

Buchbesprechungen

Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, München (C. H. Beck-Verlag) 2002, 350 S., EUR 19,50

1. Wenn ein von drei Personen verfasstes Lehrbuch des Polizeirechts erstmals auf den Markt kommt, dann erregt es schon dadurch besonderes Aufsehen, dass unter den Autoren Bodo Pieroth und Bernhard Schlink sind.¹ Als Verfasser des hervorragenden und zu Recht weit verbreiteten Lehrbuchs zu den Grundrechten² haben sie gezeigt, dass es durchaus möglich ist, studien- und examensrelevanten Stoff verständlich, schnörkellos und pragmatisch darzustellen, ohne auf kritisches Potential zu verzichten. In den zahlreichen Besprechungen zu dem mittlerweile in 18. Auflage erschienenen Buch loben die Rezensenten vor allem die »zahlreichen Verweise auf abweichende Meinungen«, das »Aufzeigen von Problemen und Widersprüchlichkeiten« und die Tatsache, dass »Gerichtsentscheidungen nicht unkritisch wiedergegeben werden«.³

Wie das Grundrechtsbuch von Pieroth und Schlink weist auch das von den beiden mit Michael Kniesel⁴ geschriebene Buch »Polizei- und Ordnungsrecht« eine übersichtliche, nutzerfreundliche und plausible Strukturierung auf. Von einleitenden Kapiteln, die die Grundlagen des Polizeirechts, Geschichte, Strukturen und Rechtsquellen erläutern

(§§ 1–3), über die Darstellung der wesentlichen polizeirechtlichen Begriffe wie Gefahr (§ 4), Störer (§ 9), öffentliche Sicherheit und Ordnung (§ 8), bis hin zu Erörterungen zu Generalklauseln (§ 7) und Spezialbefugnissen (§§ 12–19), handelt das Buch die Materie des Polizeirechts ab. Angesichts der zunehmenden Bedeutung in einer technisierten Informations- und Datengesellschaft ist es auch angemessen, den Befugnissen zu Datenerhebung und -verarbeitung (Befragung, Prüfung von Berechtigungsscheinen, Feststellung der Identität, erkennungsdienstliche Maßnahmen und Vorladung, Datenerhebung bei öffentlichen Veranstaltungen und im öffentlichen Raum, kurz- und langfristige Observationen sowie Unterrichts-, Auskunfts-, Berichtigungs- und Löschungsansprüche des Bürgers) besonders viel Platz einzuräumen (§§ 13–15).⁵ Das in den Fußnoten die jeweils einschlägigen Normen aus den Polizeigesetzen aller Bundesländer genannt werden, erweist sich keineswegs als Nachteil, ist doch das Auffinden der Norm des eigenen Bundeslandes problemlos möglich. Im Text sowie am Ende eines jeden Kapitels wird die LeserIn auf aktuelle Literatur und Rechtsprechung hingewiesen, allerdings mit Einschränkungen, auf die unten näher eingegangen wird. Sehr hilfreich für StudentInnen dürfte das letzte Kapitel sein, das die Überschrift »Technik der Fallbearbeitung« trägt (§ 23). Hier sind Schemata und Hinweise zum Aufbau und zur Bearbeitung polizeirechtlicher Maßnahmen in Klausur und Hausarbeit dargestellt. Erfreulich ist schließlich auch, dass die Autoren aktuelle Tendenzen des Polizeirechts ansprechen (§ 1 Rn. 33 ff.). Sie weisen sowohl auf Zentralisierungs- und Europäisierungstendenzen als auch auf die kontrovers diskutierte Privatisierung polizeilicher Aufgaben hin. Ferner gehen sie auf die aus den USA kommenden und dort

1 Der C. H. Beck Verlag scheint dies (aus ökonomischen Gründen?) zu berücksichtigen, nennt er doch die genannten Autoren entgegen alphabetischer Gepflogenheiten vor dem dritten Autor Michael Kniesel.
2 Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte, 18. Auflage, Heidelberg 2002.
3 Vgl. die Rezensionen von Hanebeck, KJ 1999, 484 ff.; Arndt, NJW 1987, 1808; Henneke, Jura 1988, 167.
4 Im Vorwort (S. VII) schreiben die Autoren ausdrücklich, dass die jeweiligen Kapitel nicht einem einzigen Autor zugeordnet werden können. Vielmehr sei »jeder Paragraph [...] in mehreren Fassungen aus verschiedenen Federn entstanden, mehrfach diskutiert, schließlich gemeinsam redigiert und also tatsächlich gemeinsam verfasst worden.«

5 Etwa ein Viertel des Buches widmen die Autoren der Problematik der Datenerhebung und -verarbeitung.

»erprobten« *Broken-Windows-* und *Zero-Tolerance-Konzepte* ein.

2. Ob eine als Lehrbuch konzipierte und angepriesene Schrift jedoch als geglückt bezeichnet werden kann, hängt nicht unwesentlich davon ab, welche Ansprüche die LeserIn an ein derartiges Werk stellen kann und stellen darf. Im Falle eines Lehrbuches handelt es sich beim Leser vor allem um Studierende. Deren primäres Minimalinteresse liegt sicherlich darin, dass sie – neben dem Besuch von Vorlesung und Klausurenkurs an der Universität oder (immer noch?) privaten Repetitorien – durch das Lesen und Verstehen des Textes in die Lage versetzt werden, erfolgreich am Schreiben von Klausuren und Hausarbeiten teilzunehmen, sei es für den kleinen oder großen Schein oder das Examen oder aber für die mündliche Prüfung am Ende des Studiums.

Diese Anforderungen an ein Lehrbuch scheinen auch Pieroth, Schlink und Kniesel (an-)erkannt zu haben, wenn sie in ihrem Vorwort feststellen, dass »das vorliegende Lehrbuch das Polizei- und Ordnungsrecht in der Breite und Tiefe, in der es Gegenstand der ersten juristischen Staatsprüfung ist« (S. VII) darbietet. Die ausdrückliche Übernahme berechtigter Ansprüche von StudentInnen durch die Autoren ist zu begrüßen, lässt sie doch vermuten, dass sich die Autoren über die Interessen der AdressatInnen Gedanken gemacht haben und gewillt sind, sich inhaltlich an diesen zu orientieren.

