unterbewußtsein aller Menschen wiederzufinden sei, wie schließlich auch Irigarays Rekonstruktion des Platonschen Höhlengleichnisses (Höhle als Metapher für die Gebärmutter) würden eine kritische Hinterfragung aber nahelegen. Dagegen scheint mit der Streit um die Frage, ob ein Matriarchat bzw. nicht patriarchale Gesellschaften existiert haben mögen, auf den die Autorin kurz eingehet (S. 34–37), obwohl einige Feministinnen ihm große Bedeutung schenken, recht müßig – als ob eine entwicklungsgeschichtliche Begründung für die Abschaffung männlicher Dominanz notwendig wäre.

Von größerem Interesse dürften dagegen die in Kapitel 3 behandelten Fragen sein, in dem Sommer vor allem die feministischen Sichtweisen zur Gleichheitsfrage behandelt. Sie nimmt darin Irigaray gegen den Vorwurf des Essentialismus in Schutz. Weder sei Irigaray eine Vertreterin des »Differenz-Feminismus«, der den biologischen Unterschieden zwischen Mann und Frau wesentliche Bedeutung beimesse, um darauf dann ein eigenes philosophisches Gebäude zu errichten (so der Vorwurf von Claudia Pinl), noch idealisiere sie eine »ursprüngliche Weiblichkeit« (so Ute Gerhard). Sommer interpretiert Irigaray dagegen als lediglich die Transzendenz der gegenwärtigen Ordnungfordernd, nicht als eine statische Sichtweise vertretend (S. 80–81). Allerdings muß sich auch Irigaray die grund-

sätzliche Frage stellen lassen, ob eine »Dekonstruktion« der gegenwärtigen symbolischen Ordnung möglich ist, ohne eine Vorstellung darüber, wie die Rekonstruktion aussehen sollte. Wie läßt sich feststellen, ob Entscheidungen im Rahmen individueller Lebensgestaltung auf nicht entfremdeter freier Entscheidung beruhen? Noch wichtiger aber: Kann, ohne genau aufzuzeigen, wie die Konstruktion stattgefunden hat, gesagt werden, wie sich die Individuen selbst konstruieren? Ist die Voraussetzung einer solchen autonomen Konstituierung, frei von jeglichem symbolischen Code, also von Kultur, Religion, Sprache, überhaupt denkbar, oder handelt es sich nicht vielmehr nur um die unrealistische Idee, Gesellschaft im Reagenzglas, frei von jeglichen Interessen, entwickeln zu wollen? Schließlich kann man in einem kybernetischen System sich gegenseitig beeinflussender Variablen nicht einfach von Null anfangen. Gesellschaftsveränderung kann wohl kaum damit beginnen, daß man das Konglomerat von Faktoren, das die Gesellschaft konstituiert, einfach ignoriert.

Wenn Irigaray dem Recht eine Schlüsselstellung bei der Veränderung der gegenwärtigen patriarchalischen Ordnung zuweist, weil dessen Veränderung an erster Stelle stehen müsse (S. 102), so scheint sie damit zwar eine Art reformistisch-feministische Position einzunehmen. Leider ist über ihre Aussage hinaus, daß das Recht Teil des symbolischen Codes sei, aber nicht erklärt, *wie* dieser Code verändert werden kann. Für eine Theoretikerin, die sich ausgiebig den verschicdenen, teils verborgenen Herrschaftsmechanismen widmet, ist dies recht verwunderlich. Sommer beschäftigt sich in ihrem 4. Kapitel ausführlich mit der Irigarayschen Dekonstruktion von Hegels Behandlung des Antigone-Themas in der »Phänomenologie des Geistes« und von Sophokles' Behandlung desselben Themas. Während bei Hegel nach Irigarays Ansicht dabei eine patriarchalische Sichtweise zu Tage tritt, steht für sie Sophokles' Version zwischen patriarchalischer und nicht patriarchalischer Denkweise (S. 108). Ich erspare mir hier, dies im einzelnen nachzuvollziehen. Mein Haupteinwand gegen Irigarays Dekonstruktion von Hegel und Sophokles ist, daß dies zwar literarisch und intellektuell hochinteressant sein mag, daß ich aber nicht zu sehen vermag, wie aus der Analyse/Dekonstruktion dieser Werke auch nur einigermaßen exakte Rückschlüsse auf den symbolischen

Code der gegenwärtigen Gesellschaft zu ziehen sind. Hegels »Phänomenologie des Geistes« stammt von 1806, also aus einer Zeit vor der industriellen Revolution, weit vor der formalen Gleichberechtigung von Mann und Frau, noch weiter vor der sog. »sexuellen Revolution« und vor der 1968er »Kulturrevolution«. Wieso vermag ein solcher Text uns etwas über die gegenwärtige symbolische Ordnung zu sagen – und wenn, wieviel? Hier wäre eine kritischere Behandlung Irigarays angebracht gewesen. Statt dessen bemerkt die Autorin ohne weiteren Kommentar: »Im »Speculum« thematisiert Irigaray die Stellung des Rechts in den abendländischen Gesellschaften anhand der Versionen des *Antigonestosfes*, die dieser bei Hegel und bei Sophokles gefunden hat. Ihre Grundannahme ist auch hier, daß die Dekonstruktion von Texten deren verborgene Implikationen und damit die symbolische Ordnung, in der sich das Bewußtsein der Autoren bewegt, aufdeckt.« (S. 107) Wenn Irigaray glaubt, den symbolischen Code an Hand von Untersuchungen einzelner Texte und Autoren offenlegen zu können, so erinnert dies sehr an die methodologische Wesensschau Edmund Husserls oder – um das modernere und für Irigaray naheliegendere Pendant zu nehmen – an die phänomenologische Vorgehensweise des französischen Existentialisten Jean-Paul Sartre, der sich – etwa in seinem Mammutwerk über Gustave Flaubert<sup>2</sup> – aber nicht auf die Analyse von Texten beschränkt hat. Wie auch immer, Irigarays Vorgehensweise scheint eher die einer Literaturkritikerin als die einer Sozialwissenschaftlerin. Von dieser Warte mag ihr fehlende wissenschaftliche Exaktheiten vorgehalten werden, womit auch der Vorwurf des Essentialismus wieder ins Spiel gebracht werden könnte.

In den Kapiteln 5 und folgende wendet sich Sommer dann den im engeren Sinne rechts-theoretischen Implikationen in Irigarays Werk zu. Irigaray kommt es darauf an, daß das Recht auf die sexuelle Differenz Rücksicht nehmen müsse. Anstatt von einem neutralisierten Geschlecht auszugehen, müßten die Gesetze die Menschen als sexualisierte Wesen wahrnehmen, wobei die Autorin deutlich zu machen versucht, daß Irigaray damit nicht auf die herkömmliche konstruierte bisexuelle Differenz abhebt. Anknüpfend an Hegels Vorstellungen von der bürgerlichen Gesellschaft und an die Modifizierungen seiner

Theorie durch Gramsci richtet sich Irigaray vor allem gegen die herkömmliche Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Rechten. Nicht der Staat, sondern die bürgerliche Gesellschaft verbürgt die »zivilen Rechte« des Individuums (S. 139). Im Gegensatz zu anderen Feministinnen erkenne Irigaray, so die Autorin, die »gesellschaftsverändernden Potentiale des Rechtes«, das für sie zwar in der derzeitigen Gesellschaft patriarchalisch geprägt sei, das aber nicht *per se* ein patriarchalisches Instrument sein müsse. Durch Zuerkennung »ziviler Rechte« an Frauen ließe sich die derzeitige »Unzivilität« beider Geschlechter aufheben (S. 142–146). Sommer hat sich in ihrer Arbeit erkennbare Mühe gegeben, den sprachlichen Nuancen im Werk Luce Irigarays Rechnung zu tragen. Sie ist nicht bei den gelieferten Übersetzungen ihrer Bücher ins Deutsche stehen geblieben, sondern hat die in der Übersetzung verwendeten Begriffe überprüft und ihnen zum Teil eigene, treffendere Übersetzungen beiseite gestellt. Dies ist ein Zeichen gründlicher wissenschaftlicher Arbeit. Auch wenn es angebracht ist, den Lesern und Leserinnen des öfteren den Irigarayschen Originaltext und die Übersetzung zu präsentieren, führt dies jedoch in Kapitel 6 dazu, daß der Duktus der Arbeit in der Aneinanderreihung von Zitaten weitgehend verloren geht. Gerade wenn Sommer dort auf Irigarays Anknüpfung an Hegelsche Dialektik (»dialektisierte Dialektik«) eingeht und sich damit einem bereits an sich schwer faßbaren Bereich zuwendet, wäre eine Zusammenfassung und Entschlüsselung von Irigarays Gedanken aus der Feder der Autorin hilfreicher gewesen. Wichtig bei den in diesem Kapitel gemachten Ausführungen über die Funktion des Rechts ist, daß es Irigaray darum geht, den Frauen eine eigene Identitätsbildung durch Zuerkennung besonderer ziviler Rechte zu ermöglichen. Teil der Dialektik in dieser Vorgehensweise ist es, daß es zwar darum geht, den gegenwärtigen Code aufzubrechen, um den Bedürfnissen und Wünschen der realen Personen gerecht zu werden, daß es angesichts des Ausgangspunktes der gegenwärtigen unterschiedlichen Situation aber notwendig ist, den Frauen zum Teil andere Rechte als den Männern einzuräumen (S. 160–161). Angreifbar in Irigarays Theorie ist dabei meines Erachtens vor allem ihre Vorstellung von der »realen Person« (das *Wesen*?), aber auch ihr starkes Abstellen auf Pflichten – des Staates, der auch gegenüber

<sup>2</sup> *L'Idiot de la famille*, Paris 1971, dt. *Der Idiot der Familie*, Reinbek bei Hamburg 1977

Institutionen wie der Familie absolute Priorität genießt, sowie des Einzelnen, der sich das Recht auf Identitätsbildung zur Pflicht machen müsse: »Allein diese Konzeption des Verhältnisses zwischen BürgerInnen und Staat, die sich auf das durch objektive Gesetze abgesicherte Recht auf eigene Identität stützt«, halte Irigaray für demokratisch, bemerkt Sommer. Dies klingt erschreckend nach dem richtigen Bewußtsein, daß man den zu befregenden BürgerInnen eintrichten müsse. Selbst wenn das eine zu weitgehende Interpretation sein sollte, steckt in einem solchen Satz doch soviel Sprengstoff, daß die Autorin ihn nicht unkommentiert hätte stehen lassen sollen.

Im letzten Kapitel ihrer Arbeit kommt Sommer dann auf die von Irigaray konkret geforderten Rechte zu sprechen. Sie räumt ein, daß die Formulierung dieser Rechte auf den ersten Blick enttäuschend wirke, da es sich bei keinem dieser Rechte um ein Novum in der feministischen Debatte handele. Erwähnt sind u. a. Menschenwürde, Recht auf menschliche Identität, gegenseitige Rechte und Pflichten zwischen Müttern und Kindern, Recht auf Widerstand gegen einseitig männliche Regelungen, geschlechterparitätische Repräsentation. Eine »Akzentverschiebung« erblickt die Autorin aber darin, daß die geforderten Rechte im Vergleich zum bisher Geforderten auf die Überwindung der bestehenden symbolischen Ordnung, auf die Zukunft bezogen seien (S. 166). Mir scheint die Verfasserin da zuviel Innovation aus Irigarays Forderungen herauszulesen. Schon eine der herkömmlichen Forderungen von Feministinnen, die nach Quotierung, ist sicherlich zukunftsbezogen und dazu bestimmt, gegenwärtige patriarchalische Strukturen aufzubrechen. In diesem Kapitel stellt Sommer Irigarays Konzeption auch anderen feministischen Vorstellungen gegenüber, vor allem den Vertreterinnen eines Rechtes auf Anderssein, also einer Konzeption von spezifischer weiblicher Identität, wie auch der liberalen feministischen Linie. Beiden wirft die Autorin im Endeffekt vor, die Frauen bereits in einer vorgegebenen symbolischen Ordnung konstituiert zu sehen, anstatt ihnen das Recht auf eigene Identitätswahl zuzuerkennen. An dieser Stelle wäre eine etwas weitergehende Betrachtung wohl angebracht gewesen, denn der Unterschied in diesen Ansätzen gehört zum Kern der gegenwärtigen feministischen Diskussion. Sommer hat sich aber an dieser Stelle schon so sehr mit

