

# Buchbesprechungen

*Felix Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich, Heidelberg 1991 (v. Decker), 174 S., DM 84,-.*

1. Diese Frankfurter Habilitationsschrift ist schon deshalb beachtenswert, weil sie von einschlägigen Standards abweicht; sie ist eloquent, klar, streitbar, kurz, teilweise sogar witzig. Ihr Gegenstand wird strafrechtsdogmatisch bezeichnet als »abstrakte Gefährdungsdelikte«; gemeint sind Verhaltensweisen, die kein herkömmliches Individualrechtsgut beeinträchtigen oder konkret gefährden, von denen aber gesetzgeberisch (abstrakt) angenommen wird, daß sie häufig zu Rechtsgutsbeeinträchtigungen führen. Die daran geknüpften Sanktionen sind meist (nicht immer, vgl. § 306 StGB) mäßig. Der wohl am häufigsten angewandte abstrakte Gefährdungstatbestand erfaßt die Trunkenheit im Straßenverkehr; weitere Beispiele: Fahren ohne Führerschein, unerlaubter Waffenbesitz, Subventionsbetrug, Kreditbetrug. Vor allem im Bereich staatlicher Wirtschaftsregulierung und des Umweltschutzes werden derzeit abstrakte Gefährdungstatbestände eingeführt (begründen aber relativ selten Verurteilungen). An ihnen vor allem macht sich Herzogs Kritik fest, die im Ergebnis aber zur Ablehnung aller abstrakten Gefährdungstatbestände führt, weil durch sie das Strafrecht »in seiner Kraft, fundamentale Normen der interpersonalen Anerkennung zu behaupten, geschwächt« werde (S. 73).

2. Herzog zeichnet zunächst die Auseinandersetzung der Strafrechtslehre des 19. und 20. Jahrhunderts mit den abstrakten Gefährdungstatbeständen nach. Es zeigt sich nach der ablehnenden Stellungnahme Feuerbachs eine zunehmende Akzeptanz dieser Tatbestände, weil sie sich gegen die »Erschütterun-

gen« der den Bürgern wichtigen »Daseinsgewißheit« ihrer Rechtsgüter richteten (Binding) und als »Sicherheitsnormen« relative »Sorglosigkeit« des Umgangs mit Rechtsgütern ermöglichten (Kindhäuser). Herzog hält diese Begründung für unzulänglich, weil damit auf die »substantielle« Begrenzung des Strafrechts, die sich aus dem Kriterium der Verletzung eines herkömmlichen Individualrechtsguts ergeben habe, verzichtet, die Reichweite des Strafrechts also »gesetzgeberischer Dezision« und den jeweils mächtigsten Interessen ausgeliefert werde. Auf präventive Sicherheit bezogenen Universalrechtsgütern wie »Reinheit der Amtsführung« (bei den Bestechungsdelikten), »gerichtliche Wahrheitsfindung« (bei den Aussagedelikten) fehle die »Handgreiflichkeit« (S. 34) und damit Bestimmtheit herkömmlicher Rechtsgüter; ihre Verletzung spiele sich nur »in der Vorstellungswelt« ab. Auch werde mit ihrer Anerkennung die Frage abgeschnitten, ob und inwieweit jeweils ein Individualrechtsgut betroffen sei. Durch vorverlagerte Straftatbestände im Wirtschaftsverkehr werde weiter das Prinzip der Subsidiarität des Strafrechts, d. h. seines Nachranges gegenüber sozialer Selbst- und verwaltungsrechtlicher Regulation verletzt.

Im übrigen wird auf schon bekannte Lockerungen der Rechtsstaatlichkeit durch die präventive Vorverlagerung des Strafrechts hingewiesen: die Verdachtsstrafbarkeit und die Pönalisierung von Umgehungshandlungen beim Subventionsbetrug, die beim Umweltschutz zunehmende Abhängigkeit des präventiven Strafrechts von Verwaltungsentscheidungen, die ihrerseits oft auf kooperativen Vereinbarungen mit mächtigen Umweltnutzern beruhen. Auch im Wirtschaftsstrafrecht macht sich die rechtsstaatlich fragwürdige Tendenz zum Deal bemerkbar. Zu ergänzen wäre, daß die Alternative zu dieser Lockerung, die

strikte Durchsetzung der abstrakten Gefährdungsverbote, eine Tendenz zur autoritären Orientierung der Bürger enthielte, denn diese würden genötigt, nicht mehr das je konkrete Rechtsgut zu achten und seine Verletzung zu meiden, vielmehr ungeachtet dessen davon abstrahierende Verbotsnormen zu befolgen. Freilich ist die Entstehung eines solchen Normfetischismus nicht eben wahrscheinlich.