Gleichwohl ist dies den Autoren jedoch nur bedingt gelungen. Denn weder in Klausuren noch und vor allem in Hausarbeiten ist es ausreichend, vor- und auswendiggelernte Textbausteine in ein zur Verfügung stehendes Prüfungsschema einzubauen und gleichsam wie ein Subsumtionsautomat zu *einem* richtigen Ergebnis (»Die polizeiliche Maßnahme war rechtswidrig/rechtmäßig«) zu kommen.⁶ Häufig besteht die Schwierigkeit juristischer Argumentation gerade darin, unterschiedliche Positionen und Meinungen zu einem spezifischen Problem gegenüberzustellen und sich mit der Plausibilität und Überzeugungskraft eines Argumentes kritisch auseinander zu setzen. Bereits das Schreiben von Klausuren und Hausarbeiten fordert demnach Kri-

tikfähigkeit und Urteilskraft. StudentInnen müssen in der Lage sein, in Gesetzen formulierte Texte oder aus Argumenten bestehende literarische Positionen zu hinterfragen und Gegenpositionen zu den autoritär und apodiktisch als einzig plausibel behaupteten Positionen der Herrschenden (sei es »der« Herrschende in Gestalt des – vor Verfassungsverletzungen nicht gefeiten – Parlaments oder »der« den juristischen Diskurs Beherrschende)⁷ zu entwerfen. Dies muss umso mehr gelten in einem rechtlichen Bereich, in dem bestimmte Etatismen mit medialer Unterstützung schon immer und in jüngster Zeit immer häufiger und lauter nach einer Ausweitung polizeirechtlicher Eingriffsbefugnisse, notfalls zu Lasten eines geringeren (Rechts-)Schutzes *des*⁸ Bürgers, rufen. Gerade das Polizeirecht, in dem grundrechtlich geschützte Lebensbereiche zunehmend als Hindernisse bei der Bekämpfung tatsächlicher oder behaupteter Bedrohungen und Gefahren betrachtet werden und in dem Autoren, die auf Menschenrechte und Demokratieprinzip rekurrierende Bedenken äußern, als illoyal (gegenüber was oder wem?) oder schlicht naiv diffamiert werden, erfordert die Fähigkeit zur kritischen Beurteilung der den öffentlichen und wissenschaftlichen Diskurs beherrschenden Positionen.

Sicherlich soll und darf ein Lehrbuch sich nicht verlieren im Dickicht der zahlreichen Auffassungen und politischen Stellungnahmen zu ebenso zahlreichen und komplexen Einzelproblemen. Der an die Autoren eines Lehrbuches gerichtete Vorwurf, dieses oder jenes im Einzelnen unberücksichtigt gelassen zu haben, ist unsinnig und wird hier nicht erhoben. StudentInnen würden durch die übermäßige Fülle des dargebotenen Stoffes erdrückt und kapitulierten, bevor sie mit dem Lernen angefangen haben. Jedoch kann und muss ein Lehrbuch des Polizeirechts, und dies ergibt sich unmittelbar aus den oben geschilderten Prüfungs- und Praxisanforderun-

7 Zu Geschichte, Entstehungsprozess, Machtpotential und Fragwürdigkeit der »hM«: Uwe Wesel, hM, in: ders., Aufklärungen über Recht, Frankfurt a. M. 1981, 14–40. Unter Bezug auf Thomas Hobbes schreibt Wesel: »Sie [die hM – F. H.] ist mehr auctoritas als veritas. Autoritäten lassen sich zwar darstellen, aber nicht so leicht diskutieren.«; ebd., 32.

8 Bereits die Logik der staatlichen Restriktionen fordert, dass es sich am Anfang nicht um *den* Bürger i. S. aller BürgerInnen handelt. Vielmehr ist es zunächst eine nach bestimmten, meist äußerlichen Charakteristika zu bestimmende und mit geringem gesellschaftlichen Einfluss ausgestattete Gruppe, die von den neu geschaffenen erweiterten polizeilichen Eingriffsbefugnissen und verminderten (Rechts-)Schutzmöglichkeiten betroffen ist.

6 Von der methodischen Unmöglichkeit dieses Vorhabens ganz abgesehen. Einzig der BGH in Karlsruhe sieht sich noch in der Lage, dem Publikum *einzig richtige* Auslegungsergebnisse zu präsentieren: BGH, Urt. v. 3. 11. 1992 – 5 StR 370/92, NJW 1993, 141, 146 f. (Todesschüsse an der Berliner Mauer).

gen, die Fähigkeit zur Kritik erst einmal wecken, indem es unterschiedliche Positionen und Meinungen zu einem spezifischen polizeirechtlichen Problem darstellt bzw. Einwände gegen oder Argumente für eine gesetzliche Lösung präsentiert. An aktuellen Problemen des Polizeirechts, bei denen die Auslegung einfachgesetzlicher Normen kontrovers diskutiert wird oder deren verfassungsrechtliche Rechtmäßigkeit heftig umstritten ist, fehlt es gewiss nicht: Videoüberwachung öffentlicher Plätze oder von Versammlungen, Raster- und Schleierfahndung (anlass- und verdachtsunabhängige Kontrollen), Einsatz technischer Mittel (»kleiner und großer Lauschangriff«; »akustische Wohnraumüberwachung«), Betretungsverbote, erweiterte Möglichkeiten der Identitätsfeststellung, ins Inland verlagerte »Grenzkontrollen« usw.

Der zentrale Mangel des Buches von Pieroth, Schlink und Kniesel besteht darin, dass es StudentInnen an vielen Stellen bereits die Möglichkeit einer kritischen Stellungnahme entweder verbauen will oder diesen Effekt zumindest unbeabsichtigt erzielt. Verantwortlich hierfür ist hauptsächlich eine überraschend⁹ geringe bis nicht erfolgende Berücksichtigung verfassungsrechtlicher, insbesondere grundrechtlicher Gesichtspunkte.

Als erstes Beispiel soll die Videoüberwachung öffentlicher Plätze dienen. Der überwachende Blick, den Michel Foucault in »Überwachen und Strafen« mit Hinweis auf das panoptische System, das im Interesse einer zentralen Überwachung die einzelnen Gefängniszellen strahlenförmig anordnet, beschrieben und abgebildet hat,¹⁰ ist in den Polizeigesetzen der meisten Länder mittlerweile insoweit legalisiert, als lokal begrenzte öffentliche Räume mittels Videotechnik überwacht werden können.¹¹ Beginnt man mit dem Lesen des entsprechenden Abschnittes in dem Lehrbuch von Pieroth, Schlink und Kniesel (§ 14 Rn. 92–99), begegnet einem zuerst der

apodiktisch formulierte Satz: »Die Videoüberwachung ist ein *technisches Äquivalent* für den Polizisten vor Ort; wie dieser erhebt sie Daten so, daß, wenn nötig, gehandelt werden kann, und schreckt sie zugleich Straftäter ab, gewinnt Beweise und stärkt bei der Bevölkerung das Gefühl der Sicherheit« (§ 14 Rn. 92; Hervorh. im Orig.). Verwundert von der Prägnanz dieser Aussagen und der trotzigen Überzeugungskraft, mit der sie vorgebracht werden, obwohl doch die Richtigkeit und Plausibilität jeder einzelnen in der juristischen Diskussion heftig umstritten ist, sucht der Leser nach verfassungsrechtlich informierten Argumenten, die die Videoüberwachung öffentlicher Plätze in einem kritischen Licht erscheinen lassen. Ist es nicht die Aufgabe von StudentInnen, polizeirechtliche Befugnissnormen oder polizeiliche Maßnahmen auch daraufhin zu überprüfen, ob sie mit Verfassungsrecht in Einklang stehen? Müssen Grundrechte, Bestimmtheitsgrundsatz und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht im Rahmen eines Prüfungsschemas angesprochen und thematisiert werden?