dem neostrukturalistischen Ansatz Irigarays angefreundet, daß sie die Möglichkeit differenzierter Ansätze auch in den von ihr verworfenen Konzeptionen nicht erwägt. So erscheint mir ein (sozial)liberaler Ansatz, der nicht die Freiheit des Individuums losgelöst von allen gesellschaftlichen Imponderabilien unterstellt, durchaus mit einem neostrukturalistischen Ansatz vereinbar. Soweit den liberalen Feministinnen das Befangensein am gegebenen status quo der Gesellschaft zum Vorwurf gemacht wird, deutet dies zum Teil auf eine zu theoretische, unrealistische Herangehensweise. Wer nicht die gegenwärtige Bedingtheit der »zu befregenden« Personen – und das gilt nicht nur im Rahmen der feministischen Debatte – zum Ausgangspunkt nimmt und ihre real existierenden Bedürfnisse und Probleme lediglich als unechte, durch den symbolischen Code manipulierte Bedürfnisse abtut, läßt die notwendige Dialektik vermissen, die auch gegenüber dem eigenen Standpunkt nötig ist, und setzt sich der Gefahr einer Robespierreischen Mentalität aus, die alles andere als demokratisch zu nennen ist. Wenn Irigaray besondere Rechte für Frauen fordert, so zeigt sich daran, daß ihr der nötige Realismus nicht vollends abhanden gekommen ist. Ganz unzweideutig ist ihre Position aber dennoch nicht. Wenn sie etwa fordert, daß die Frauen »bevorrechte Vormünder« minderjähriger Kinder sein müßten und dazu über besondere rechtliche Mittel verfügen müßten, wird die Zweischneidigkeit ihres Standpunktes deutlich. Wenn das Vormundschaftsrecht wie alles Recht dem symbolischen Code zuzurechnen ist, so würde eine solche Regelung nicht nur dem von Irigaray intendierten Schutz minderjähriger Kinder vor dem meist von Vätern ausgehenden Mißbrauch dienen; sie würde auch die symbolische Norm von der Mutter als die für die Kindeserziehung zuständige Person perpetuieren. Wenn es aber darum geht, der individuellen Situation des Individuums (auch des minderjährigen Kindes) gerecht zu werden, spricht vieles dafür, das Recht so flexibel wie möglich zu halten. Warum soll etwa der Mann – auch wenn er die klare Ausnahme darstellt –, der sich der Kindeserziehung gewidmet hat und die Kinder vor einer Mutter beschützt, deren Interessenverfolgung für die Identitätsentwicklung der Kinder abträglich ist, sich den Problemen eines sexualisierten Rechtes ausgesetzt sehen, das seine »sexuelle Differenz« übergeht? Imke Sommer hat sich mit Irigarays Theorien

sehr sorgfältig beschäftigt, auch wenn sie auf einige Unstimmigkeiten und Schwachpunkte in deren Theorie zu wenig eingegangen ist. Ein solches Resümee hängt sicherlich auch damit zusammen, daß der Rezensent die neostrukturnalistischen und psychoanalytischen Grundannahmen Irigarays nicht in gleicher Weise zu akzeptieren bereit ist. In rechtstheoretischer Hinsicht liegt die große Schwäche von Irigarays Ansatz aber weniger in diesen Prämissen. Vielmehr scheint es, daß sie sich weit mehr mit der Dekonstruktion des Rechts als symbolischem Code auseinandersetzt als mit der Frage, welche Strategien denn notwendig sind, um diesen Code zu verändern. Dies kann gewiß nicht auf dem Reißbrett der Philosophin geschehen, sondern bedarf praktischer Überlegungen, bei denen die Machtverhältnisse in der gegenwärtigen Gesellschaft miteinbezogen werden müssen. Bei Irigaray hat man mitunter den Eindruck, als könnte sich die Gesellschaft wie Münchhausen am eigenen Schopfe aus ihren eigenen Bedingtheiten ziehen. Mit der Feststellung, daß Recht Teil der symbolischen Ordnung darstellt, ist erst eine Beschreibung des *status quo* geliefert, die nichts über die Entstehungs- und Akzeptanzbedingungen von Recht vermittelt. Von einer Irigarayschen feministischen Rechtstheorie zu sprechen, scheint mir daher verfehlt. Die Stärke von Sommers Arbeit liegt darin, daß sie eine weitere Dimension in die feministische rechtstheoretische Debatte einbringt und damit gewissermaßen Neuland betritt. Allerdings unterläßt es die Autorin, die Konzeption Irigarays in einen breiteren Zusammenhang zu stellen. Die Berücksichtigung und Gegenüberstellung amerikanischer Ansätze in der feministischen Rechtstheorie hätte der Arbeit sicherlich gut getan, zumal hier Konzeptionen vorhanden sind, deren Vergleich mit denen von Irigaray sehr fruchtbar hätte sein können.<sup>3</sup>

Mansfred H. Wiegandt

<sup>3</sup> Siehe etwa Zillab R. Eisenstein, Feminism and Sexual Equality, 1984, nach der »gender« abgesieben von körperlichen Unterschieden »socially constructed« ist. Siehe auch Cass R. Sunstein, Feminism and Legal Theory, in: *Harvard Law Review*, Bd. 101, 826 (1987), der in dieser Rezension von Catherine A. MacKinnons »Feminism Unmodified« die verschiedenen Ansätze in der amerikanischen feministischen Rechtstheorie herausarbeitet. Siehe weiter Ann C. Scales, The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay, *Yale Law Journal*, Bd. 95, 1373 (1986), die u. a. die Abstraktheit des Gesetzes als Form männlicher Herrschaft kritisiert. Siehe schließlich noch Frances Olson, From Paternalism to False Equality: Judicial Assaults on Feminist Community, Illinois 1869–1895, in: *Michigan Law Review*, Bd. 84, 1518 (1986), die die Dialektik der Forderung nach gleichen/ungleichen Rechten für Frauen rechtshistorisch darstellt.

Harald Welzer, *Verweilen beim Grauen. Essays zum wissenschaftlichen Umgang mit dem Holocaust*, Tübingen (edition Diskord) 1997, 115 S. DM 28,-

127

Harald Welzer, Sozialpsychologe an der Universität Hannover, hat in den letzten Jahren eine Reihe wichtiger Arbeiten zu den inneren Mechanismen des NS-Systems vorgelegt. Sein methodisches Prinzip bestimmt er so: »(D)er interpretativen Sozialforschung (kann es) ... nur um die Entschlüsselung der Wahrnehmungsweise der Akteure gehen, wie sie ist, und nicht um deren Bewertung« (S. 54). Durch diese methodische Weichenstellung wird die sogenannte Bewertung des Systems von Auschwitz, Treblinka, Majdanek und der Vernichtungsverbände des Reichssicherheitshauptamtes aus der Analyse ausgeklammert. Erst »jenseits zweckdienlicher moralischer Rigorismen« könnte »über die deutsche Geschichte dieses Jahrhunderts« (S. 26) zureichend reflektiert werden. Welzer spricht gegenüber bisherigen Wahrnehmungs- und Erkenntnisformen des Holocaust vom »Dualismus von moralischem Rigorismus und interpretativem Leerlauf« (S. 67). So verschwindet die im Verwaltungsmassenmord sichtbare anti-normative Realität der Zerstörung des Rechts auf Leben »wissenschaftlich« weitgehend aus dem Blick.

Auf der Basis der einfachen Trennung technischer Machtvollzüge und normativer Fragestellungen entwickelt Welzer die zentrale These, daß die Ermordung der europäischen Juden auf den verschiedenen Stufen der Befehlshierarchie durch die verantwortlichen Täter sich in einer Sphäre der Normalität vollzog. Welzer geht, unter Berufung auf Goldhagen, davon aus, daß der »Massenmord tatsächlich von Menschen vollzogen worden ist, die damit allem Anschein nach keine schwerwiegenden Probleme hatten« (S. 11). Welzer meint, »daß der Vorgang des Massenmords sich nicht im Rahmen außerweltlicher Amoralität und einer historischen Auszeit vollzog, sondern im Kontext einer Normalität, die sich von der gegenwärtigen in vielerlei Belangen so sehr nicht unterscheidet« (S. 20).

Welzer arbeitet die deskriptiv erkennbare Handlungsmotivation der Täter schärfer heraus, als dies bisher geschehen ist. Auf dieses Moment des Vernichtungsprozesses ist sein Begriff von Normalität bezogen. Ähnlich wie bei Hannah Arendt<sup>1</sup> bezeichnet Normali-

<sup>1</sup> Hannah Arendt, *Organisierte Schuld* (1946), in: dies., *Siechs*

tät sowohl das nicht-kriminelle, kleinbürgerliche und bürgerliche Herkunftsmitieu der administrativen und exekutierenden Mörder als auch die bürokratisch-organisatorische Folgebereitschaft der verschiedenen Tätergruppen.

Mit der Hypostasierung dieser Sichtweise entgeht Welzer jedoch die für die Shoah bestimmende Dialektik der technischen »Normalität« der Täter und der millionenfachen Zerstörung der Normalexistenz der Opfer. Bei Hannah Arendt, der Welzer den Titel der Aufsatzsammlung entlieh, wird dagegen die berufsmäßige Rolle der Tötungsstrategen stets mit der Frage moralischer und rechtlicher Verantwortung gegenüber den Ermordeten zusammengedacht.<sup>2</sup>

Die a-moralische Verwendung des Begriffs der Normalität für jene, die die Juden zu Tode brachten, führt dazu, daß die Teilnahme am staatlichen Massenmord wesentlich in alltagssprachlichen, aus der Binnenperspektive der Täter gewonnenen Kategorien dargestellt wird. Die konstitutiven Beziehungen zwischen den Tätern und den einzelnen Opfern treten in den Hintergrund. Allein bei der Beschreibung der Juden, die in einem Sonderkommando in Auschwitz in die Rolle von Gehilfen bei der Ermordung ihrer Mitjuden gezwungen werden, rückt das Verhältnis zwischen ihnen und ihren menschlichen Objekten anschaulich und nicht ohne Empathie in den Blick – bis zu den lebenslangen Verstörungen, welche die durch die Mitwirkung an der Tötung ihrer Leidensgenossen noch weiter erniedrigten Juden in sich tragen.

Ansonsten bleiben die psychischen »Kosten« der Tat für die Täter unbeleuchtet. Historisch konkrete Untersuchungen, die die unterschiedlichen Reaktionsformen in den Ausrottungskommandos analysieren, die sich in Entsetzen, Gewöhnung oder Ablehnung des Mordauftrags äußerten, werden nicht für die Frage der psychischen Verfaßtheit der Täter herangezogen.<sup>3</sup> Auch die großen Prozesse in der Bundesrepublik gegen Verantwortliche

<sup>2</sup> Essays, Heidelberg 1948, S. 33; Hannah Arendt, Fernsehgespräch mit Thilo Koch (1964), in: dies., Ich will verstehen, ed. Ursula Ludz, München 1996, S. 40f.

<sup>3</sup> Ebd., S. 42 f.; Hannah Arendt, Was heißt persönliche Verantwortung unter einer Diktatur (1964), in: dies., Nach Auschwitz, ed. Eike Geisel/Klaus Bittermann, Berlin 1989, S. 81 ff.

<sup>3</sup> Christopher Browning, Ganz normale Männer. Das Reservepolizeibataillon 101 und die »Endlösung« in Polen (1992), Reinbek 1993; zur Analyse eines fungiblen, aber keineswegs »normalen« Auschwitz-Selbts vgl. eingehend Robert Jay Lifton, Ärzte im Dritten Reich (1986), Berlin 1998, S. 477 ff.

von Auschwitz und von Majdanek, aus denen sich die psychische Struktur der Täter in erheblichem Maße erschließen läßt, werden nicht ausgewertet.

Studien zu den Mechanismen der Täterpsychologie, die etwa Erich Fromm und Ernst Simmel vorgelegt haben, finden nicht einmal Eingang in das Literaturverzeichnis.<sup>4</sup> Dabei wäre eine Auseinandersetzung mit Fromms Analyse der psychischen Struktur von Himmler – als eines durch Sadismus als umfassendes Herrschaftsverlangen aus Ich-Schwäche bestimmten NS-Funktionärs, der eine gerade nicht »normale« seelische Verfaßung besitzt – angezeigt gewesen, zumal der Auschwitz-Kommandant Höß und andere Organisatoren des Massenmords in diesen Kategorien möglicherweise zu begreifen sind. Simmels 1946 in unmittelbarem Blick auf die Shoah geschriebene Untersuchung »Antisemitismus und Massenpsychopathologie« bleibt ebenfalls ungelesen, obgleich in ihr die Frage nach der Normalität bzw. der Nicht-Normalität der Mörder im Staatsauftrag systematisch behandelt wird. Simmel zeigt, daß bei den Tätern Normalität und Pathologie eigentlich verschränkt waren. Im Alltag, außerhalb der gegen die Juden gerichteten Projektionsmechanismen, wirkten die Menschen normal, während eine psychoseähnliche, a-normale Auflösung des Ichs zur Herstellung einer antisemitischen Gruppenidentität führte, die die Auslöschungsbereitschaft der Mordkommandos bedingte. Die Massenmörder waren von einem selbstreflexiven Ich vollständig getrennt.