Im ungewöhnlich klar und anregend formulierten theoretischen Teil der Arbeit geht Herzog zunächst der Frage nach, warum eine Situation abstrakt möglicher Schädigungen als derart gefährlich erfahren wird, daß die Gefahrbeherrschung von den Bürgern an das staatliche Strafrecht delegiert wird. Ursächlich dafür sei der »Verlust traditionaler gesellschaftlicher Ordnung und Orientierung, der Verfall von Wertorientierungen« (S. 70); infolgedessen schwinde das Selbstvertrauen, das Vertrauen in andere Gesellschaftsmitglieder und damit die Bereitschaft zu sozial autonomer Bearbeitung der Gefahrerfahrungen. Das Strafrecht erscheine dann als das für die Daseinsvorsorge geeignete regulatorische Instrument. Damit aber gerate es in das (von Teubner dargestellte) »Trilemma«; wegen der Eigensinnigkeit der zu regulierenden Verhältnisse bleibe es wirkungslos und werde damit diskreditiert; oder es stelle die noch vorhandenen Kräfte zu sozialer Selbstregulation still; oder es passe sich der Komplexität der Verhältnisse an (folge z. B. kooperativem Verwaltungshandeln) und werde dadurch selbst in seiner Rechtsstaatlichkeit zersetzt. Die oft beklagten Vollzugsdefizite des Wirtschafts- und Umweltstrafrechts seien in dem grundsätzlich verfehlten Einsatz des Strafrechts in diesen Bereichen angelegt.

Den dargestellten Zusammenhang illustriert Herzog in einem brillant ausgeführten historischen Exkurs anhand des im 16. Jahrhundert gescheiterten Versuchs, durch die Reichspolizeiordnung das Wucherunwesen zu bekämpfen.

3. Einige Einwände: Herzog befürchtet einen Verlust an Legitimation des Kernstrafrechts durch die überzogenen Gefährdungstatbestände. Ein solcher Verlust könnte jedoch auch entstehen, wenn Herzogs Forderungen verwirklicht würden: Es ist fraglich, ob in einer Zivilisation, in der das physische und psychische Leben der Einzelnen weitgehend sozial vermittelt, also beständig auf das Funktionieren der sozialen Medien, auf Sicherhei-

ten, angewiesen ist, die scharfen Eingriffe des Strafrechts allein auf den Schutz einzelner handgreiflicher Güter orientiert werden können, ohne als Atavismus zu erscheinen, der nicht mehr ernst zu nehmen ist. Herzog weist darauf, daß die Störungen von Sicherheiten auch ohne Strafrecht bewältigt werden können; zunehmend wird dies jedoch auch bezüglich der Beeinträchtigung von Individualrechtsgütern behauptet, womit wiederum fraglich wird, ob durch eine diesbezügliche Beschränkung die Legitimität des Strafrechts zu retten ist.

4. Als Begründung für die Ausweitung des Strafrechts ist nach Herzogs Ansicht das Streben nach Sicherheit inakzeptabel, weil damit keine Grenze des Strafrechts angegeben wird. Das ist in der Tat das zentrale Problem. Das Sicherheitsstreben läßt unendliche Ausweitungen der Prävention zu. Ob allerdings der »herkömmliche Rechtsgüterschutz«, den Herzog immer wieder als rechtsstaatlich prinzipiell akzeptable Konzeption dem Sicherheitsstreben gegenüberstellt, das Strafrecht soviel strikter begrenzt, läßt sich bezweifeln. Denn dieses Konzept legitimiert den Schutz aller Rechtsgüter rundum, gegen alle möglichen Beeinträchtigungen. Solche kommen in einer intensiv integrierten Zivilisation permanent vor. Jede Autofahrt trägt mit ihren Emissionen zu Beeinträchtigungen von Körperintegrität bei. Daß insofern von strafbarer Lebensverkürzung oder Körperverletzung keine Rede ist, hängt mit – neben anderem – der von Herzog verpönten Kategorie der Sozialadäquanz zusammen.