Das Fehlen verfassungsrechtlicher Aspekte irritiert um so mehr, als die Autoren zum einen an das Ende ihres Buches ein Kapitel setzen, das die Überschrift »Technik der Fallbearbeitung« trägt und die angesprochenen Prüfungsschemata, in denen »Verhältnismäßigkeit«, »Bestimmtheit« und »Ermessensfehlerfreiheit« als zu prüfende Punkte genannt werden, enthält (§ 23).¹² Zum anderen wird die Bedeutung von Grundrechten, Verhältnismäßigkeit, Ermessen und Bestimmtheit für das Polizeirecht in einem eigenen Kapitel gesondert behandelt (§ 10)¹³ und explizit hervorgehoben, dass »polizei- und ordnungsbehördliche Maßnahmen eine große Bedrohung für die Freiheit der Einzelnen« darstellen und »nach den allgemeinen Grundrechtslehren rechts-, weil verfassungswidrig [sind], wenn sie einen Eingriff in ein Grundrecht darstellen, der verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann« (§ 10 Rn. 6). Ausführungen, die aber eben jene Gesichtspunkte im Hinblick auf die Videoüberwachung öffentlicher Plätze erörtern, sucht man vergeblich. Es findet sich einzig der Hinweis, dass »die Verfassungsmäßigkeit der Videoüberwachung im öffentlichen Raum bzw.

⁹ Überraschend nicht nur wegen der generellen Bedeutung, die man Grundrechten im und für das Polizeirecht zuspricht, sondern überraschend vor allem unter Berücksichtigung des oben bereits hervorgehobenen Lehrbuchs »Grundrechte« von Bodo Pieroth und Bernhard Schlink.

¹⁰ Michel Foucault, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, Frankfurt am Main 1994.

¹¹ Wobei es sich hierbei nach Foucault wohl eher um eine rückständige Ausübung von Macht handelt, da sie über das Aufstellen der Kameras immer noch sichtbar ist. Kennzeichen der »fortgeschrittenen« Machtausübung ist hingegen gerade, dass der zu Überwachende die Überwachung selbst übernimmt und gar keine sichtbaren Insignien der Macht mehr erforderlich sind, um Befolgung zu garantieren.

¹² Entsprechende Prüfungsschemata: § 23, Rn. 9, 15, 21, 23, 25, 29, 31, 32, 35.

¹³ Allerdings handelt es sich bei § 10 um eines der kürzesten Kapitel des gesamten Buches.

der einschlägigen Bestimmungen mit der Überlegung bezweifelt [wird], sei sie zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten nicht geeignet, weil sie die Straftaten nicht verhüte, sondern die Straftäter nur in andere Bereiche verdränge« (§ 14 Rn. 94).¹⁴ Wäre dies die einzige Bemerkung, die eine StudentIn in Klausur, Hausarbeit oder mündlicher Prüfung bezogen auf die Verfassungsmäßigkeit der Videoüberwachung öffentlicher Plätze von sich gäbe, könnte sie wohl kaum noch mit der Note »Ausreichend« rechnen.

Die Autoren weisen weder darauf hin, dass die semantische Entgrenzung der landesrechtlichen Befugnisnormen problematisch ist im Hinblick auf den aus dem Rechtsstaatsprinzip resultierenden Bestimmtheitsgrundsatz, noch erwähnen sie, dass die entsprechenden Befugnisnormen hinsichtlich der für eine Videoüberwachung in Betracht kommenden Orte häufig auf »polizeiliche Erkenntnisse« oder »Lagebeurteilungen« rekurren, die Exekutive damit also selbst über die Reichweite des Tatbestandes bestimmt.¹⁵ Natürlich kann man der Auffassung sein, dass die Videoüberwachung nichts anderes ist als das technische Äquivalent für den Polizisten vor Ort. Durch Verweis auf entsprechende Quellen müsste in einem Lehrbuch des Polizeirechts aber darauf hingewiesen werden, dass diese Aussage bestritten ist. Selbst das die Videoüberwachung in Mannheim bestätigende Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe versteht den Einsatz der Videotechnik als »ergänzende Maßnahme«.¹⁶ Eine Ergänzung ist aber etwas, das zu etwas Anderem hinzukommt – und eben kein Äquivalent, d. h. gleichwertig Entsprechendes. Beharrt man indes durch apodiktisch formulierte Aussagen und einseitige Darstellungen darauf, dass es sich um ein »technisches Äquivalent« handelt, dann bleibt es für die LeserIn zum Beispiel im Dunkeln, dass der Charakter als Äquivalent möglicherweise deshalb zweifelhaft ist, weil der Einsatz von Videotechnik im Unterscheid zum »Polizisten vor Ort« die Möglichkeiten des Zoomens, Schwenkens,

Speicherns, Bearbeitens und Verknüpfens eröffnet.¹⁷

Für StudentInnen besonders ärgerlich ist darüber hinaus die Tatsache, dass die Autoren mit keinem Wort auf das für die Problematik der Videoüberwachung zentrale Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG eingehen. Damit verbundene Fragen nach Eingriffsqualität und -intensität unterschiedlicher Aufnahmetechniken werden nicht gestellt. Die nach Auffassung vieler Autoren für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit bedeutende Unterscheidung zwischen »bloßen Übersichtsaufnahmen, die eine individuelle Identifizierung nicht ermöglichen«, und Aufnahmetechniken, bei denen »Personen in individualisierter Weise erfasst und durch entsprechende Markierung auf dem Datenträger gespeichert« werden können, wird überhaupt nicht angesprochen.¹⁸ Selbst nach einem die Wichtigkeit dieser Differenzierung signalisierenden, weiterführenden Hinweis sucht man vergeblich.¹⁹

Auch an anderer Stelle, etwa bei der Frage der Identitätsfeststellung an »grenzverkehrsrelevanten Örtlichkeiten«, kann der Vorwurf der unzureichenden Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte erhoben werden. Hier räumen die Autoren den kritischen Einwänden zwar den Platz einer eigenen Randnummer ein und weisen die LeserIn darauf hin, dass sich die sog. »Schleierfahndung« verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sieht. Sie sagen, dass in der Literatur »der Schleier gelegentlich als zu engmaschig und daher verfassungswidrig kritisiert« wird, da er »nicht bestimmte, sondern in seiner umfassenden Unbestimmtheit alle Straßen« erfasse. Auch wird auf den Einwand hingewiesen, dass der Schleier »sowohl in seiner räum-

14 Zur kritischen Beurteilung des Zweckes »Verhütung von Straftaten«: Roggan, Die Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen, NVwZ 2001, 134 ff., 137 f., 140.