Ein analytischer Blick auf den Antisemitismus als einem System »pathischer Projektion« (Horkheimer/Adorno)<sup>5</sup> hätte es unmöglich gemacht, die grob-einfache These von der Normalität der Täter aufrecht zu erhalten. Der Antisemitismus aber, der als eine Antriebskraft für die Täter, die Kommandeure der Vernichtungslager, die Einsatzgruppen, die Bürokratie nur um den Preis der Wirklichkeitserstörung wegzudenken ist, spielt für Welzer keine wesentliche Rolle. Die Frage einer – wie immer zu gewichtenden – Konstituierung der Täter durch den Juden-

<sup>4</sup> Erich Fromm, Anatomie der menschlichen Destruktivität (1973), Stuttgart 1974, insbes. S. 271 ff.; Ernst Simmel, Antisemitismus und Massenpsychopathologie, in: ders. (Hg.), Antisemitismus (1946), Frankfurt/M. 1993, S. 58 ff.

<sup>5</sup> Max Horkheimer/Theodor Adorno, Dialektik der Aufklärung (1944), Amsterdam 1947, S. 220 ff.; zur Gesamtgeschichte des staatlich gelenkten Antisemitismus vgl. Saul Friedländer, Das Dritte Reich und die Juden. Die Jahre der Verfolgung 1933 bis 1939, München 1998.

haß bleibt ungestellt. Dabei kann die Disposition derer, die den Vernichtungsprozeß lenkten, von dem amtlich hergestellten, entwürdigenden Bild der Opfer nicht getrennt werden. Ohne die vorherige Ent-Menschlichung der Juden, die nicht einmal mehr Feinde, sondern bloße Gegenstände von Tötungshandlungen waren, wäre die Shoah nicht möglich gewesen.

An die These der tendenziellen Normalität der NS-Täter schließt sich Welzers Bestimmung der Rolle der Wissenschaft im Prozeß der Vernichtung der Juden in gewissem Sinne an. Es heißt, daß sich der bürokratisierte Genozid »der fortgeschrittenen Wissenschaft jener Zeit« (S. 21) bediente. Ohne jedes Erkennen der aus unterschiedlichen reaktionären Versatzstücken zusammengesetzten Irrationalismen der NS-Ideologie meint Welzer, daß die NS-Utopie »eine vollkommen rational organisierte Ordnung zum Gegenstand habe« (S. 96). Welzer spricht daher auch von einer »rationalen Entscheidung zum Mord« (S. 13). Geblendet vom Selbstbild des NS-Systems entgeht Welzer die Unterscheidung zwischen der technischen Rationalität von Wissenschaft, die vor allem in der Medizin, in der Rechtswissenschaft, in der Natur- und Ingenieurwissenschaft für beliebige, insbesondere verbrecherische Ziele der Ausrottung von Menschen eingesetzt wurde und einer, die gesellschaftlichen Ziele intersubjektiv begründenden Wissenschaft, die die vernünftige Bestimmung gesellschaftlicher Zwecke zum Gegenstand hat.<sup>6</sup> Die NS-Tötungsstrategen folgten tatsächlich den Prinzipien der technischen Rationalität, die in einem Gesamtsystem »geregelten Wahnsinns« (Schelling) fungierten. Der instrumentelle Wissenschaftsbegriff der NS-Herrschaft kann mit Blick auf die Ermordung der Juden ohne Distanz nur übernommen werden, wenn von der konstitutiven Wucht »bürokratisierter Rechtlosigkeit« (Fraenkel) abgeschenkt wird. So aber schrumpft der Holocaust zu einem gleichsam technischen Vorgang zusammen, der von »wissenschaftlich« determinierten Tätern gelenkt wird.

Das Selbstverständnis der Täter wird in bestimmtem Maße mit dem wirklichen Geschehen der Shoah identifiziert. Welzer schreibt: »Auch die Installierung des Sinspruchs ‚Arbeit macht frei‘ über dem Lagereingang von Auschwitz geht auf eine Initiative von Höß

zurück und beinhaltet in dessen Perspektive keineswegs jenen Zynismus, den jeder Kommentator ihm seither (offenbar zu Unrecht, J.P.) unterstellt (!) hat. Höß begründet die Installierung dieses Schriftzugs nämlich ganz naiv mit der wichtigen Rolle, die Arbeit nach seiner Erfahrung als sinngebende Instanz für eine erträgliche Existenz in der Haft spielt« (S. 100). Höß’ Rechtfertigung des Leitspruchs von Auschwitz erscheint für Welzer, der die Darstellung des KZ-Kommandanten vom Januar/Februar 1947, die im polnischen Gefängnis auch zu Zwecken der Verteidigung geschrieben wurde, historisch nicht situiert,<sup>7</sup> näher an der Wirklichkeit. Was der Satz »Arbeit macht frei«, diese »mörderische Ironie« (Klüger), wirklich bedeutet, ergibt sich nicht aus der Reproduktion dessen, was sich im legitimatorischen Kopf des Administrators von Auschwitz abspielt, sondern aus der Realität des Lagers. Das hieß, daß diejenigen, die nicht mehr arbeiten konnten, »frei« für die Vergasung wurden, während die Arbeitenden, alles andere als frei, in die Sklaverei der Industrie in Auschwitz gezwungen wurden.

Einem anderen Täter, dem Arzt Romberg, der Experimente an Menschen mit tödlichem Ausgang durchgeführt hatte, und der im Nürnberger Ärzte-Prozeß vor Gericht stand, attestiert Welzer, daß er »in seiner Perspektive ... von höchster (!) Rationalität geprägt« (S. 66) gewesen sei. Die »damalige Rahmung der Situation« (S. 66), die nur einer »nachträglichen Wertung« (S. 67) zugänglich sei, fungiert als entscheidender Bezugspunkt. Die zeitgenössische normative, auch unter dem NS-Regime fortexistierende Position einer grundsätzlichen Geltung des Tötungsverbots, die nicht nur im polnischen Widerstand, sondern auch von einzelnen Vertretern der Oberschichten – wie Bischof Wurm – eingefordert wurde, blendet Welzer aus. Daß der tötende Arzt die Rationalität des hypokratischen Eides und des Mordparagraphen systematisch verletzt hat, bleibt beim »wissenschaftlichen Umgang mit dem Holocaust«, wie es im Untertitel des Buches heißt, außer Betracht.

Durch die unreflektierte Übernahme der Täterperspektive – mit Blick auf den Kommandanten der größten Massenvernichtungsstätte der deutschen Geschichte heißt es, daß man Höß’ »Schwierigkeiten meist ohne Probleme

<sup>6</sup> Vgl. Max Horkheimer, *Zur Kritik der instrumentellen Vernunft* (1947), Frankfurt/M. 1967.

<sup>7</sup> Zur historischen Einordnung s. Martin Broszat, Einleitung zu Rudolf Höß, *Kommandant in Auschwitz. Autobiographische Aufzeichnungen*, München 1963, S. 1 ff.

nachvollziehen und verstehen kann« (S. 103) – verschwindet das wichtigste Moment der Reflexion über die Ermordung der Juden: das von Raul Hilberg, dem scharfsichtigsten Analytiker des gesellschaftlich-politischen Bedingungsgefüges der Shoah, am Ende ins Zentrum gerückte Nicht-Verstehen.<sup>8</sup> Es bringt auch die Achtung vor den Ermordeten zum Ausdruck.

Bei Welzer nimmt das Verstehen irritierende Formen an. Höß erscheint wie ein vom antisemitischen System unterscheidbarer Manager eines Großunternehmens: »Das Handeln eines Täters wie Höß schrumpft vor dem Hintergrund eines solchen Konzepts (der Rollendistanz, J.P.), das eine Ausgangsbedingung für wissenschaftliches Handeln beschreibt, auf ein Normalmaß ein, und das beinhaltet zweifellos mehr Schrecken, als die insgeheime Hoffnung, er möge doch ein pathologischer Täter sein. ... Höß' Pathologie ... ist nichts anderes als die grundlegende Handlungsbedingung für Akteure in hochprofessionalisierten Funktionszusammenhängen ...« (S. 107 f.). Die anschauungserne technisch-soziologische Begrifflichkeit verfehlt die Signatur von Auschwitz: die Routinierung des Grauens. In den Grundbüchern über den Nationalsozialismus – von Neumanns »Behemoth« bis Kogons »NS-Staat« – ist dagegen der wissenschaftliche Gehalt vom Entsetzen über die staatliche Zurichtung und Tötung von Menschen nicht getrennt – beispielgebend bis heute.

Die Sprache Welzers hat mit seiner Sichtweise zu tun. Obgleich er vor einiger Zeit in einer differenzierten Sammelrezension neuerer Arbeiten über den Holocaust objektive Zynismen, etwa von Sofsky, ebenso sensibel wie kritisch notiert hatte<sup>9</sup>, ist die Sprache in dieser Studie durch den Blick von oben vielfach

technokratisch verdinglicht. Da hat, als sei dies eine plausible Erwägung, der Plan, die Juden nach Madagaskar zu deportieren, eine »bestechende Rationalität« (S. 80); da heißt es, als könne man das Konzentrationslager als ein Interaktionsmodell anschen, daß Höß »Auschwitz im besonderen auch als wissenschaftliches Setting wahrgenommen hat« (S. 99), da wird ebenso schlicht wie kühl die Einführung von Zyklon B als »technologisch(er) Fortschritt« (S. 100) qualifiziert; da gelten in einem eigenümlichen Euphemismus Vernichtungslager als »Schattenseite« (S. 62) des NS-Regimes.

Im Umgang mit der bisherigen Forschung begnügt sich Welzer nicht selten mit wenig ausgewiesenen Schnellurteilen über andere, zumal gedankenreiche Autoren. Über die »Dialektik der Aufklärung«, deren Antisemitismus-Kapitel die ideologischen und sozial-psychologischen Mechanismen zu erhellen sucht, die im Prozeß der Ermordung der Juden wirksam wurden, fällt Welzer in einem Halbsatz das Verdikt, daß deren Sicht in ihren »historischen Ursprungskonstruktionen« »höchst konventionell« (S. 77) sei, ohne auch nur ein Argument von Horkheimer und Adorno zu referieren, geschweige denn zu diskutieren.

Der Nationalsozialismus verliert durch Welzers methodisches Instrumentarium weitgehend seinen konkret-historischen Charakter. Er wird zu einem außer-normativ zu betrachtenden, technisch verstehbaren System, abgetrennt von seinen gesellschaftlichen und politischen Wurzeln. Die ermordeten Juden verschwinden im Schatten einer sog. Normalität, die – nota bene – durch die systematische Negation des Tötungsverbots definiert ist.

Joachim Perels

<sup>8</sup> Raul Hilberg, *Unerbetene Erinnerung*, Frankfurt/M. 1994, S. 175; ders., *Täter, Opfer, Zuschauer*, Frankfurt/M. 1992; ders., *Die Vernichtung der Juden 1933–1945* (1961), 3 Bde., Frankfurt/M. 1990.

<sup>9</sup> Harald Welzer, Rezension von James E. Young, *Beschreiben des Holocaust*, Frankfurt/M. 1992; Raul Hilberg, *Täter, Opfer, Zuschauer* (Fn. 8); Wolfgang Sofsky, *Die Ordnung des Terrors*, Frankfurt/M. 1993, in: *Kritische Justiz*, H. 3/1994, S. 381 ff. Kritisch heißt es in der Rezension: »Dieser fatale Hang, eine Realität, deren Überlieferung nicht zum wenigsten durch die Täter selbst geprägt ist, aus eben dieser Täterperspektive zu reimaginieren, durchzieht das ganze Buch Sofskys ... (D)einer solchen Darstellung fällt schmerzlich auf, wie schief eine Auseinandersetzung mit Phänomenen werden kann, wenn sie sich nur auf den immananten Bereich der Vollzüge kapriziert.« (S. 386). Schließlich konstatiert Welzer: »Sofskys Auseinandersetzung mit dem System der Konzentrationslager (steht, J.P.) ihrerseits in einem Kontext von Annäherungsversuchen an eine letztlich in einem genauen Sinne nicht nachvollziehbaren Realität. ...« (S. 387).