Den zu schützenden Sicherheiten fehlt allerdings die *Handgreiflichkeit*; sie geben dem Strafrecht keine »substantielle« Begründung. Ihre Beeinträchtigung ist nicht deutlich bestimmt (S. 34). Aber auch insofern steht es in letzter Zeit mit den herkömmlichen Rechtsgütern nicht mehr viel besser: Verwissenschaftlichung und Technisierung lassen uns zwischen den Händen zerfallen, was wir einst zu greifen glaubten: Ist ein Auto eine Sache oder eine Zusammenstellung von Teilen (relevant z. B., wenn es zerlegt wird: Sachbeschädigung)? Die Entscheidung ergibt sich nicht »handgreiflich«, sondern aus Erwägungen, die wiederum unter die Kategorie »Sozialadäquanz« fallen. Ist Körperintegrität beschädigt, wenn nach Einritt des Hirntodes bei künstlich aufrechterhaltenem Kreislauf explantiert wird? Wenn Umwelteinflüsse bewirken, daß jemand künftig möglicherweise

ein Jahr früher stirbt als ohne sie – gegenwärtige Körperverletzung? Welche Umwelteinflüsse muß man »wegdenken«, wenn Körperintegrität angenommen werden soll? – Unter dem Aspekt moderner Wissenschaft erweisen sich wohl Leben, Körperintegrität, Sache, überhaupt jeder *Gegenstand* als sozial gesteuerte Veranstaltungen, Selektionsleistungen, und wenn sie als identische Rechtsgüter gelten sollen, so liegt dem eine Bewertung zugrunde, für die wir aus dem »Herkömmlichen« wenig Sicherheit gewinnen können. Herzogs häufiger Rückgriff auf die »fundamentalen« Rechtsgüter hat zuweilen etwas Fundamentalistisches. Nicht ohne Grund erweist sich in der (von Herzog ansonsten beifällig zitierten) Untersuchung von G. Jakobs (ZStW 97, 751 ff.) die Rechtsgutsverletzung als »soziale Störung«, eine wertungsoffene Sache also, die sich großenteils »in der Vorstellungswelt« abspielt. Warum soll dann nicht auch die »Reinheit der Amtsführung« als Rechtsgut anerkannt werden?

Daß damit die Frage nach den je implizierten Individualinteressen abgeschnitten wird (S. 34), ist wiederum schon bei den herkömmlichen Rechtsgütern angelegt: Leib, Leben, Freiheit, Eigentum werden grundsätzlich unter Absehung von den jeweils darauf gerichteten Interessen geschützt.

Alles in allem macht sich Herzog die – im Grundsatz zweifellos berechtigte – Kritik der abstrakten Gefährdungstatbestände etwas zu leicht. Die expansive Tendenz des Strafrechts ist schon angelegt in der Verstaatlichung von Schutz und Definition der Rechtsgüter sowie der damit verbundenen Abstraktion vom Konflikt konkreter Individuen (staatliches Anklagemonopol, Verfolgungspflicht, Abwendung vom Talionsprinzip zugunsten abstrakterer Abgeltungsformen etc.). Die abstrakten Gefährdungstatbestände sind eine quantitative Erweiterung jener Expansion. Der von Herzog so einprägsam dargestellte Versuch strafrechtlicher Wirtschaftsregulierung durch die Reichspolizeiordnung fand übrigens annähernd gleichzeitig mit dem Entstehen des herkömmlichen staatlichen Rechtsgüterschutzes (Pazifizierung, Inquisitionsprozeß, Zurückdrängung privater Reaktionsformen) statt. Im Hinblick auf die Problematik des herkömmlichen Rechtsgüterschutzes ist es wichtig, daß Herzog noch eine andere Alternative zum präventiven Strafrecht andeutet: die künftige Beschränkung des Strafrechts auf die Behauptung funda-

mentaler Normen interpersonaler Anerkennung.