15 Fredrik Roggan, Auf legalem Weg in den Polizeistaat. Entwicklung des Rechts der Inneren Sicherheit, Bonn 2000, 106 ff., 125; ders. (Fn. 14), 137 und 139.

16 VG Karlsruhe, Urt. v. 10. Oktober 2001 – 11 K 191/01, VBilBW 2002, 131 ff., 132.

17 Fischer, Polizeiliche Videoüberwachung des öffentlichen Raums, VBilBW 2002, 89, 92; Röger/Stephan, Hausarbeitsfall: Die Videoüberwachung, NWVBl. 2001, 201, 207. Der Aspekt, dass der funktionale Einsatz von Technik in sozialen Beziehungen Handlungsvorteile verschafft, mithin »Technik als Machtverstärker« fungieren kann, wird erwähnt von: Fritz Sack/Detlef Nogala, Überwachungstechnik im Dienst der Polizei, in: Helmut Bäumler (Hrsg.), Polizei und Datenschutz, Neuwied 1999, 199 ff. 208, 210.

18 Die in Anführungsstriche gesetzten Zitate entstammen wiederum dem oben bereits genannten Urteil des VG Karlsruhe, Urt. v. 10. Oktober 2001 – 11 K 191/01, VBilBW 2002, 131 ff., 132. Siehe auch: Fischer (Fn. 17), 89, 91 f.; Roggan (Fn. 17), 134 ff., 135 f.

19 Dass die Differenzierung für Klausur und Hausarbeit wichtig ist, kann man auch daran ersehen, dass sie in dem von Röger/Stephan entworfenen Hausarbeitsfall »Die Videoüberwachung« ausdrücklich thematisiert wird: Röger/Stephan (Fn. 17), 201, 206 f.

lichen Erstreckung als auch in seiner Erfassung von Nichtstörern wie Störern, Unverdächtigen wie Verdächtigen« zu weit geht und »mit der Ermächtigung zu allen Stufen der Durchsetzung einer Identitätsfeststellung« zu »intensiv eingreift« (§ 14 Rn. 42). Schließlich zitieren die Autoren das Urteil des Landesverfassungsgerichts von Mecklenburg-Vorpommern, das die dargestellte Kritik im Wesentlichen geteilt und die entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen teilweise für verfassungswidrig erklärt hat.²⁰ Erstaunen ruft jedoch die Wertung und Begründung der Kritik als »nicht überzeugend« hervor: »Sie [die Kritik, F. H.] verkennt die Qualität der abstrakten Gefahr und die Bedingungen ihrer Abwehr« (§ 14 Rn. 42). Auch hier gilt wieder: Würde eine StudentIn Kritik, die sich auf Normen der Verfassung gründet, mit dem knappen Hinweis auf die besondere »Qualität einer abstrakten Gefahr«²¹ und die Bedingungen ihrer Abwehr« zurückweisen, würde man ihr vorwerfen, sich nicht sorgfältig mit den vorgebrachten Argumenten auseinander gesetzt sowie Sinn und Zweck der im Grundgesetz normierten Freiheitsrechte verkannt zu haben. Entgegen dem Stellenwert, den das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG im Kontext der sog. »Schleierfahndung« in Literatur und Rechtsprechung einnimmt,²² bleibt es hier gänzlich unerwähnt. Dieser Mangel wird auch nicht dadurch abgefedert, dass das genannte Recht vereinzelt an anderen Stellen des Buches vorkommt (§ 1 Rn. 31; Wandlungen und Tendenzen des Polizeirechts; § 12 Rn. 7; Informationelle Spezialbe-

fugnisse; § 13 Rn. 18; Vorrangregeln bei der Datenerhebung; § 13 Rn. 23; Zwecke der Datenerhebung; § 15 Rn. 19; Erforderlichkeit der Datenverarbeitung; § 15 Rn. 59; Datenübermittlung; § 15 Rn. 73; Auskunftsanspruch). Es ist bei allen Befugnissen und Maßnahmen anzusprechen, bei denen es als betroffenes Grundrecht und begrenzendes Korrektiv relevant wird.²³

Was für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gilt, bezieht sich ferner auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, die absoluten Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG und deren in der Literatur diskutierten Bezüge zur Praxis der sog. »Schleierfahndung«. Dass die insoweit einschlägigen Befugnisnormen aufgrund ihrer unbestimmten Formulierungen²⁴ und ihres Zieles – Verhütung und Unterbindung des unerlaubten Aufenthaltes – im Ruf stehen, dem sog. »racial profiling« Vorschub zu leisten, weil der handelnde Polizeibeamte, dem extensiv formulierte Befugnisnormen keine Grenzen setzen, seine konkrete Entscheidung zum Eingreifen oder Nicht-Eingreifen nach einem »zweiten Code«²⁵ fällt, »der stärker von Alltagswissen und Stereotypen aufgeladen [ist] als von professionellen kriminaltaktischen oder -strategischen Erkenntnissen«,²⁶

20 Urteil des LVerfG Mecklenburg-Vorpommern vom 21. Oktober 1999 – LVerfG /2/98 –, DÖV 2000, 71 ff.

21 Dass das Vorliegen einer durch den Wegfall der Grenzkontrollen entstandenen Gefahr dazu noch sehr fraglich und umstritten ist, sei hier nur angemerkt. Dazu: Lisken, »Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität?«, NVwZ 1998, 22 ff., 22; Schnekenburger, Das Aus für »verdachtsunabhängige Personenkontrollen?«, BayVBl. 2001, 129, 135. Zahlen finden sich bei: Herrnkind, Personenkontrollen und Schleierfahndung, KJ 2000, 188, 193 f. Möllers weist allerdings zu Recht darauf hin, dass statistische Erhebungen über fehlende polizeiliche Erfolge nicht auf der Ebene der Prüfung der Geeignetheit im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unterzubringen sind, sondern ihnen allenfalls rechtspolitische Bedeutung zukommt. Möllers, Polizei-kontrollen ohne Gefahrverdacht, NVwZ 2000, 382, 385. An die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers erinnert auch: Wächter, Die Schleierfahndung als Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung durch Abschreckung und Verunsicherung, DÖV 1999, 138 ff., 143 f.

22 Schnekenburger (Fn. 21), 129, 133, der sogar für eine stärkere Beachtung der in Art. 1 GG normierten Menschenwürde (!) plädiert; Möllers (Fn. 21), 382 ff., 385.