Ernst Fraenkel, *Gesammelte Schriften*, Bd. 2: *Nationalsozialismus und Widerstand*, hrsg. von Alexander v. Brünneck, Baden-Baden 1999, 676 S., DM 138,-

Band 2 und Band 3 von Ernst Fraenkels »Gesammelten Schriften« sind erschienen<sup>1</sup>. Die Thematik beider umfangreicher Bände ist au-

<sup>1</sup> Ernst Fraenkel, *Gesammelte Schriften*, Bd. 2: *Nationalsozialismus und Widerstand*, hrsg. von Alexander von Brünneck; Bd. 3: *Neuaufbau der Demokratie in Deutschland und Korea*, hrsg. von Gerhard Göhler unter Mitarbeit von Dirk Rüdiger Schumann, beide Baden-Baden 1999. Vgl. zu Bd. 1: *Recht und Politik in der Weimarer Republik*, hrsg. von Hubertus Buchstein unter Mitarbeit von Rainer

berordentlich unterschiedlich, so daß es angemessen erscheint, sie getrennt voneinander zu rezensieren. Der nachfolgend besprochene Band 2 enthält als Hauptwerke den »Doppelstaat« und den »Urdoppelstaat« sowie eine Reihe von Beiträgen zum Nationalsozialismus, die zum Teil in der Zeit von 1934 bis 1937 verfaßt und unter verschiedenen Pseudonymen in der Pariser Emigrationszeitschrift »Sozialistische Warte« publiziert wurden, zum Teil nach der 1938 erfolgten Emigration Fraenkels in den USA erschienen sind. Veröffentlicht werden in Band 2 ferner vier Beiträge zu Problemen des Nationalsozialismus, die Fraenkel nach seiner Rückkehr aus der Emigration in der Zeit zwischen 1957 bis 1960 geschrieben hat. Die Einzelbeiträge thematisieren teilweise ihrerseits Probleme des »Doppelstaats«. So findet sich in der 1937 erschienenen Abhandlung »Das Dritte Reich als Doppelstaat« (S. 504 ff.) bereits das Konzept zum »Urdoppelstaat« und zum »Doppelstaat«, während die zentralen Thesen des »Doppelstaats« im 1960 publizierten Beitrag »Auflösung und Verfall des III. Reiches« (S. 608 ff.) eine Modifikation aufgrund des Zeitfaktors erfahren: die im 1938 verfaßten »Doppelstaat« zwangsläufige Nichtberücksichtigung der Endphase des NS-Systems wird nunmehr ergänzt durch den Blick auf den Nationalsozialismus insgesamt und den sich vollziehenden Zerfall aller auch nur rudimentären Rechtsstrukturen. Im übrigen geht es in den in der Zeit vor Fraenkels erzwungener Emigration (1938) unter Pseudonymen verfaßten Beiträgen vornehmlich um die Perversion des Rechts im NS-Staat (In der Maschine der politischen Strafjustiz, 1934, S. 475 ff.; »Revolution« im Strafrecht, 1935, S. 485 ff.), um die Charakteristika nationalsozialistischer Herrschaft (Presse-Reform, 1936, S. 498 ff.) und um die Notwendigkeit des Widerstandes (Der Sinn illegaler Arbeit, 1935, S. 491 ff.). In den im vorliegenden Band publizierten Aufsätzen, die Fraenkel in der Zeit von 1939–1943 in den USA verfaßt hat, werden teils internationale Beziehungen (German-Russian Relations since 1918. From Brest-Litorsk to Moscow, 1940, S. 532 ff.) thematisiert, teils werden Porträts deutscher Konservativer (Ein in die Irre gegangener deutscher Konservativer: Hermann Rauschning – Appeaser Nummer 1, 1941, S. 556 ff.) rsp. deutscher Industrieller und ih-

rer tatkräftigen Unterstützung Hitlers und seiner Clique gezeichnet (Die Beichte eines Toren – Einige Bemerkungen zu Fritz Thysen's Buch. – Die Nazi-Idee des »Monopol-Proletariats«, 1941, S. 563 ff.). Publiziert wird auch Fraenkels Kritik von Franz Neumanns »Behemoth« (Das Produkt des Großkapitals – Ein neues Buch über den Aufbau des Hitler-Staates: »Behemoth« von Franz Neumann, 1942, S. 576 ff.), in der Neumanns Analyse des monopolkapitalistischen Charakters des Deutschen Reiches bewundert, der Mangel einer Zusammenschau der einzelnen Komponenten des NS-Systems aber kritisiert wird. Der vorliegende Band umfaßt ferner vier Beiträge aus der Zeit nach Fraenkels Rückkehr aus der Emigration nach Deutschland (1951), die sich mit der Thematik Nationalsozialismus und Widerstand beschäftigen (Judenfrage, 1957, S. 583 ff.; Zur Auseinandersetzung mit Carl Schmitt, 1957, S. 595 ff.; Zur Entstehung des Faschismus, 1960, S. 600 ff. sowie der bereits zitierte Aufsatz Auflösung und Verfall des Rechts im III. Reich, 1960, S. 608 ff.). Besonderer Erwähnung bedarf, daß der Band mit einer Reihe von Dokumenten aus den Jahren 1934 bis 1940 in Faksimile abschließt, darunter die Rücknahme von Fraenkels Zulassung als Rechtsanwalt sowie die Bekanntmachung über den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit vom 15. Juli 1940.

Für die im vorliegenden Band veröffentlichten Hauptwerke Fraenkels, den »Urdoppelstaat« und den »Doppelstaat«, ist das dem Band vorausgestellte Vorwort von Alexander v. Brünneck von besonderer Bedeutung, weil es Aufschluß über die Entstehung beider Werke gibt. Fraenkel schrieb die erste Fassung des »Doppelstaats« noch vor seiner Emigration (1938) im nationalsozialistischen Deutschland. Das Manuskript gelangte in französischem Diplomatengepäck ins westliche Ausland, wurde von Fraenkel in den USA überarbeitet, ins Englische übersetzt und unter dem Titel »The Dual State« um die Jahreswende 1940/41 in New York publiziert. Nach Fraenkels Rückkehr nach Deutschland im Jahre 1951 wurde das Werk ins Deutsche zurückübersetzt und 1974 – von Fraenkel autorisiert – publiziert. Dieser rückübersetzten deutschen Fassung des »Doppelstaats« steht seine Urfassung gegenüber, die im hier vorgestellten Band 2 von Fraenkels »Gesammelten Schriften« als »Urdoppelstaat« zum ersten Mal publiziert wird. Es handelt sich um den

Kühn, Baden-Baden 1999, die Rezension von Ilse Staff, KJ 1999 (2), S. 324 ff.

Abdruck von Abschriften des Manuskripts des »Doppelstaates«, wie es im November 1938 vorlag; zu Recht spricht der Herausgeber vom »Urdoppelstaat« als von einem singulären historischen Dokument, nämlich der einzigen innerhalb Deutschlands während der NS-Zeit ausgearbeiteten umfassenden kritischen Analyse des Regimes (Vorwort, S. 22)<sup>2</sup>. Die Unterschiede zwischen dem »Doppelstaat« (1941/1974) und dem »Urdoppelstaat« (1938) ergeben sich bereits daraus, daß Fraenkel in die (englisch sprachige) Publikation des »Doppelstaats« von 1941 Änderungen des Manuskripts hat einfließen lassen, die den amerikanischen Lesern die Situation im nationalsozialistischen Deutschland begreiflich machen sollten und die in der Rückübersetzung (1974) erhalten geblieben sind, während sie – der Publikationsgeschichte entsprechend – im »Urdoppelstaat« fehlen. Bei einem genauen Vergleich beider Fassungen von Fraenkels Werk werden aber zusätzlich weitere inhaltliche Differenzen deutlich: Wenngleich auch der »Doppelstaat« empirisch orientiert ist (Rechtsprechungsanalysen spielen eine erhebliche Rolle in der Darstellung), so treten doch im »Urdoppelstaat« die rechtstatsächlichen Quellen noch stärker hervor; vor allem aber akzentuiert Fraenkel im »Urdoppelstaat« seinen klassentheoretischen Ansatz schärfster als im »Doppelstaat«. Trotz der erwähnten Abweichungen in den einzelnen sind die vornehmlichen Argumentationsstränge in beiden Werken übereinstimmend<sup>3</sup>. Erheblich ist zunächst, daß Fraenkel sich nicht auf die Vermengungen von Staats- und Parteinstanzen im nationalsozialistischen System einläßt (die Franz Neumann 1942 im Behemoth thematisieren sollte), sondern den Begriff des States verwendet »als Bezeichnung für den gesamten öffentlichen Apparat, der aus dem Staat im engeren Sinne und der Partei einschließlich ihrer Hilfs- und Nebenorganisationen besteht« (S. 51). Es geht ihm nicht um eine Gesamtdarstellung des na-

tionalsozialistischen Rechtssystems, sondern um die Analyse des in seiner Sicht bestehenden »Doppelstaats«, von dem nur gesprochen werden kann, »wenn die Staatsgewalt strukturell einheitlich organisiert ist, ihre Handhabe jedoch funktionell nach verschiedenartigen Methoden in Erscheinung tritt« (S. 206). Diese »Methoden« drücken sich für Fraenkel in zwei unterschiedlichen Herrschaftssystemen, dem »Maßnahmestaat« und dem »Normenstaat«, aus. Er definiert: »Unter ›Maßnahmestaat‹ verstehe ich das Herrschaftssystem der unbeschränkten Willkür und Gewalt, das durch keinerlei rechtliche Garantien eingeschränkt ist; unter ›Normenstaat‹ verstehe ich das Regierungssystem, das mit weitgehenden Herrschaftsbefugnissen zwecks Aufrechterhaltung der Rechtsordnung ausgestattet ist, wie sie in Gesetzen, Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakten der Exekutive zum Ausdruck gelangen« (S. 49). Der Normenstaat ist nicht etwa eine »Abart des Rechtsstaats« (S. 124; vgl. auch: Auflösung und Verfall des III. Reiches, 1960, S. 608 ff. (S. 609 u.S. 616); er stellt ein Geslecht von Regelungen dar, das unter der Kompetenzkompetenz des Maßnahmestaats steht (S. 113). Die gesamte Rechtsordnung ist der Disposition der politischen Instanzen unterworfen, die keinerlei rechtlicher Begrenzung, sondern lediglich einer zweckmäßigkeitsoorientierten Selbstbeschränkung unterliegen (S. 114, S. 118, S. 122 f.). Der politische Sektor bildet ein rechtliches Vakuum, wobei »politisch ist, was die politischen Instanzen für politisch erklären« (S. 98). Der Maßnahmestaat hat die Unverbrüchlichkeit des Rechts beseitigt. Fraenkel versucht, seine Thesen anhand einer Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen zu belegen, an denen er den – teilweise – Rückgriff auf vornationalistische oder auch nationalsozialistische normative Regelungen bzw. das Zurückweichen des Rechtsschutzes im politischen Sektor exemplarisch aufzeigt. Die gedanklichen Grundlinien von Fraenkels »Doppelstaat« lassen sich unter unterschiedlichen Gesichtspunkten diskutieren: unter rechtstheoretischen, ökonomischen und allgemein politischen.

Rechtstheoretisch arbeitet Fraenkel heraus, daß das nationalsozialistische System nicht auf rationalem Naturrecht, sondern auf einem Gemeinschaftsrecht als »biologisch fundiertem Naturrecht« basiert: »Der Staat ist eine von der biologisch begriffenen Volksgemeinschaft abgeleitete organische Erscheinung«

<sup>2</sup> Franz Neumanns Behemoth, Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944 erschien als 1. (nicht öffentliche) Aufl. London 1942; 2. Aufl. 1944; 3. Aufl. New York 1963. Die in Deutschland publizierte Ausgabe (Köln, Frankfurt am Main 1977) stellt die Übersetzung der in New York 1963 erschienenen 3. Aufl. dar. Otto Kirchheimers großer Aufsatz »Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus« wurde zuerst in englischer Sprache unter dem Titel »The Legal Order of National Socialism in the Studies in Philosophy and Social Science«, New York 1941, veröffentlicht und erschien dann in Kirchheimers Funktionen des Staats und der Verfassung, Frankfurt am Main 1972, S. 115 ff.

<sup>3</sup> Die nachfolgenden Zitate beziehen sich – wenn nicht anders vermerkt – auf den »Doppelstaat«.