5. Gegen die Gefährdungstatbestände im Wirtschaftsstrafrecht macht Herzog das *Subsidiaritätsprinzip* geltend (S. 119 ff.). Es verlangt, daß strafrechtliche Maßnahmen nachrangig bleiben gegenüber weniger scharfen Maßnahmen des Rechtsgüterschutzes. Umstritten ist allerdings der Bezugsrahmen, in dem die Relation berücksichtigt werden soll. Herzog will ihn weit fassen: Nur wenn der Selbstschutz der Marktteilnehmer und eventuelle umfassende bürokratische Melde-, Genehmigungs- und Zulassungsvorschriften ein Schutzziel nicht erreichten, dürfe mit strafrechtlichen Mitteln eingegriffen werden. Verallgemeinert bedeutet dies, daß alle Bürger zur Vermeidung strafrechtlicher Eingriffe gegen Einzelne beitragen müssen. In Teilbereichen hat das Plausibilität: Bevor wegen Laddendiebstahls gestraft wird, könnte verlangt werden, daß Werbung unterbleibt, die ihn provoziert. Aber soll vergewaltigten Frauen vorgehalten werden, sie hätten nachts doch besser zu Hause bleiben sollen, um den Übergriff zu vermeiden? Soll der Straßenverkehr polizeilich so verregelt und kontrolliert werden, daß kriminelles Verhalten minimiert wird? Zweifellos ist all das nicht gemeint. Warum soll dann im Wirtschaftssystem der Einsatz des Strafrechts anstelle »umfassender bürokratischer Gängelung« gegen das Subsidiaritätsprinzip verstoßen? Hier fehlt, was Herzog von seinen Kontrahenten sehr unachtsichtig fordert: Die Grenze eines postulierten Prinzips, das unbegrenzt nicht gelten kann, wäre anzugeben.

6. Herzog definiert sich in seinen Studien als »kritischer Revisor« und hat sie erklärtermaßen als »Streitschrift« formuliert. Das macht Lust zum Widerspruch, der im Vorangegangenen breit vorgetragen wurde – übermäßig breit im Verhältnis zum Gehalt der Studie: Deren Hauptthese, daß mit der Pönalisierung abstrakter Gefährdungen eine problematische Expansion des Strafrechts forciert wird, ist scharfsinnig, anregend und ungewöhnlich mutig begründet. Diese Qualitäten lassen sich nicht hinreichend referieren; man muß das Buch lesen.

Rainer Keller

Stephan Meder, *Schadensersatz als Enttäuschungsverarbeitung – Zur erkenntnistheoretischen Grundlegung eines modernen Schadensbegriffs*. Schriften zur Rechtstheorie Heft 135, Berlin 1989 (Duncker & Humblot), 178 S., DM 68,-.

Die aus einer in Frankfurt a. M. verfaßten Dissertation hervorgegangene Arbeit unternimmt es, die neuere Schadensrechtsentwicklung erkenntnistheoretisch zu grundieren. Als »Aufhänger« dient dem Verfasser jener von Günther Anders im Oktober 1949 notierte Fall aus Seattle, in dem eine Frau dafür in Geld entschädigt werden wollte, daß sie trotz einer an ihrem Ehemann vorgenommenen Vasektomie schwanger geworden war und nun das Gespött der Leute fürchtete, die sich ihren leider nicht nur passenden Reim darauf machten. Meder konstatiert hieran exemplarisch eine Entwicklung, die sich dadurch auszeichne, »daß heute auch subtile psychische Regungen in Gestalt von sogenannten immateriellen Schäden vor Gericht öffentlich gemacht, dort behandelt und in Geld bewertet werden können« (gleich zu Beginn seines Textes S. 17), und deutet die Funktion eines sich darauf einlassenden Schadensrechts frühzeitig als »symbolische Stabilisierung einer durch das enttäuschende Ereignis verunsicherten Persönlichkeit« (S. 19).