23 So weisen die Autoren bei der Darstellung der oben bereits erwähnten Broken-Windows- und Zero-Tolerance-Konzepte zwar auf »gravierende rechtliche Schwierigkeiten« und entsprechend kritische Stimmen der Literatur hin (§ 1 Rn. 36). Dass die von den Autoren zugestandenen »rechtlichen Schwierigkeiten« wiederum nicht bei den konkreten Befugnissen, an denen diese »Schwierigkeiten« virulent werden (z. B. Platzverweis und Aufenthaltsverbot bzw. deren Dauer, das von ihnen umfasste Gebiet, der zu ihnen führende Anlass, die von ihnen vorwiegend betroffenen Gruppen), erörtert werden, unterstreicht die erhobene Kritik der unzureichenden Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte bei der Darstellung der speziellen polizeilichen Befugnisse. Das von Hanebeck in seiner Rezension des Pieroth/Schlink-Buches »Grundrechte« formulierte Lob, dass das »Wissen nicht völlig abstrakt vermittelt [wird], sondern an der für den Aufbau einer Falllösung relevanten Stelle«, kann für das Buch »Polizei- und Ordnungsrecht« nicht wiederholt werden. Siehe: Hanebeck, KJ 1999, 484 ff. 484.

24 Lisken spricht von »Jedermannkontrollen [...], die tatbestandlich buchstäblich »grenzenlos« sind« bzw. von einer »Blankettvollmacht«: Lisken (Fn. 21), 22 ff., 23, 25 und 26; Wächter von »de facto tatbestandslose[n] Norm[en] oder »Scheintatbestandlichkeit«: ders. (Fn. 21), 138 ff., 142; Herrnkind immerhin noch von »sehr geringe[n] tatbestandliche[n] Voraussetzungen«: ders. (Fn. 21), 188, 190.

25 Der »erste Code« wäre der semantisch entgrenzte Tatbestand der Norm.

26 Martin Herrnkind, »Schleierfahndung«. Institutionalisiertes Rassismus und weitere Implikationen sogenannter verdachtsunabhängiger Polizeikontrollen, in: Komitee für Grundrechte und Demokratie (Hrsg.), Verpolizeilichung der Bundesrepublik Deutschland, Köln 2002, S. 99 ff., 106; ders. (Fn. 21), 188, 192 ff.; Peter MacNaugh-

ist den Autoren entweder entgangen, oder sie befanden diese Erkenntnis für zu unwichtig, als dass sie Eingang in ihr Buch gefunden hätte. Dagegen wäre auch nichts einzuwenden; denn natürlich können sie mit guten Gründen der Auffassung sein, dass der Aspekt der »selektive[n] Überwachungsrealität in der Bundesrepublik«²⁷ schon zu speziell ist, als dass man ihn in einem Lehrbuch des Polizeirechts darzustellen oder darauf hinzuweisen hätte. Die Autoren *müssen* aber darauf eingehen, wenn sie hinsichtlich der Störerauswahl im Rahmen der sog. »Schleierfahndung« behaupten: »Wenn Verdachtsmomente, die die Auswahl steuern könnten, fehlen, [ist] rationales Auswahlprinzip das Zufallsprinzip« (§ 14 Rn. 50). Zufall ist das Herausgreifen von Personen, die nach äußerlichen Merkmalen als Nicht-Deutsche identifiziert werden, nun gerade nicht.

Es versteht sich von selbst, dass die gegen das Buch gerichtete Kritik nicht darin begründet ist, dass die Autoren einen anderen Standpunkt vertreten oder bestimmte polizeiliche Befugnisse anders bewerten als der Rezensent. Sie glaubt sich vielmehr im Ansatz auf die Anforderungen beziehen zu können, die an StudentInnen in Klausur, Hausarbeit und mündlicher Prüfung gestellt werden, denn dort spielen die in dem Buch unzureichend berücksichtigten verfassungsrechtlichen Erwägungen eine besondere Rolle (Stichwort: Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht). Dies sollte ein Lehrbuch des Polizeirechts berücksichtigen. An der prägnant formulierten und deutlichen Kritik, die die Autoren am Begriff der »öffentlichen Ordnung« als

polizeirechtlichem Schutzgut üben (§ 8 Rn. 48 ff.), sieht man, dass es in einem polizeirechtlichen Lehrbuch durchaus möglich ist, verfassungsrechtlich motivierten Einwänden Raum zu geben und auf entsprechende Stimmen in Rechtsprechung und Literatur hinzuweisen, ohne dass die Übersichtlichkeit und Stringenz der Darstellung Schaden nimmt. Wenn gesetzlich formulierte Erziehungs- oder Ausbildungsziele bisweilen auch etwas naiv-staatsgläubiges haben, so soll – und damit schließt sich hier der Kreis – zumindest in Hessen am Ende des Studiums der »kritische, aufgeklärt rational handelnde Jurist [stehen], der sich seiner Verpflichtung als Wahrer des freiheitlich demokratischen und sozialen Rechtsstaats bewußt ist.«²⁸ Bricht man die zwanghaften Diskursregeln bezüglich der Abfassung von Rezensionen zu juristischen (vor allem polizeirechtlichen) Lehrbüchern darüber hinaus für einen kurzen Moment auf, dann lässt sich am Ende die Bedeutung der Fähigkeit zur Kritik noch mit einem Blick auf den Begriff der Kritik bei Michel Foucault begründen. Kritik im Sinne Foucaults ist eine den einzelnen Wissenschaften untergeordnete Funktion, ein »Instrument, Mittel zu einer Zukunft oder zu einer Wahrheit, die sie weder kennen noch sein wird, sie ist ein Blick auf einen Bereich, in dem sie als *Polizei* auftreten will, nicht aber ihr Gesetz durchsetzen kann.« Sie, die Kritik, entsteht komplementär zur Ausdifferenzierung der Regierungskunst und sie tritt in Gestalt der Frage auf: »Wie ist es möglich, nicht derartig, im Namen dieser Prinzipien da, zu solchen Zwecken und mit solchen Verfahren regiert zu werden?«²⁹ – Und ist *im Moment* nicht *diese* Kritik als moralische und politische Haltung, als ein

ton-Smith, Der zweite Code, in: Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hrsg.), Seminar Abweichendes Verhalten II: Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Frankfurt am Main 1975, 197 ff. Zur Förderung von Rassismus durch die Zwecke der einschlägigen Normen: (Fn. 21), 138 ff., 141.

27 Martin Kutscha, Auf dem Weg in einen Polizeistaat neuen Typs?, in: Komitee für Grundrechte und Demokratie (Hrsg.) (Fn. 26), S. 67 ff., 71. Nach einer Feststellung von Funk leben die Angehörigen verschiedener sozialer Gruppierungen gar in »unterschiedlichen Rechtssphären«: »Faktisch leben – nicht unähnlich dem 19. Jahrhundert – der deutsche Besitzbürger und der Sozialhilfeempfänger, der arbeitslose Jugendliche und die hier geborene Türkin, der Ausländer mit unbefristeter Aufenthaltserlaubnis und der Bürgerkriegsflüchtling – oder gar der illegale – in ganz unterschiedlichen Rechtssphären und folglich auch differierenden Kontrollrealitäten. Ausmaß und Intensität staatlicher Überwachung bemessen sich nach dem Status der Objekte sozialer Kontrolle.«: Funk, Ausgeschlossene Bürger. Das ambivalente Verhältnis von Rechtsgleichheit und sozialem Ausschluss, Kriminologisches Journal 1995, 243, 255. Für die USA: Kenneth Meeks, Driving While Black. Highways, Shopping Malls, Taxicabs, Sidewalks. What to do if you are a victim of racial profiling, 2000.