(S. 188, S. 193). Die Lehre von der Gemeinschaft ist für Fraenkel »der Angelpunkt im gesamten nationalsozialistischen Rechtssystem; die Lehre von der Gemeinschaft umschließt den Dualismus von Normenstaat und Maßnahmestaat« (S. 194). Dies meint, daß der Begriff der Gemeinschaft dazu dient, diejenigen einzubeziehen, die zu den für die Volksgemeinschaft »aufbauenden« Kräften gerechnet werden, und diejenigen als »Feinde« auszgrenzen, denen der Gemeinschaftswert aus durchaus willkürlichen politischen Gründen aberkannt wird. Nur von dem positiv besetzten Gemeinschaftsbegriff aus lassen sich die Maßnahmen im Hinblick auf die von der politischen Führung stigmatisierten gemeinschaftsfeindlichen Kräfte rechtfertigen. Die jeweilige maßnahmerekthliche Dezision setzt das substantielle Gemeinschaftsdenken voraus. Weil die Gemeinschaft »im Recht steht«, der politische Sektor, von dem aus die Grenzen der Gemeinschaft bestimmt werden, aber ein »rechtliches Vakuum« (S. 55) darstellt, geht Fraenkel im Prinzip von einer Orientierung des nationalsozialistischen Rechtssystems an einer »materiellen« Gerechtigkeit, von einer Entformalisierung des Rechts aus (S. 102 f.). Im Prinzip, denn: Für das »Gemeinschaftsrecht« des Normenstaates nimmt er explizit die »Aufrechterhaltung der formalen Rationalität« an (S. 127; vgl. bereits: Das Dritte Reich als Doppelstaat, 1937, S. 510). Garanten des Normenstaates sind für ihn die Gerichte (S. 126/127)<sup>4</sup>. Er zieht u.a. eine Passage aus einer Rede von Göring heran, in der dieser darauf beharrt, die Gerichte seien – auch wenn sie glaubten, durch Anwendung der Gesetze Unrecht zu tun – an »das Gesetz als den niedergeschriebenen Willen des Führers gebunden«. Dies wird von Fraenkel als Äußerung gewertet, mit der »die Aufrechterhaltung der formalen Rationalität« garantiert hätte werden sollen (S. 127). Aber ganz abgesehen davon, daß schwerlich das Kriterium der formalen Rationalität herangezogen werden kann, wenn – wie im von Fraenkel wiedergegebenen Göring-Zitat – auf den Willen des Führers rekuriert wird<sup>5</sup>, dem aus Grün-

den der »Gefolgschaftspflicht« Gehorsam zu leisten ist, hatte Fraenkel das Weiterbesitzen einer Garantie formaler Rationalität bereits in der Endphase der Weimarer Republik selbst in Frage gestellt, als er die Auflösung des Gesetzesbegriffs und die sich daraus ergebenden Folgen für die Unabhängigkeit der Richter thematisiert hatte<sup>6</sup>. Für die Zeit des Nationalsozialismus ist die These von der durch den Gesetzesbegriff vermittelten formalen Rationalität durch nach dem Tod Fraenkels ansetzende Forschungen entschieden widerlegt worden. Weder hatten die nationalsozialistischen Gesetze (gleich ob »Regierungsge setze« oder Äußerungen des Führers) eine Struktur, die eine Bindung »unabhängiger« Richter zu bewirken vermochte, noch war die von der nationalsozialistischen Führung betriebene Justiz-Lenkung primär normativ geprägt<sup>7</sup>. Die Prinzipien der sog. materiellen Gerechtigkeit hatten das nationalsozialistische Rechtssystem zu dem Zeitpunkt, in dem Fraenkel den »Doppelstaat« absaßte, bereits weithin überwuchert. Daß Fraenkel dennoch auf der formalen Rationalität als Prinzip des Normenstaates insistiert, findet seine Erklärung ausschließlich darin, daß er auf die Unterschiedlichkeit von willkürlichen Maßnahmen einerseits und von Regelungen andererseits abstellt, denen im NS-Staat Normativität zugesprochen wurde, ohne daß es – wie Fraenkel ausdrücklich betont – eine rechtsstaatliche Normativität (mit Einhaltung entsprechender Formelemente) gewesen wäre (S. 124). Dies wird besonders deutlich in den Analysen, die Fraenkel im Hinblick auf das ökonomische System des NS-Staates vor nimmt.

Er hatte bereits 1931 und 1932 vermerkt, daß die Zeit des klassischen Konkurrenzkapitalismus vorbei sei und dem Monopolkapitalismus gewichen sei<sup>8</sup>. Im »Doppelstaat« unterstreicht er den monopolkapitalistischen Charakter nationalsozialistischer Wirtschaft

Rationalität, die jenseits jeder formalen Garantien der Erreichung der jeweils als optimal eingeschätzten Zwecke dient: Otto Kirchheimer, Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus (Fn. 2), S. 130/131.

<sup>4</sup> Ernst Fraenkel, Die Krise des Rechtsstaats und die Justiz (1931), in: ders., Recht und Politik in der Weimarer Republik (Fn. 1), S. 445 ff. (450 ff.).

<sup>5</sup> Vgl. dazu Ingeborg Mäus, »Gesetzesbindung« der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen, in: Recht und Justiz im »Dritten Reich«, hrsg. von Ralf Dreier und Wolfgang Sellert, Frankfurt am Main 1989, S. 8 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Ernst Fraenkel, Die Krise des Rechtsstaats und die Justiz (1931), S. 452; ders., Die Staatskrise und der Kampf um den Staat. Kursusdisposition (1932), S. 510 ff.; beides in: ders., Recht und Politik in der Weimarer Republik (Fn. 1).

<sup>4</sup> Kirchheimer, Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus (Fn. 2), S. 119 Anm. 35, kritisiert, Fraenkel habe die »Bedeutung einiger isolierter juristischen Entscheidungen... überschätzt«. Auch Ridder moniert, der »exzelle Rechtsprechungsbericht« Fraenkels setze »die Rolle der Justiz, die eine Bütterrolle par excellence geworden war, zu hoch an...«; vgl. Helmut Ridder, Zur Verfassungsdoktrin des NS-Staates, in: KJ (Hrsg.), Der Unrechts-Staat, Recht und Justiz im Nationalsozialismus, Frankfurt am Main 1979, S. 24 ff. (S. 32, Anm. 24).

<sup>5</sup> Vgl. zum »Führerwillen« als Ausdruck einer technischen

(S. 224 ff.), weist aber die Ansicht zurück, »der Nationalsozialismus erschöpfe sich darin, sozusagen der Hausknecht des deutschen Monopolkapitalismus zu sein« (S. 234/235). Allerdings vertritt er die Auffassung, das nationalsozialistische Regime messe – sozusagen aus Gründen der Systemerhaltung – im Gesamtbereich seiner Zielsetzungen der Wahrung kapitalistischer Interessen eine erhebliche Bedeutung bei (S. 236). Normenstaat und Maßnahmestaat dienen als »konkurrierende Herrschaftssysteme« (S. 101) diesen Interessen gleichermaßen; beide stellen ein »interdependentes Ganzes« dar (S. 124). Der Normenstaat funktioniert für ihn »offenkundig als das rechtliche Rahmenwerk für das Privateigentum: für die sachenrechtlichen und schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Staat und Wirtschaft« (S. 237); er soll »ein Minimum an Voraussehbarkeit« gewährleisten, »um die vermutlichen Folgen von Entscheidungen auf wirtschaftlichem Gebiet abschätzen zu können« (S. 237). Diese Aussagen bedeuten allerdings im Gesamtkontext des »Doppelstaat« nur, daß es für Fraenkel im Belieben der Machthaber des NS-Staates stand, auf der Einhaltung normativer Regelungen zu beharren, soweit dies der Aufrechterhaltung des bürgerlichen Klassenstaates diente; sie bedeuten nicht, daß es für ihn die Intention der nationalsozialistischen Führungseliten hätte sein können, ökonomische Prozesse mit dem Instrumentarium formal-rationaler Regelungen steuern zu wollen. Die normenstaatlichen Regelungen stehen vielmehr ihrerseits unter dem Vorbehalt des Maßnahmestaates als politischem Sektor, der auf die Ökonomie einwirkt: »Durch drastische Drohungen und gesetzlich nicht normierte Sanktionen vermag der Maßnahmestaat indirekt zum Erfolg der Wirtschaftspolitik der Regierung beizutragen, die insoweit terroristischen Charakter besitzt. Weil diese Androhungen weder vorausgesagt noch einkalkuliert werden können, ist der Maßnahmestaat sehr viel mächtiger als der Normenstaat ... Auf diese Art und Weise vermag der Maßnahmestaat auch das Verhalten der Kapitalisten und Unternehmer zu beeinflussen, obwohl sie nominell vom Normenstaat nicht nur kontrolliert, sondern auch geschützt werden« (S. 238/239). Diese Variabilität des Regelungsmodus im ökonomischen Sektor des nationalsozialistischen Systems (Anwendung normativer Regelungen und justitielle Kontrolle einerseits, Ergriffenheit von Maßnahmen andererseits) be-

kräftigt für Fraenkel die Einsicht, daß im Monopolkapitalismus die »substantielle Rationalität« einer »substantiellen Irrationalität« gewichen ist (S. 259) und bereits von daher staatliche Interventionen ein typisches Instrumentarium sind, um den Steuerungsbedürfnissen der Wirtschaft zu entsprechen. Ein Nebeneinander von normativen Regelungen und Einzelmaßnahmen ist für ihn mithin dem Monopolkapitalismus systemimmanent. Das »Evangelium der Effizienz« (S. 124) bestimmt die Wahl des jeweiligen Regelungsmodus. »Die Rechtsordnung des Dritten Reiches« weist insofern »eine weitestgehende funktionale Rationalität auf, um die Produktion und den Tausch nach kapitalistischer Methode zu regeln« (S. 267) und die Bedürfnisse der herrschenden Klasse hinsichtlich ihrer ökonomischen Existenz zu befriedigen (S. 206). Die »technisch-rationale Ordnung« des Normenstaates und die diktatorischen Maßnahmen der politischen Instanzen zielen gleichermaßen auf die Optimierung nationaler Wirtschaftskraft ab. Im Doppelstaat finden die Steuerungsbedürfnisse einer monopolkapitalistischen Wirtschaft ihren institutionellen Ausdruck. Diese Ausführungen Fraenkels verdeutlichen, daß sich für ihn die »Aufrechterhaltung der formalen Rationalität« im Normenstaat (S. 127) ausschließlich in dem rudimentären Bestehenbleiben normativer Regelungen und ihrer justitiellen Anwendung erschöpft, diese aber ihrerseits durch die Existenz des Maßnahmestaates jeglicher Garantie und damit auch jeglicher Rationalität entbehren. Die Möglichkeit eines beliebigen Einsatzes von Instrumentarien des Normenstaates oder des Maßnahmestaates zur ökonomischen Steuerung weist im Funktionsmodus des Gesamtsystems eine Willkür auf, die sich dem Attribut einer formalen Rationalität widersetzt. Otto Kirchheimer hat dies 1941 in seinem Aufsatz »Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus« in Auseinandersetzung mit Fraenkel's »Doppelstaat« überaus klar unterstrichen<sup>9</sup>.

Jenseits der spezifischen Funktionen, die Fraenkel dem »Doppelstaat« insbesondere auf ökonomischem Gebiet zuschreibt, ist allgemein politisch von besonderer Bedeutung, daß er als Chiffre für einen Ausnahmezustand fungiert, dessen Ursprünge Fraenkel historisch vor allem an der brandenburgisch-preußischen Verfassungsgeschichte nachzuweisen

<sup>9</sup> Otto Kirchheimer, Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus (Fn. 2), S. 129 f.

versucht (S. 209 ff.) und der für ihn in der Weimarer Republik »im Nebeneinander von außerordentlicher Präsidialgewalt aufgrund von Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung einerseits und der Aufrechterhaltung eines beträchtlichen Teiles der rechtsstaatlichen Ordnung andererseits« in seiner dualistischen Struktur wiederum in Erscheinung tritt (S. 221 f.). Das nationalsozialistische Regime ist insgesamt »im Belagerungszustand«; seine Verfassungsurkunde ist die Notverordnung zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933, mit der dem politischen Sektor die absolute Präferenz zugesprochen wurde (S. 55 ff., S. 149; vgl. auch im gleichen Sinn: Auflösung und Verfall des Rechts im III. Reich, 1960, S. 610). Der jederzeit mögliche Zugriff der die »das Politische« repräsentierenden nationalsozialistischen Instanzen auf die rudimentären Reste des Normenstaats bestätigt – wie Fraenkel anhand von Fällen aus der Rechtsprechung nachweist – die Permanenz des »zivilen Ausnahmezustandes« sowohl auf materiellrechtlichem wie auf prozessualen Gebiet (S. 107 f.). Die Unverbrüchlichkeit des Rechts ist beseitigt; die nicht »positiv aufbauenden Kräfte im Volk« werden hors de la loi gestellt (S. 118/119) und bewirken durch ihre Ausgrenzung eine zusätzliche Integration der Volksgemeinschaft (S. 243). Fraenels Sicht des nationalsozialistischen Staates als System eines permanenten zivilen Ausnahmezustandes erinnert in aller Schärfe daran, daß jede Ausdünnung rechtastratlicher Garantien (auf nationaler, europäischer, internationaler Ebene) in die Richtung jenes Doppelstaats zu führen droht, dessen willkürlichen Charakter Fraenkel beschreibt.

Ilse Staff

William E. Scheuerman, Carl Schmitt. *The End of Law*, Lanham, Maryland et al. (Rowman & Littlefield Publishers, Inc.) 1999, 345 S., § 70.

Nach dem großen Erfolg seines ersten umfangreicher Werkes, das die Verbindungen zwischen Carl Schmitt und dem »politologischen Flügel« der Frankfurter Schule (Franz L. Neumann, Otto Kirchheimer) zum Thema hat<sup>1</sup>, legt Scheuerman eine weitere Monogra-

<sup>1</sup> William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt School and the Rule of Law*, MIT Press Cambridge, Mass. 1994.

phie über Schmitt vor, die versucht, den meist nicht offen zutage liegenden Einfluß Schmitts auf wichtige Sozialwissenschaftler nachzuweisen. Eine wesentliche Absicht Scheuermans ist es dabei auch, der in der US-amerikanischen Rezeption weit verbreitete apologetischen und/oder schlicht oberflächlichen Lesart Schmitts in aller Deutlichkeit entgegenzutreten, die in den letzten Jahren die Oberhand gewonnen hat. Dort wird immer wieder darauf hingewiesen, Schmitt habe zur NS-Ideologie nur »Lippenbekenntnisse« abgegeben, sei selber Verfolgter gewesen. Niemals habe es vor der »Machtergreifung« durch die Nationalsozialisten auch nur »the slightest anti-Semitic note in any of Schmitt's writings or personal and professional relations«<sup>2</sup> gegeben. Selbst wenn diese Aussage zutreffen sollte, geben doch die Veröffentlichungen Schmitts vor allem während der dreißiger Jahre, aber auch seine Tagebuchaufzeichnungen nach Ende (!) des Zweiten Weltkriegs<sup>3</sup> hereditäres Zeugnis von seinen antisemitischen Einstellungen. Selbst wenn Schmitt vor 1933 kein Antisemit war, ab 1933 war er es ganz bestimmt, und er blieb es.