Überspringen wir vorerst – gewissermaßen aus rezensionsdidaktischen Gründen – die Kernteile der Arbeit, weil dieser Aspekt ziemlich an deren Ende unter der Überschrift »Zur symbolischen Funktion des Schadensersatzrechts« wieder aufgenommen wird (S. 147 ff.), so erfahren wir, daß in den Fällen unwiederbringlich verlorener individueller Erlebnis- und Nutzungsmöglichkeiten die Schadensersatzzahlung eine Art von Enttäuschungsbehandlung darstelle, »die durch den Einsatz des symbolischen Mittels Geld darüber hinweghelfen soll, daß sich gewisse Erwartungen nicht immer erfüllen«, und daß eine solche Orientierungsbeschaffung durch Recht im Wege einer Anerkennung von Schadensersatzansprüchen nicht davon abhängen könne, »ob eine Beeinträchtigung ›materiell‹ oder ›immateriell‹ war, ob die Zahlung eines Geldbetrags ›wirklich‹ oder ›scheinbar‹, das heißt symbolisch ein Äquivalent für eine erlittene seelische Beeinträchtigung darstellt«.

So weit – so gut. Wer allein dies gelesen hat,

sollte meinen, daß sich der Autor in den ausgesparten Passagen zunächst darum gekümmert hat, den Gründen dafür nachzuspüren, weshalb die Menschen immer weniger bereit sind, enttäuschte Erwartungen klaglos hinzunehmen, und sodann daran gegangen ist, dieses internationale Phänomen auf seine Berücksichtigungsfähigkeit auch in unserem, diesbezüglich scheinbar sperrigen Schadensrecht zu untersuchen. Zu letzterem hätte es dann nahegelegen, die gesetzgeberische Entscheidung zu § 253 BGB auf den Prüfstand zu stellen. Auf diese Weise hätte Meder der rechtsvergleichenden Analyse von Magnus, die er freilich nirgendwo berücksichtigt hat (für die Leserschaft dieser Zeitschrift besprochen von Brüggemeier Jg. 1989, 511 ff.), gleichsam erkenntnistheoretischen Flankenschutz geben können.

Stattdessen läßt er sich auf den unseligen Streit um die Vermögensqualität verdorbener Reisefreuden und vereitelter Gebrauchsmöglichkeiten ein, für den sein an Luhmann (Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, S. 27 ff.) angelegter Ansatz, Recht als kongruente Generalisierung von Verhaltenserwartungen zu begreifen (ausgeführt bei Meder S. 107 ff.), nichts hergibt (1) und dessen Entscheidung er für die von ihm angestrebten Ergebnisse auch gar nicht benötigt (2). Als Folge präsentiert sich eine Darstellung, deren einzelne Stationen – je für sich genommen – durchaus interessant sind, deren Gesamtheit jedoch diffus bleibt, weil die Einzeltrträge sich zu keiner einheitlichen Summe aufaddieren lassen.

(1) Das Verständnis von Recht »als Struktur eines sozialen Systems, die auf kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen beruht« (Luhmann a. a. O. S. 105) setzt viel zu allgemein an, um Aussagen darüber machen zu können, welche Qualität diese Erwartungen im einzelnen haben und welche Art von Sanktionen im Enttäuschungsfall angezeigt ist. Das erkennt natürlich auch Meder, der deshalb weiter ausholt und den Weg vom traditionell abendländischen Dualismus, dem er die konventionelle Schadensauffassung zuordnet, hin zum kybernetischen bzw. systemtheoretischen Monismus beschreibt, in dem er die neuere schadensrechtliche Entwicklung aufgehoben wähnt (S. 54 ff.). Daraus zieht er S. 68 den eigenartigen Schluß, daß die Dogmatik des Vermögensschadens neben den herkömmlichen materiellen Schäden prinzipiell auch immaterielle Einbußen erfassen müsse. Um frei-