28 Hinsichtlich des emanzipatorisch-anspruchsvollen Charakters ähnlich: § 1 Abs. 2 und 3 der Juristenausbildungsordnung Hamburg, wo der eigenständige, verantwortliche tätige und Erkenntnisse über soziale Hintergründe und Folgen rechtlicher Regelungen *kritisch* würdigende Jurist gefordert wird, der den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaats verpflichtet ist. In Bremen fordert das Juristenausbildungs- und -prüfungsgesetz, dass die Ausbildung ein kritisches Verständnis der wissenschaftlichen Methoden verschafft. Wesentlich zurückhaltender, aber noch die Bedeutung der gesellschaftlichen, politischen und rechtsphilosophischen Bezüge des Rechts herausstellend sind die Juristenausbildungsgesetze bzw. -ordnungen Bayern, Berlin, Brandenburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein. § 1 des Juristenausbildungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern formuliert als »Leitbild der Ausbildung« immerhin den »dem freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat verpflichtete[n] Jurist[en]«.

29 Michel Foucault, Was ist Kritik?, Berlin 1992, S. 8 f., 11 f., 44. – Hervorh. nicht im Orig.

Denken, das Regierung und Gesetzgeber hinterfragt, ihnen misstraut und sich ihnen widersetzt, sie ablehnt und begrenzt, für den Umgang mit dem Recht der Polizei von Bedeutung? Wenn ja, dann sollte man in einem Lehrbuch des Polizeirechts Freiheitsrechte, die unabdingbar zum freiheitlich-demokratischen und sozialen Rechtsstaat gehören, stärker betonen.

Felix Hanschmann

A. V. Dicey, Einführung in das Studium des Verfassungsrechts, 10. Aufl. 1959/60, mit einer Einführung von E. C. S. Wade; aus dem Englischen übersetzt von Sona Rajani und Christian Meyn (Hrsg.: Gerhard Robbers), Baden-Baden (Nomos) 2002, 483 S., 98 Euro
Jeremy Waldron, Law and Disagreement Oxford (Clarendon Press) 1999, 326 S., 80 \$, Taschenbuch: Oxford (Oxford University Press) 2001, 344 S., 18,95 \$

1.

Im deutschen Recht wundert sich kaum noch jemand darüber, dass das Verfassungsrecht über die Grundrechte alle Rechtsbereiche durchdringt. In Vergleichen mit dem englischen Recht macht gerade dies aber eine wichtige Differenz aus: Ohne einen Grundrechtskatalog und ohne ein Verfassungsgericht werden die Rechtssätze des Common Law wie des Gesetzesrechts unbeeinflusst von einer Normenhierarchie entwickelt. Das ist der Hintergrund, vor dem die Umsetzung der Europäischen Menschenrechtskonvention durch den Human Rights Act 1998 in der englischen Jurisprudenz eine Aufregung hervorgerufen hat, die für kontinentale JuristInnen nicht leicht nachvollziehbar ist – zumal sich doch in der Rechtsvergleichung zunehmend die These durchgesetzt hat, dass die Rechtsordnungen des Common Law und des Civil Law sich zunehmend annähern würden. Selbst für die Methoden der Rechtsanwendung wird dies zunehmend so diskutiert (Vogenaier, 2001).

Die jüngsten Auseinandersetzungen um den Human Rights Act 1998 sind allerdings ein Zeichen dafür, dass weitere Konvergenzschritte dennoch schwierig werden könnten, wenn es um die Kompetenzen der Rechtserkenntnis und um Fragen von Rechtsquellen und Normenhierarchie geht. Um genauer verstehen zu können, was dieser Schritt der Ein-

führung eines Menschenrechtskatalogs für das englische Rechts- und Verfassungsverständnis wirklich bedeutet, kommt die Übersetzung von Diceys Lehrbuch »Einführung in das Studium des Verfassungsrechts« gerade noch zur rechten Zeit – denn dieses Lehrbuch gilt als eine maßgebliche Darstellung des herkömmlichen englischen Rechts- und Verfassungsverständnisses des 19. und jedenfalls der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. In der aktuellen Diskussion wird nicht zufällig häufig auf Diceys Darstellung sowohl affirmativ wie abgrenzend Bezug genommen.

Der ursprüngliche Text aus dem Jahre 1885 war ein Vorlesungsskript gewesen. Mit ihm wurde das englische Verfassungsrecht als Disziplin begründet; Dicey bemüht sich deshalb zu Beginn seiner Abhandlung (S. 135 ff: »Das wirkliche Wesen des Verfassungsrechts«) um eine Abgrenzung zur Verfassungsgeschichte und zur politischen Theorie. Übersetzt wurde nun die letzte, 10. englische Ausgabe von 1959/60, die den Text der 8. Auflage von 1908 wiedergab und von E. C. S. Wade mit einer ausführlichen Einleitung und Anhängen versehen worden war.

2.

Bekannt ist daraus vor allem Diceys Auffassung, wonach die englische Verfassung auf den Grundlagen der Souveränität des Parlaments einerseits und der *Rule of Law* andererseits beruht.

Daraus leitete er insbesondere ab, dass es in England kein eigenständiges Verwaltungsrecht geben könne und dürfe; auf diese Thesen hatte sich die Auseinandersetzung mit Dicey bislang meist konzentriert, und auch in Wades Einführung und in den Anhängen in der 10. Auflage ging es vor allem um die Aktualität dieser Annahmen. Hier zeigt sich Dicey als Vertreter der konservativen »Whig-Tradition« des laissez-faire (zu diesen Entwicklungen s. Wade in der Einführung S. 16 ff; S. 69 f zur heutigen Akzeptanz von Diceys Auffassungen); die praktische Anwendung dieses Grundsatzes in der Justiz wurde immer wieder als ein Grund für die Gesellschaftsferne der englischen Gerichte genannt, die mit den gesellschaftlichen Problemen der Massengesellschaft und dem Wohlfahrtsstaat kaum in Berührung kamen (insbesondere Abel-Smith/Stevens, 1967).

Die Rechtspraxis hat sich aber spätestens nach

dem Zweiten Weltkrieg erheblich verändert, nicht zuletzt in Folge der Ausbreitung wohlfahrtsstaatlicher Einrichtungen und Regelungen. Eine große Rolle spielte hier die zunehmende Verwendung von *Tribunals* zur Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen, die Verrechtlichung ihres Verfahrens durch den *Tribunals and Inquiry Act 1958* sowie die Einführung der *Judicial Review* vor dem *High Court*, einem speziellen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen Verwaltungsentscheidungen. Zur Zeit dieser Veränderungen war die 10. Auflage von Diceys Werk erschienen; E. C. S. Wade behandelt in seiner ausführlichen Einführung darüber hinaus auch die Veränderungen im Verhältnis zu den Kolonien – diese lösten sich in dieser Zeit allmählich vom *Common Wealth*, was die Frage der Souveränität des englischen Parlaments auch zu einer Frage der Souveränität des englischen Staats machte (S. 25 ff).