Zu diesem Problem kann Scheuerman eine interessante Perspektive hinzufügen, indem er in dem ersten Kapitel seines Buches »The Crisis of Legal Indeterminacy« einen großen Bogen zwischen dem Carl Schmitt des Jahres 1912 und dem des Jahres 1933 schlägt (17 bzw. 115). In seiner Untersuchung »Gesetz und Urteil« war Schmitt von der Frage »Wann ist eine richterliche Entscheidung richtig?« ausgegangen und war nach einer ausführlichen Diskussion des Postulats der Rechtsbestimmtheit und einer Auseinandersetzung mit der damals modischen Freirechtsbewegung zu folgender Antwort gelangt: »Eine richterliche Entscheidung ist heute dann richtig, wenn anzunehmen ist, daß ein anderer Richter ebenso entschieden hätte. »Ein anderer Richter« bedeutet hier den empirischen Typus des modernen Richters.<sup>4</sup> Da also durch das Gesetz selbst Rechtsbestimmtheit und damit

<sup>2</sup> Ein deutliches Beispiel für diese Tendenz ist etwa Joseph W. Bendersky, Carl Schmitt at Nuremberg in: *Telsz* 72 (Sommer 1987), S. 91–129, hier S. 95. Bendersky übernimmt völlig Schmitts uneinsichtige Selbsteinschätzung, wie sie sich etwa in seinen Verhören durch Robert M. W. Kempner zeigte, deren Mitschriften auf den genannten Aufsatz folgen. Vgl. auch die Monographie desselben Autors: Carl Schmitt: Theorist for the Reich, Princeton 1983.

<sup>3</sup> Carl Schmitt, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947–1951*, hrsg. v. Eberhard v. Medem, Berlin 1991.

<sup>4</sup> Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Berlin 1912, S. 71.

Erwartungssicherheit nicht zu erreichen sei, könne diese nur durch die empirische Beschaffenheit der Richterschaft sichergestellt werden. Die erforderliche »Homogenität« (ein in der Theorie Schmitts immer wieder auftauchender Begriff) in der Richterschaft habe es, so Scheuerman, wenn überhaupt, höchstens in der Kaiserzeit gegeben [24]. Sie wurde durch die stark eingeschränkte Zulassung zum Jurastudium – Arbeiterkinder wurden nun einmal nicht Richter – und durch die Reglementierung des Studiums selbst erreicht. Die Frage, wie in der komplexer werdenden Welt noch Rechtssicherheit erhalten werden könnte, trieb Schmitt weiterhin um. Es war klar, daß unter den veränderten Bedingungen nach Einführung der Weimarer Reichsverfassung 1919 Schmitts Antwort von 1912, so ungenugend sie damals schon gewesen sein mochte, keinesfalls mehr gelten konnte. Wenn durch die Reform der Gesetze nichts zu erreichen sei, zumal nicht in dem von Schmitt favorisierten autoritären Sinn, wenn im Parlament sämtliche sozialen Schichten der Bevölkerung repräsentiert waren, sah Schmitt einen möglichen Ausweg: »Legal reform requires a reform of legal decision makers.« [17, Hervorhebung im Original]. In diesem Sinne lieferte der Nationalsozialismus genau das Puzzleteil, das Carl Schmitt noch fehlte: In »Staat, Bewegung, Volk« (1933) legte er dar, wie auslegungsfähig und –bedürftig die Generalklauseln der meisten Gesetze seien, und suchte die Lösung des Problems aber natürlich nicht in einer Forderung nach einer genaueren textlichen Bestimmtheit der Normen, sondern in der Homogenität der Richterschaft, die nun aber nicht mehr sozial, sondern rassistisch begründet wurde: »Es gibt hier nur einen Weg; der nationalsozialistische Staat hat ihn mit großer Bestimmtheit beschritten, und Staatssekretär Freisler hat ihm in der Forderung ›Nicht Justizreform, sondern Juristenreform‹ das klarste Kennwort gegeben. Wenn eine unabhängige Rechtspflege weiterhin bestehen soll und trotzdem eine mechanische und automatische Bindung des Richters an vorher bestimmte Normierungen nicht möglich ist, so hängt eben alles von der Art und dem Typus unserer Richter und Beamten ab. [...] Wir wissen nicht nur gefühlsmäßig, sondern auf Grund strengster wissenschaftlicher Einsicht, daß alles Recht das Recht eines bestimmten Volkes ist. Es ist eine erkenntnistheoretische Wahrheit, daß nur derjenige imstande ist, Tatsachen

richtig zu sehen, Aussagen richtig zu hören, Worte richtig zu verstehen und Eindrücke von Menschen und Dingen richtig zu bewerten, der in einer seismäßigen, artbestimmten Weise an der rechtschöpferischen Gemeinschaft teil hat und existenziell ihr zugehört. Bis in die tiefsten, unbewußtesten Regungen des Gemütes, aber auch bis in die kleinste Gehirnfaser hinein, steht der Mensch in der Wirklichkeit dieser Volks- und Rassenzugehörigkeit. Objektiv ist nicht jeder, der es sein möchte und der mit subjektiv gutem Gewissen glaubt, er habe sich genug angestrengt, um objektiv zu sein. Ein Artfremder mag sich noch so kritisch gebärden und noch so scharfsinnig bemühen, mag Bücher lesen und Bücher schreiben, er denkt und versteht anders, weil er anders geartet ist, und bleibt in jedem entscheidenden Gedankengang in den existenziellen Bedingungen seiner eigenen Art. Das ist die objektive Wirklichkeit der »Objektivität«.<sup>5</sup> Man kann ergänzen, daß es von der intellektuellen Ausgrenzung der »anders Gearteten« bis zu ihrer physischen Vernichtung, die in Schmitts »Begriff des Politischen« (1927/1932) ohnehin schon immer mitgedacht wurde, nur noch ein kleiner Schritt war. Nachdem Ingeborg Maus bereits vor dreißig Jahren der Legende von einer »Zäsur von 1933« in der Theorie Carl Schmitts in bezug auf deren soziale Funktion entgegentreten war<sup>6</sup>, ist es nun das Verdienst Scheuermans, aufgezeigt zu haben, daß Schmitts Wendung zum Rassismus nicht nur bloßer Opportunismus eines Geltungsbedürftigen war, sondern daß der Antisemitismus theorieimmanent einfach »paßte«.

Die folgenden Passagen des ersten, größeren Hauptteils von Scheuermans Buch befassen sich mit der Theorie Schmitts in seinen einflußreichsten Jahren während der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus bis etwa zu Beginn des Zweiten Weltkrieges, wobei Scheuerman sich an der Schmittschen Kritik der Schwächen der liberalen Rechtssetzung und Rechtsanwendung orientiert und diese den Roten Faden darstellt. Scheuerman geht ausgesprochen sorgfältig und systematisch vor, indem er jeweils die Thesen Schmitts

5 Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg 1933, S. 44–45, Hervorhebung im Original.

6 Ingeborg Maus, *Zur »Zäsur« von 1933 in der Theorie Carl Schmitts* (erstmals 1969), in: dies., *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München 1986, S. 93–110; vgl. allgemein dies., *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, München<sup>2</sup> 1980.

vorstellt und dann in einem zweiten Schritt versucht, ihre Unhaltbarkeit aufzuzeigen, wobei er fast immer erfolgreich ist.

So zeigt Scheuerman etwa für die bekannte Kritik des Weimarer politischen Systems in »Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus« (1923/26), daß Schmitt den Weimarer Reichstag mit einem Modell der parlamentarischen Deliberation vergleicht, das niemals in der Geschichte so vorbildlich existiert hat [53 ff.]. Dadurch aber wird es einfacher für Schmitt, die verhaftete pluralistische Demokratie der Weimarer Republik lächerlich zu machen. Eine ähnliche Argumentationsstruktur sieht Scheuerman in Schmitts Kritik des liberalen Konstitutionalismus, wie sie sich etwa in der »Verfassungslehre« (1928) findet. Scheuerman zu folge findet sich der Relativismus, den Schmitt bei seinem großen Gegenspieler Hans Kelsen pauschal und abziehbildhaft verdammt, nicht zuletzt bei ihm selbst wieder, nämlich in seiner Betonung der Entscheidung um der Entscheidung selbst willen, ob nun in der Verfassung, im Gesetz oder im konkreten Einzelfall [79]. Vor allem dürfe die Trennung zwischen Norm und Entscheidung, wie sie Schmitt in polemischer Absicht vornimmt, nicht so verabsolutiert werden [77]. Hier wie auch an vielen anderen Stellen in der Schmittschen Theorie weist Scheuerman klar auf, daß Schmitts Stärken, die teilweise auch heute noch ernst genommen werden müssen, auf dem Gebiet der Dekonstruktion liegen. Dagegen ist das, was Schmitt positiv zu bieten hat, äußerst mager, in vielen Fällen politisch schlicht verheerend. Schmitts autoritären Therapievorschlägen zu folgen heißt, »aus Angst vor dem Tode Selbstmord zu begehen«<sup>7</sup>.

In dem Kapitel über den »Totalen Staat« zeigt Scheuerman auf, inwiefern der Nationalsozialismus theorieimmanent für Schmitt etwas zu bieten hatte: Nicht nur, daß er scheinbar die Rechtsbestimmtheit sichern konnte; Schmitt hielt ihn nach der Machtergreifung auch für in der Lage, eine Entscheidung zu treffen gegen den »quantitativ totalen Staat aus Schwäche«, der sich zwar in alle Sphären des gesellschaftlichen Lebens einmischt, aber dennoch keine effektive staatliche Planung in der wachsenden Komplexität der ökonomisch-technischen Ära zustande bringt, und für den »qua-

litativ totalen Staat aus Stärke«, der dieses schafft [102 ff.]. Vor diesem Hintergrund erscheint dann Schmitts Option für die Beibehaltung eines revidierten Grundrechtsteils und für die Abschaffung des organisatorischen Hauptteils der Weimarer Reichsverfassung konsequent.<sup>8</sup> Die für viele überraschende »Wende« Schmitts gegen den Dezisionismus in »Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens« (1934) kann Scheuerman ebenfalls sehr nachvollziehbar erklären. Schmitt sieht in dieser Schrift drei grund-sätzlich unterschiedliche Arten der juristischen Vorgehensweise, nämlich zunächst die positivistisch-normativistische, die für Schmitt natürlich von vornherein ausscheidet. Die zweite wäre die dezisionistische, die Schmitt ebenfalls ablehnt, nachdem bis dahin die richterliche Entscheidung, die nicht näher begründbar war, für ihn zentral gewesen war. Scheuerman interpretiert diese Wendung vor dem Hintergrund der notwendigen Einbindung der beamteten Richter in das NS-System: Reiner Dezisionismus hätte eventuell von unabhängigen Richtern auch gegen den Nationalsozialismus ausgelegt werden können [129]. Mit dem »Denken in konkreten Ordnungen« dagegen schaffte Schmitt zweierlei: Er ging nämlich einerseits von der eindeutigen Bindung an die Gesetze ab, die ja fast ausschließlich noch aus der Weimarer Republik stammten, verpflichtete aber die juristischen Praktiker im zweiten Schritt sogleich auf die konkreten, nationalsozialistisch durchdrungenen Institutionen, also die »konkreten Ordnungen«. Auf diese Weise konnte die gesamte Weimarer Rechtsordnung auf den Kopf gestellt werden, ohne daß damit aufwendige Gesetzesreformen notwendig gewesen wären – es fand einschließlich eine umfassende Uminterpretation statt. Außerdem bleiben die Spielräume im nationalsozialistischen Sinn dadurch sehr groß. Man hätte natürlich die Gesetze auch im Wortlaut ändern können, aber damit wäre gleichzeitig die »Gefahr« verbunden gewesen, daß die neuen Buchstaben des Gesetzes auf die Exekutive hemmend gewirkt hätten, woran die Machthaber selbstverständlich nicht interessiert waren [132]. Es gelang so auch ein relativ »sanfter« Übergang in eine nationalsozialistische »Rechtsordnung«, der verhinderte, daß eine größere Anzahl Richter den Dienst quittierte.