Diese Auseinandersetzungen sind heute weitgehend abgeschlossen. Dennoch wurde jetzt der gesamte Text der 10. Auflage samt dem Literaturverzeichnis von 1959 und den Fußnoten von Wade übersetzt, ohne auf die zwischenzeitlichen Entwicklungen einzugehen und ein wirkliches eigenständiges Vorwort oder zumindest eine Auseinandersetzung mit Dicey aus neuerer Zeit hinzuzufügen. Der Einstieg in den Text gestaltet sich so unnötig beschwerlich; die Einführung von Wade wäre allenfalls am Ende des Buches von größerem Nutzen gewesen als am Anfang. Denn sie war damals vor dem Hintergrund einer Kenntnis von Diceys zentralen Thesen und ihrer konkreten verfassungspraktischen Ausgestaltung geschrieben worden und stellt sich für die deutsche Leserin als voraussetzungsvoller dar als Diceys eigene Ausführungen – zumal weder im Text selbst noch im Inhaltsverzeichnis deutlich gemacht wird, wo Diceys Text beginnt (auch im fortlaufenden Text selbst (S. 191 f.) werden Erläuterungen von Wade nicht gekennzeichnet). Orientierungen für die deutsche Leserin sind eher zufällig in die Übersetzung verstreut, ohne dass die Grundsätze der Herausgabe erläutert worden wären. Es muss aber in die Irre führen, wenn Wades Ausführungen um die Stellung des *House of Lords* unkommentiert stehen bleiben (S. 116 f.), ohne auf die aktuellen Diskussionen einzugehen (s. z. B. den Bericht der *Royal Commission on the Reform of the House of Lords* aus dem Jahre 2000), während an anderen Stellen Details in den Fußnoten

durchaus aktualisiert werden. Statt zu erfahren, dass das längste Gerichtsverfahren vor englischen Gerichten aus heutiger Sicht ein von McDonald's geführtes Verfahren ist (S. 266), hätte man sich lieber ein Glossar wichtiger Begriffe und Gesetze wie den *Act of Settlement*, das *Statute of Westminster* oder den *Parliament Act 1911* gewünscht, deren Kenntnis Wade und Dicey voraussetzen. Auf die Übersetzung selbst wurde hingegen viel Sorgfalt verwendet; sie ist insgesamt gelungen und geht respektvoll mit rechtskulturellen Unterschieden um, die sich in der Sprache ausdrücken.

3.

Dringt man bis zu Diceys eigenem Text vor (der auf S. 135 beginnt), kann man sich an einer lebhaften und klaren Darstellung eines Verfassungsverständnisses erfreuen, das in seinen zentralen Annahmen seit der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts für England weitgehend als adäquate Beschreibung akzeptiert wurde. Um einzelne Thesen Diceys mag man sich lange gestritten haben; diese Auseinandersetzungen haben jedoch mit der Zeit an Bedeutung verloren. So ist die Frage, inwieweit in England ohne einen schriftlichen Verfassungstext überhaupt von Verfassung gesprochen werden könne (S. 135 ff.), heute von geringerem Stellenwert. Für Dicey besteht Verfassungsrecht zunächst aus allen Regeln, die von den Gerichten angewendet werden und die Befugnisse staatlicher Machorgane regeln. Er unterscheidet sie vor allem von den Konventionen, die keine Autorität vor den Gerichten hätten (für diese Rechtstheorie beruft er sich vor allem auf Austins Souveränitätstheorie (S. 183 ff.); dazu auch Wade auf S. 129). Ihre Bindung, soweit sie existierten, ginge auf die Zustimmung der Öffentlichkeit und öffentlichen Meinung zurück – die letztlich ohnehin ausschlaggebend sei: »Die rechtliche Souveränität des Parlaments ist der politischen Souveränität der Nation untergeordnet.« (S. 445).

Für die heutige aktuelle Debatte wichtiger ist seine Gegenüberstellung der Souveränität des Parlaments und der *Rule of Law* als Basis eines Verfassungsverständnisses, das sich nicht den Anspruch eines Schutzes individueller Rechte, sondern individueller Freiheiten zu eigen macht. Gerade die Debatte um den Human Rights Act 1998 zeigt, wie sehr

dieses Verständnis auch heute noch Auseinandersetzungen zwischen englischem und kontinentaleuropäischem Recht prägt. Der Begriff der *Rule of Law* wird im Text zu Recht nicht übersetzt (außer in der Überschrift zu Kapitel XIII – warum eigentlich?). In ihm drückt sich ein Verständnis von der Kontrolle staatlicher Macht aus, nach dem das »allgemeine Recht« (*Common Law*) den Staat und seine Bediensteten in gleicher Weise bindet, wie es für die Bürgerinnen und Bürger untereinander gilt (S. 267 ff.). Deshalb wendet sich Dicey so heftig gegen ein eigenständiges Verwaltungsrecht oder Verwaltungsprozessrecht nach dem Vorbild des französischen *droit administratif* (oder gar des deutschen Verwaltungsrechts, das für ihn der *Rule of Law* noch ferner steht, S. 365 ff.). Die *Rule of Law* beruhe auf den Freiheiten des *Common Law*, deren Anwendungsbereich und Grenzen in den Kapiteln über das Recht auf persönliche Freiheit, das Recht auf Diskussionsfreiheit im Verhältnis zum Ehrenschatz und das Recht auf öffentliche Versammlung genauer beschrieben werden. Diese Freiheiten werden als Teil des allgemeinen (Zivil-)Rechts verstanden, sind also weder als subjektiv-öffentliche Rechte im Sinne von Ansprüchen gegen den Staat zu verstehen, noch als Gegenstand staatlicher Gewährleistung und staatlichen Schutzes. Den Unterschied hat unter anderem Alexy in seiner Theorie der Grundrechte behandelt; Diceys Darstellung zeigt die Relevanz dieser Unterscheidung. Wegen dieser Einordnung der Freiheiten kannte das englische Recht auch keinen Begriff der Staatsräson in unserem Sinne. Sie findet sich höchstens in den zivilrechtlichen Immunitäten, die aber keinesfalls auf staatliche Institutionen beschränkt sind; an ihrem Umfang ist zum Beispiel ablesbar, inwieweit Prärogativen/Ermessensbefugnisse der Exekutive anerkannt werden, die vom Grundsatz des *Common Law* als allgemeinem Recht nicht vorgesehen sind (S. 397; Wade weist schon darauf hin, dass Dicey im Interesse seiner Darstellung einige solcher Privilegien der Krone nicht berücksichtigt und so »ein günstigeres Bild der Freiheit des Einzelnen [gezeichnet habe], als dies seinerzeit tatsächlich der Fall war« [S. 78]).