<sup>7</sup> Vittorio Hösle, Carl Schmitts Kritik an der Selbstaufhebung einer wertneutralen Verfassung in »Legitimität und Legitimität«, in: Deutsche Vierteljahrsschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte 61 (1987), S. 1–34, hier S. 25.

<sup>8</sup> Carl Schmitt, Legalität und Legitimität (1931), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, Berlin 1958, S. 263–345/50, hier S. 344–345.

Der letzte Abschnitt des ersten Hauptteils stellt ausführlich die volkerrechtlichen Arbeiten Schmitts aus den späten dreißiger Jahren vor. Scheuerman macht darin unmißverständlich klar, daß zu dieser Zeit beim besten Willen nicht von einer Distanzierung Schmitts vom Nationalsozialismus die Rede sein kann, sondern daß dieser durch die Veröffentlichung der »Volkerrechtlichen Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte« im April 1939 erneut ins Rampenlicht zurückkehrte [161]. Schmitts eigenes Be- harren darauf, daß es sich dabei bloß um eine »streng wissenschaftliche« volkerrechtliche Abhandlung gehandelt habe und daß diese mit dem Kriegsbeginn nur rein zufällig koinzidierte, weist Scheuerman konsequenterweise klar zurück. Ein hochinteressantes Gedankenexperiment versteckt Scheuerman im Zusammenhang mit Schmitts »Großraumdenken« leider nur in den Fußnoten [311–312, Anm. 88 und 89]. Er stellt nämlich die provozierende Frage, inwiefern besagte »Großräume« nicht wieder in Teilen der Diskussion der Internationalen Beziehungen aktuell sind und verweist auf die sieben Weltkulturen, die Samuel Huntington in seinem kontrovers diskutierten Werk als Träger der zukünftigen Entwicklungen ausgemacht hat.<sup>9</sup> Auch die sogenannte Globalisierung, die meist eher eine Regionalisierung ist, spielt hier eine Rolle. Natürlich ist eine solche Parallelisierung von faschistischen Rechtfertigungs-ideologien und der aktuellen Diskussion problematisch, aber angesichts der tatsächlich herrschenden Machtverhältnisse in den sich neu herausbildenden Weltregionen, die kaum als egalitär oder demokratisch bezeichnet werden können, tut sich hier eine spannende Fragestellung auf, die zu vertiefen lohnend wäre.

Den zweiten, kurzeren Hauptteil von Scheuermans Werk macht der Versuch aus, Schmitts untergründigen Einfluß auf einige bedeutende Intellektuelle in den USA nachzuweisen. Scheuerman wählt dafür Joseph Alois Schumpeter, Friedrich August Hayek und Hans Joachim Morgenthau aus, allesamt Emigranten aus dem deutschsprachigen Raum, wobei allerdings nicht ganz klar wird, warum gerade diese drei und nicht etwa andere. Bei der Diskussion Schumpeters kommt hinzu, daß es wohl eher ein beiderseitiges Geben

<sup>9</sup> Samuel Huntington, *Kampf der Kulturen. Die Neugestaltung der Weltpolitik im 21. Jahrhundert (The Clash of civilizations, aus dem Amerikanischen von Holger Fließbach)*, Wien 1996.

und Nehmen der beiden Wissenschaftler war, die in den zwanziger Jahren gleichzeitig an der Bonner Universität lehrten. Es mag ja stimmen, daß Schumpeters Hauptwerk »Kapitalismus, Sozialismus, Demokratie« (1942) stellenweise, etwa in der Parlamentarismuskritik, eine Antwort auf gemeinsame Bonner Debatten war [183]. Umgekehrt hatte aber auch Schmitt von frühen Aufsätzen Schumpeters etwas gelernt [198]. Insofern erscheint Scheuermans These, daß der Schmittsche Einfluß auf die US-amerikanische Diskussion sich via Schumpeter vollzog [207 u. a.], etwas wackelig. Ähnliches läßt sich auch für Scheuermans Erörterung der Beziehung zwischen Schmitt und Morgenthau sagen. Hier erscheint es selbst nach Scheuermans eigener Darstellung so, als hätten beide voneinander gelernt [nämlich in der Bestimmung des Begriffs des Politischen, 225 ff.], und nicht etwa nur der Jüngere (Morgenthau) vom Älteren (Schmitt).

Plausibler erscheint mir der behauptete Einfluß Schmitts auf Friedrich A. Hayek, die eine »unheilige Allianz«, so eine Kapitelüberschrift, verbinde. Tatsächlich lassen sich bei Schmitt Belege finden, die einen *laissez-faire*-Liberalismus stützen, etwa bei Schmitts Diskussion der Allgemeinheit des Gesetzes und seiner fein säuberlichen Trennung zwischen dem Eingriff in das Eigentumsrecht »auf Grund eines Gesetzes«, welcher erlaubt wäre, und »durch Gesetz«, welcher dem rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff widerspreche, weil hiermit die rechtsstaatliche Trennung zwischen Legislative und Exekutive verwischt werde.<sup>10</sup> Scheuerman demonstriert, beispielsweise anhand von Hayeks Vorschlägen zu massiven Eingriffen in das allgemeine Wahlrecht [220/221], wie nahe beieinander der »Erzliberale« Hayek und der »Erzantiliberalen«<sup>11</sup> Schmitt plötzlich liegen, wenn man die autoritären Konsequenzen eines einseitigen Wirtschaftsliberalismus durchdenkt. An Schmitt und Hayek kann man hervorragend lernen, wie der auf seinen wirtschaftlichen Aspekt vereinseitigte Liberalismus mit schöner Gesetzmäßigkeit dazu tendiert, in sein Gegenteil umzuschlagen und politisch autoritäre Züge zu entwickeln.

<sup>10</sup> Carl Schmitt, *Die Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privatgegenücks nach der Weimarer Verfassung (Gutachten zur Fürsteneigentum)*, Berlin und Leipzig 1926, S. 10 und passim; ders., *Verfassungslehre*, Berlin 1928, § 13 *Der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff*, S. 138 ff. u. v. a. m.

<sup>11</sup> Diese Ausdrücke verwendet Scheuerman auf einer Tagung in Frankfurt am Main am 23. Oktober 1997.

Es gelingt Scheuerman, die ungebrochene Aktualität Schmitts darzustellen, die sich sowohl darin äußert, daß einzelne Kritikpunkte Schmitts zunächst in ihrer Diagnose nicht völlig von der Hand zu weisen sind, als auch darin, daß neuere Theoretiker ihn apologetisch lesen und ganze Teile seiner Theorie kritiklos übernehmen. Man wird Scheuerman zustimmen können, wenn er in der Schlußbemerkung seines – übrigens in einem erfreulich lesbaren Stil verfaßten – Buches schreibt: »In the final analysis, the example of Carl Schmitt should leave us with a sense of the indispensable virtues of the rule of law, as well as legitimate unease about its status and empirical prospects today. Schmitt's attack on liberalism cries out for a defense of the rule of law that takes his (occasionally) provocative empirical observations seriously, while distancing itself from his own unjustified assault on liberalism's unfinished struggle against political insecurity and arbitrariness. Such a development requires not only acknowledging the normative bankruptcy of Schmitt's ideas, but also demonstrating that the rule of law can operate effectively in a political and social environment that poses myriad challenges to it.« [255]

Matthias Stoffregen

Hanns Pauli, *Mitbestimmung in Arbeitsförderungsgesellschaften – Ein Beitrag zur Implementation des Betriebsverfassungsgesetzes in Ostdeutschland*, Berlin (Berlin Verlag) 1999, 200 S., DM 26,80

In seiner 1998 von der Martin-Luther-Universität in Halle angenommenen Dissertation »Mitbestimmung in Arbeitsförderungsgesellschaften« unternimmt der Hamburger Hanns Pauli den Versuch, die »Implementation des Betriebsverfassungsgesetzes in Ostdeutschland« zu untersuchen. Kompliziert wird sein Vorhaben dadurch, daß Pauli nicht etwa »gewesene« mit »neuen« Strukturen vergleicht, sondern »neue« mit »neu entstandenen«, eben mit den spezifischen Strukturen ostdeutscher Arbeitsförderungsgesellschaften.

Pauli beruft sich auf Ernst E. Hirsch, der die Verdrängung islamischen Rechts durch west-europäische Kodifikationen im Handelsrecht untersuchte und zu dem Ergebnis kam, daß das bestigemeinte Gesetz toter Buchstabe

bleibe, wenn das »importierte rechtliche Gedankengut« nicht ins Bewußtsein der Normadressaten gehoben werde.

Doch die mangelnde Kompatibilität, die Pauli dann untersucht, ist der *funktionalen Dissens* zwischen der Realität von Arbeitsförderungsgesellschaften und der Struktur des Betriebsverfassungsgesetzes. Es ist also gewissermaßen der schon im »importierten Recht« enthaltene Gegensatz zwischen zwei unterschiedlichen Strukturen.

Präzise und mit größter Detailgenauigkeit arbeitet Pauli heraus, daß das Betriebsverfassungsgesetz selbstverständlich auch für AFG-Gesellschaften gilt und dort wirksam werden kann. Andererseits laufen die von Vorläufigkeit, Befristung und mangelndem Gewinnstreben gekennzeichneten Strukturen der AFG-Gesellschaften den Grundstrukturen des Betriebsverfassungsgesetzes zuwider. Vor allem der Betriebsrat selbst setzt den Bestand von normalen Arbeitsverhältnissen voraus. Ein Betriebsrat, der aus Mitgliedern besteht, die allesamt nur kurzzeitig befristete Arbeitsverhältnisse haben, ist ständig von Auflösung bedroht und nicht arbeitsfähig (wenn er dann überhaupt zustande kommt!). Entsprechendes gilt auch für zahlreiche Mitbestimmungsrechte, die bei befristeten Arbeitsverhältnissen leerlaufen, so daß die in Westdeutschland als Ausnahmeherecheinung, in Ostdeutschland aber als bedeutender Wirtschaftsfaktor existierenden AFG-Gesellschaften vom Betriebsverfassungsgesetz vorbei arbeiten.

Zu Recht stellt Pauli fest, daß eine Entwicklung, die zu einer ganzen Branche betriebsratsloser Großbetriebe führt, als grundrechtsfeindlich eingestuft werden muß. Damit würden auf Dauer Grundrechte gefährdet.

In der Tat hatte Däubler in seiner Arbeit »Grundrecht auf Mitbestimmung« ja den letztlich in Art. 1 GG wurzelnden Gehalt der Mitbestimmung herausgearbeitet. Leider fehlt insoweit ein Hinweis auf Däubler. Pauli entwickelt eine Vielzahl von praktischen Vorschlägen zur Überwindung der mangelhaften Implementation des Betriebsverfassungsgesetzes. Dabei steht vor allem die von ihm herausgearbeitete Möglichkeit einer tarifvertraglichen Erweiterung und Absicherung von Betriebsratsrechten im Vordergrund.

Rechtspolitisch kann diesen Vorschlägen auch nicht mit dem Hinweis begegnet werden, daß solche Regelungen bei einer fehlenden Gesetzesänderung lückenhaft bleiben und nicht alle

Branchen abdecken würden. Historisch gesehen waren (und sind) Tarifverträge (und nicht legislative Vorstöße) der Motor der arbeitsrechtlichen Entwicklung. Allerdings setzen diese aktive und im Bewußtsein der Mitglieder präsente Gewerkschaften voraus. Ob dies im gegenwärtigen Ostdeutschland zutrifft, mag bezweifelt werden.

An einer ganz unerwarteten Stelle stößt Pauli auch zur Abweichung westdeutscher Normstrukturen gegenüber anders gearteten kulturellen Strukturen vor: Er stellt fest, daß die in Westdeutschland lange vorherrschende »altmodische« Führungsstruktur in der planwirtschaftlichen Ordnung der DDR keinen Platz gehabt und auch danach noch keine Wiedergeburt in Ostdeutschland erfahren habe.

Dies nun eröffnet eine interessante Perspektive: Das Betriebsverfassungsgesetz steht ja keineswegs im Widerspruch zu patriarchalischen Führungsstrukturen. Im Gegenteil: Es entspricht ihm schon vom Ansatz her (Betriebsrat kontra Unternehmensleitung oder Betriebsleitung). Allerdings kompensiert es deren Auswirkungen. Anders die neuen Konzepte eines »Management by Objectives«, die bekanntlich am Arbeitsplatz ansetzen und die betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen ebenfalls außen vor lassen. Hier wäre interessant, inwieweit vorhandene kollegiale Strukturen in den Köpfen zum Ansatzpunkt einer rascheren Implementation moderner Führungsstrukturen führen könnten. Auf diese Weise könnte der durch mangelnde Kompatibilität mit formalen Strukturen entstandene Raum und der Rückgriff auf noch vorhandene Bewußtseinsstrukturen zur Chance für ein zukunftsweisendes Personalmanagement werden. Pauli greift diesen Gedanken nicht auf. Sein Verdienst ist es aber, diese und ähnliche Fragestellungen durch seine wegweisende Arbeit provoziert und auch damit einen hervorragenden Beitrag zur Entwicklung einer gesamdeutschen Arbeitsrechtswissenschaft geleistet zu haben.

Rolf Geffken

Stefan Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, Tübingen (Mohr Siebeck) 1999, XV, 560 S., DM 228,-

Die Überformung des nationalen Rechts durch das Recht der Europäischen Gemeinschaft erfaßt mittlerweile alle Bereiche. In den

90er Jahren ist diese Entwicklung auch im Verwaltungsrecht zur Kenntnis genommen und breit diskutiert worden. Als eine Art Résumé kann die Habilitationsschrift Kadelbachs verstanden werden. Im Gegensatz zur thematisch ähnlich gelagerten Schrift, die v. Danwitz drei Jahre früher veröffentlicht hat,<sup>1</sup> nimmt sie jedoch keinen grundsätzlich kritischen Standpunkt zur Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Verwaltungsrecht ein, sondern bemüht sich um eine pragmatische Sichtweise, die den Vorgang vor allem beschreibt und erklärt. Die zentrale These, die bereits in der Einleitung vorgestellt wird, lautet, daß es unter dem europarechtlichen Einfluß zu einer Spaltung des deutschen Verwaltungsrechts in einen europäisierten und einen einflußfreien Teil komme.

Die »Funktionsverdoppelung« der nationalen Staatsorgane im Rahmen des Vollzugs des Gemeinschaftsrechts führt zu Normenkollisionen. In plausibler Weise wird zwischen direkten Kollisionen, bei denen das Gemeinschaftsrecht das nationale Recht verdrängt, und indirekten Kollisionen, bei denen das nationale Recht lediglich modifiziert wird, unterschieden. Im zweiten Bereich wird von einer stillschweigenden Vermutung zugunsten mitgliedstaatlicher Rechtsetzungsautonomie ausgegangen, jedoch ohne nähere Begründung. Konfliktfelder werden insbesondere im Bereich des Rechisschutzes ausgemacht. In einer gewissen Spannung zur genannten Vermutung steht die Anerkennung einer Befugnis zur Rechtsfortbildung des EuGH als Annexkompetenz. Angesichts der zunehmenden Kritik in der Literatur an seiner Rechtsprechung hätte man sich hier eine sorgfältigere Argumentation gewünscht. Der Hinweis auf die Vorlagepflicht nationaler Gerichte löst das Kompetenzproblem nicht. Die Geltungsansprüche des Gemeinschaftsrechts werden beschrieben mit Blick auf die methodische Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien. Darauf aufbauend werden vier Mechanismen der Konfliktbewältigung vorgestellt, die unmittelbare Anwendbarkeit, die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, die Bindung an vollzugssteuernde Gemeinschaftsrechtsprinzipien und die Staatshaftung als Sanktionsmechanismus. Hierbei handelt es sich um lehrbuchähnliche Ausführungen, die im wesentlichen bekannte Probleme behan-

<sup>1</sup> Thomas v. Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, 1996.

dehn. Die Vollzugsautonomie der Mitgliedstaaten wird hier nun im Subsidiaritätsprinzip verankert, wobei allerdings unberücksichtigt bleibt, daß der EuGH selbst die Autonomie nie als normativ gesichertes Prinzip anerkannt hat. Die Unsicherheiten, die bei der Einwirkung von Rechtsprinzipien wie dem Gebot effektiven Vollzugs entstehen, werden zwar konstatiert. In diesem Fall soll aber auch die Exekutive ein Recht zur Nichtanwendung entgegenstehenden nationalen Rechts haben, während die Pflicht der Exekutive, es bei Verstoß gegen die Pflicht zur Umsetzung einer Richtlinie zu verwerfen, entgegen der EuGH-Rechtsprechung im Fall Costanzo abgelehnt wird. Hier besteht offensichtlich ein Wertungswiderspruch.

Das *dritte Kapitel* widmet sich den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der gemeinschaftsrechtlichen Einwirkungen. Entsprechend der Grundlinie des gesamten Werkes plädiert der Autor auch bei dieser hochkontroversen Kernfrage der Europäisierung eher für Offenheit und betont die Annäherung der Gemeinschaft an ein föderales System mit einer grundsätzlichen Gleichordnung der Rechtsordnungen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten. Nur eine äußerste Grenze der Öffnung für den Einfluß des Gemeinschaftsrechtes wird anerkannt, wenn nämlich eine Abkehr von Verfassungsgrundsätzen der Mitgliedstaaten vorliegen würde. Im übrigen müßten Kollisionen politisch, d. h. durch Rechtsetzung gelöst werden. Im folgenden werden die vom Grundgesetz, insbesondere Art. 23 GG, gestellten Anforderungen im Einzelnen geprüft. Dabei fällt auf, daß das Problem der demokratischen Legitimation mit einem Hinweis auf die Zustimmungsgesetze und die Rückbindung der Ratsmitglieder fast lapidar abgehandelt wird, während der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung auf acht Seiten untersucht wird. Gerade weil das sehr schwierige Demokratieproblem<sup>2</sup> noch keineswegs gelöst ist, verwundert diese Gewichtung. Überzeugend ist, daß in der Inländerdiskriminierung kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz gesehen wird, da sie auf einer Systemkonkurrenz beruhe.

Das *vierte Kapitel* befaßt sich mit der Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Verarbeitung der Kollisionsprobleme. Ihr wird eine untergeordnete Bedeutung eingeräumt, da dem Gesetzgeber ein Vorrang vor der Systembildung

zukomme und sie im übrigen durch ihre teleologische Orientierung rezeptionsoffen sei. So wird zwar konstatiert, daß es durch die gemeinschaftsrechtlichen Einwirkungen zu Systembrüchen komme, doch sei dies die natürliche Folge der Integration. Es spricht einiges für diesen Ansatz, die Aufladung der Systematik mit Wertungsgesichtspunkten abzulehnen, um den politischen Primat des Gesetzgebers zu respektieren. Allerdings nimmt ihr das auch einen Teil ihres Konfliktlösungspotentials.

Den Schwerpunkt der Arbeit bildet das *fünfte Kapitel*, das für drei Teilbereiche der verwaltungsrechtlichen Dogmatik, die Rechtsformenlehre, das subjektive öffentliche Recht und Beurteilungsspielraum bzw. Ermessen, den Einfluß des Gemeinschaftsrechtes anhand konkreter Konstellationen überprüft. Der erste Teil behandelt die Rechtsquellen und die Handlungsformen, aber auch das Verwaltungsprivatrecht, obwohl es systematisch keiner dieser beiden Kategorien angehört. Bezuglich des Gesetzes wird konstatiert, daß es bei der Umsetzung von Richtlinien zu einer Vollzugsmaßnahme degradiert werde und sich der Verordnung annahere. Dies erscheint überzeichnet, da es auch bei der Rahmengesetzgebung nach Art. 75 GG zu strukturell vergleichbaren Situationen auf Länderebene kommt. Richtig wird dagegen im Rahmen der Untersuchung des Haftungsrechtes darauf hingewiesen, daß wegen des Spielraumes bei der Umsetzung keine Normerlaßklage möglich sei. Die Verwaltungsvorschrift wird nicht als Rechtsquelle, sondern als Handlungsform verstanden, deren Einsatzbereich durch die bekannte Rechtsprechung zu Grenzwertfestsetzungen verringert wird. Anschließend werden unter der Rubrik des Verwaltungsaktes eher disparate Konstellationen europarechtlicher Modifikationen behandelt. Problemträchtige Fragen wie die Folgen der Mitwirkung der Kommission in Verwaltungsverfahren für die Fehlerlehre oder die Auswirkungen der UVP-Richtlinie auf gebundene Zulassungsentscheidungen werden lediglich angerissen. Zutreffend wird darauf hingewiesen, daß die übliche Unterscheidung zwischen Verwaltungsprivatrecht und fiskalischem Handeln gemeinschaftsrechtlich nicht haltbar ist. Die Zuordnung des Vergaberechts zum öffentlichen Recht ist durch die nur noch in einer Fußnote berücksichtigte Aufnahme in das GWB wohl bestätigt. Als Zwischenergebnis

<sup>2</sup> Vgl. dazu auch Thomas Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 345 ff.

wird konstatiert, daß sich die Rechtsformen selbst nicht wesentlich ändern.

Die Untersuchung des subjektiven Rechts beginnt mit einer Darstellung der deutschen Kontroverse um die Schutznormlehre, zu der jedoch nicht Stellung genommen wird. Anschließend wird idealtypisch das deutsche subjektiv-rechtliche System des Rechtsschutzes dem französischen objektiv-rechtlichen Verständnis gegenübergestellt. Das EG-Recht wird einer mittleren Linie zugeordnet, wobei allerdings die Auseinandersetzung mit der abweichenden Auffassung von Masing<sup>3</sup> in einer Fußnote verbannt wird. Ohne jeden Beleg bleibt die überraschende Behauptung, die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts ermächtige ein Gericht auch, über den Antrag des Klägers hinauszugehen. Letztlich ergeben sich sowohl für die Klagebefugnis wie für das Haltungsrecht nur eher geringfügige Abweichungen von der bisherigen deutschen Rechtspraxis. In der anschließenden Aufzählung gemeinschaftsrechtlich geschützter Rechte fällt auf, daß bei den politischen Rechten zwar das Kommunalwahlrecht, nicht aber das Wahlrecht zum Europaparlament nach Art. 8b Abs. 2 EGV erwähnt wird. Unzutreffend ist die Ableitung eines in Art. 48 Abs. 1 EGV verankerten Leistungsrechtes aus dem Urteil in der Sache Lawrie-Blum, da Gegenstand nur der Gleichbehandlungsanspruch war. Nicht überzeugend ist es auch, den Umweltinformationsanspruch auf Träger öffentlicher Gewalt auszudehnen, da die Präambel der Richtlinie mehrfach ausdrücklich die Bürger erwähnt.

Systematisch besonders unbefriedigend ist der dritte Teil des Kapitels, der sich mit Beurteilungsspielraum und Ermessen befaßt. Obwohl auf S. 453 erkannt wird, daß diese Unterscheidung im Gemeinschaftsrecht, wie in den meisten Mitgliedstaaten der Union, nicht getroffen wird, wird von einem Beurteilungsspielraum im Eigenvollzug gesprochen (S. 446, 466). Richtig wird dann konstatiert, daß das Gemeinschaftsrecht zwar im Einzelfall einen Beurteilungsspielraum im deutschen Recht ausschließen kann, das Institut als solches aber nicht tangiert. Ähnliches gilt für das Ermessen. Merkwürdigerweise wird dann hier

die Sonderproblematik der Aufhebung von Verwaltungsakten behandelt, obwohl die Ermessensausübung im Rahmen des § 48 Abs. 1 VwVfG nur einen untergeordneten Teilspekt darstellt. Dem Vertrauenschutz gegenüber der Rücknahme von Beihilfbescheiden wird ein verbleibendes Anwendungsfeld bei leichter Fahrlässigkeit des Antragstellers zugelassen, während kein Platz mehr für ein Rücknahmeverfahren gesehen wird.

Als Fazit wird festgestellt, daß es zu einer engen Verflechtung von Gemeinschaftsrecht und deutschem Recht gekommen sei, so daß man nicht mehr von zwei völlig getrennten Bereichen sprechen könne. Vorsichtiger als in der Einleitung ist die Aussage, daß dennoch »Anzeichen für eine sich entwickelnde Zweispurigkeit unübersehbar« seien. Eine siebenseitige Zusammenfassung ermöglicht dem eiligen Leser einen raschen Überblick über den Argumentationsgang.

Die bereits in die Darstellung eingeflochtenen Kritikpunkte können leider nicht nur als marginale Schwächen der Arbeit angesehen werden. Sie belegen vielmehr ein grundlegendes Problem des Zugriffs auf das Thema. Die äußere Gliederung des fünften Kapitels strukturierenden dogmatischen Kategorien erweisen sich nämlich letztlich als ungeeignet, um die Hauptthese zu belegen. Der Autor selbst gesteht in den Zwischenergebnissen ein, daß die gemeinschaftsrechtlichen Einflüsse in keinem Fall zu Modifikationen von Systembausteinen führen, sondern lediglich ihren Anwendungsbereich oder einzelne Tatbestandsmerkmale oder Rechtsfolgen ändern. Es handelt sich um inhaltliche Änderungen in einzelnen Teilgebieten des Verwaltungsrechts, die bestimmte überkommenen Weitungen überformen, aber ohne Systembrüche integriert werden können. Insofern ist das Anliegen einer Enddramatisierung der Europäisierung im Verwaltungsrecht zwar bestätigt, eine Zweiteilung des Systems jedoch keineswegs belegt. Dadurch beschränkt sich der Wert der Arbeit auf die Zusammenstellung bekannter Problemstellungen, die kenntnisreich und mit einer erfreulich breiten Einbeziehung ausländischer Literatur aufgearbeitet werden.

Thomas Groß

<sup>3</sup> Johannes Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997.