4.

Der Unterschied liegt also weniger im Ausmaß von Freiheiten und Rechten, die über

das *Common Law* oder im kontinentaleuropäischen Verfassungsverständnis denkbar sind. Der Systemunterschied liegt vielmehr darin, »daß bei uns das Verfassungsrecht ... nicht Quelle, sondern Folge der Rechte des Einzelnen ist« (S. 274), und das heißt letztlich, dass es in England keine Rechtsquellenhierarchie zwischen Verfassung und Gesetz gibt. *Rule of Law* heißt damit Vorrang des Rechts, aber nicht Vorrang des Verfassungsrechts.

Und hier liegt das Verbindungsglied zum zweiten Grundsatz, den Dicey zuerst beschreibt, dem der Souveränität des Parlaments. Hier geht es auch um das Verhältnis verschiedener staatlicher Organe, aber vor allem um das Verhältnis zwischen Parlament und Gerichten (S. 175 ff.). Denn Souveränität des Parlaments bei der Befassung mit Gesetzen bedeutet nicht nur »die Kompetenz der Legislative, jegliches Gesetz, sei es fundamentaler oder anderer Natur, so einfach und in der gleichen Weise wie alle anderen Gesetze zu ändern«, sondern auch »das Fehlen jeglicher rechtlicher Unterscheidung zwischen Verfassungsgesetzen und anderen Gesetzen« (S. 195), also das Fehlen einer Normenhierarchie von Gesetzen. Das Parlament darf also auch in die privaten »allgemeinen« Rechte eingreifen: »Die Regierung kann den starren Regeln des Rechts, so wie es von den Richtern ausgelegt wird, nur entgegen, wenn es vom Parlament die Ermessensbefugnisse eingeräumt bekommt, die der Krone nach dem allgemeinen Recht versagt sind.« (S. 418, s. auch schon S. 167 f.).

Dicey vergleicht dieses System selbst mit anderen Modellen und erklärt zum Beispiel die Normenhierarchie als ein Phänomen föderaler Staaten (S. 229 ff.). Im Vergleich zum einen mit der damaligen französischen Verfassung, die zwar eine Normenhierarchie kannte, aber kein Verfassungsgericht (S. 217 ff.), und der Institution des US-amerikanischen Supreme Court kommt er zum Ergebnis: »Dieses System, das die Richter zu den Hütern der Verfassung macht, bildet die einzig adäquate Sicherung, die bisher gegen verfassungswidrige Gesetzgebung gefunden wurde.« Damit geht es bei dem Verhältnis von Souveränität des Parlaments und *Rule of Law* auch im Verständnis Diceys letztlich um das Verhältnis parlamentarischer zu richterlichen Kompetenzen.

Diceys unbedingtes Eintreten für den Grundsatz parlamentarischer Souveränität könnte man lediglich als eine notwendige Entwicklungsstufe des Rechts beschreiben. Die Auseinandersetzungen der letzten Jahre um den Human Rights Act 1998 zeigen aber, dass die darin enthaltene Frage der Macht der Gerichte durchaus noch aktuell ist. Mit ihr sind auch Fragen nach dem Demokratieverständnis verbunden, die im deutschen Recht schon lange nicht mehr gestellt werden, da das Grundgesetz insofern eine Entscheidung getroffen hat. Eine Re-Vergewisserung könnte sich aber durchaus lohnen, und es ist deshalb umso bedauerlicher, dass die Art und Weise, wie diese Übersetzung von Diceys Werk nun ohne ein eigenes inhaltliches Vorwort herausgegeben wird, suggeriert, eine Wiedergabe der Auseinandersetzungen von 1960 könnte diejenigen Aspekte von Diceys Text aufzeigen, die heute daran interessant sind.

Eine aktuelle Version einer demokratietheoretisch fundierten Kritik am Diskurs der »Rechte« leistet insbesondere der US-amerikanische Rechtsphilosoph Jeremy Waldron in »Law and Disagreement« (der zur aktuellen Debatte in England allerdings nicht ausdrücklich Position bezieht, dessen Werk aber in England zur Zeit nicht zufällig mit Interesse rezipiert wird). Er knüpft an Roberto Ungers Aussage an, die Jurisprudenz habe generell ein ungeklärtes Verhältnis zur Demokratie. Dies äußere sich insbesondere in der Art und Weise, wie sie den Prozess der Gesetzgebung analytisch vernachlässige. Demokratie bedeute aber vor allem, mit gegensätzlichen Vorstellungen umzugehen und trotz oder gerade wegen der Gegensätzlichkeit von Auffassungen zu Entscheidungen zu kommen, die den Respekt vor der anderen Meinung enthielten. Der moderne Rechtspositivismus stelle sich jedoch den Gesetzgeber nach wie vor wie ein einzelnes Individuum vor (S. 42). Er bezieht sich dabei unter anderem auf Hart und Rawls; vor allem aber prä-

sentierte sich das diskursiv und argumentativ geschriebene Werk in weiten Strecken als »Anti-Dworkin«.

Dabei geht es Waldron nicht darum, dass Rechte und die Debatte über sie keine Rolle spielen sollten. Das Reden über Rechte und die Behauptung, man habe ein Recht, sei immer auch eine Behauptung über die Bedeutung des Gegenstandes (S. 219). »Disagreement [about rights] is a sign that people *take rights seriously*« (S. 311). Politisch kontroverse Fragen seien aber in der Regel auch dann kontrovers, wenn sie in Rechtsfragen verwandelt seien. Letztlich gehe es also nur um die Frage nach den Entscheidungskompetenzen. Deshalb formuliert er die Frage nach einer »Bill of Rights« um in die Frage, »whether to assign controversial issues of rights to courts or legislatures – to an elite of wise men or to the representatives of the people who will be affected by the determination« (S. 231). Seine Stellungnahme für die Zuweisung an den Gesetzgeber begründet er nicht instrumentell, sondern grundsätzlich mit seinem Begriff von »Rechten/rights«: Die Zuerkennung von Rechten an Individuen sei ein Akt des Vertrauens in die moralische Handlungs- und Urteilsfähigkeit eines jeden (S. 222); demgegenüber zeige sich im Ruf nach einer über den Gesetzen stehenden Rechtscharta mehr Misstrauen als Respekt gegenüber den Mitbürgerinnen und Mitbürgern.

6.

Konvergenz der kontinentaleuropäischen und englischen Rechtsordnungen hieß bislang meist, das englische Rechtssystem habe sich im Zuge der europäischen Einigung auf die kontinentalen Rechtsordnungen hin zu bewegen. Schade wäre es allerdings, wenn dies zur Folge hätte, dass Diskussionsanstöße aus der von Dicey analysierten Tradition deshalb nicht mehr wahrgenommen würden.

Eva Kocher