lich bei diesem Paradoxon nicht stehen zu bleiben, diagnostiziert er im anschließenden Abschnitt ›Schadensrechtliche Wertermittlung im Wandel unter Berufung auf Baudrillard (der seinerseits auf de Saussure Bezug nimmt) die Ablösung der vormaligen Unterscheidung zwischen Gebrauchs- und Tauschwert und gelangt S. 82 von daher zu der wiederumbefremdlichen Einsicht, daß anhand solchen Paradigmenwechsels auch der *Tauschwert* einer lediglich subjektiven *Gebrauchseinbuße* in Geld errechenbar sei. Wie dies in concreto und erkenntnistheoretisch stringent bewerkstelligt werden soll, wird leider nicht beantwortet. Dafür genügt jedenfalls die Übernahme des Schlagworts von der eigenwirtschaftlichen Verwendungsplanung nicht (S. 86 f.), bei deren Durchkreuzung der BGH übrigens durchaus nicht »referenzlos« verfährt: Der Sockelbetrag ist nach wie vor marktbezogen und folgt sinnigerweise dem sonst von diesem bekanntlich abgelehnten Frustrierungsgedanken (BGHZ 98, 212, 225 f.). Lediglich der ominöse maßvolle Aufschlag fügt sich keiner präzisen Bewertung und teilt damit das Schicksal der schadensrechtlichen Sanktionen, die uns als »angemessene« bzw. »billige« Entschädigung in Geld geläufig sind.

(2) Damit sind wir bei dem angelangt, was Meder – wenn ich ihn halbwegs verstanden habe – für unabweislich hält: nämlich die prinzipielle Reaktion des Rechts auf die Enttäuschung wie auch immer relevanter Erwartungen. Bezogen auf das Schadensrecht meint dies die prinzipielle Kompensierbarkeit nicht genau taxierbarer Einbußen über den bislang dotierten Bereich hinaus. Dazu ist es nun aber weder hilfreich noch erforderlich, den Vermögensschadensbegriff zu strapazieren. Die Differenzierung in die Sphären des Materiellen und des Immateriellen, die längst nicht mehr so naiv-realistisch erfolgt, wie Meder es gelegentlich erscheint, ist ja auch eine gesellschaftliche Orientierungsleistung, und die mit ihr erzielte Reduktion sozial-ökonomischer Komplexität sollte nicht ohne Not preisgegeben werden. Der korrekte Einstieg hätte vielmehr – wie bereits angedeutet – bei § 253 BGB gelegen, auf den der Verfasser relativ spät (S. 131, 134 ff.) zu sprechen kommt. Sind die dieser Vorschrift zugrunde liegenden legislatorischen Vorstellungen für uns noch so verbindlich, daß wir uns ihnen auch heute noch beugen müssen, oder gibt es – auch erkenntnistheoretische –

Einsichten, anhand deren wir das prinzipielle Kompensationsverbot lockern können? Im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist diese Doppelfrage, wenngleich vordergründig auf verfassungsrechtlicher Basis, längst im zweiten Sinne beantwortet worden. Daran wäre anzuknüpfen gewesen, zumal § 847 BGB eigens die Freiheit im durchweg so verstandenen Sinne räumlicher Beweglichkeit nennt, auf die das für die Judikatur von Anbeginn zentrale Moment der jederzeitigen Nutzbarkeit von Kraftfahrzeugen (BGHZ 40, 345, 349) geradewegs hinführt. Das soll keineswegs heißen, daß auf solchem Wege die Dinge zwanglos in's Lot gebracht werden könnten. Vieles in diesem Buch wäre aber stimmiger gewesen, hätte Meder ihn begangen.

So wirken seine Ausführungen im Ergebnis ziemlich affirmativ, bestätigt er doch letztlich die Rechtsprechung gegenüber einer gelegentlich als anachronistisch gebrandmarkten, ansonsten als wenig förderlich eingestuften Lehre. Symptomatisch hierfür ist sein Umgang mit der ja vom BGH so gern bemühten Verkehrsauffassung. Der Kritik mangelnder empirischer Absicherung hält er entgegen, damit werde der Gesichtspunkt der Ökonomie des Konsenses verkannt, und fährt fort: »Es geht nicht darum, möglichst viel ›Objektivität‹ durch genau abgezählte Meinungsäußerungen zu erlangen, sondern um die praktische Durchführung evolutionärer Selektion, wofür das aktuelle Erleben und Erwarten einiger weniger genügt« (S. 115). Daß man an dieser Stelle den Legitimationsaspekt aufwerfen könnte oder gar müßte – immerhin wird von Erwartungshaltungen gehandelt, die von *Rechts* wegen aufzunehmen sind –, kommt Meder überhaupt nicht erst in den Sinn. Mit den diesbezüglichen Bedenken im Vorlagebeschuß des V. Senats (JZ 1986, 387, 391 f.) setzt er sich folglich auch nicht auseinander. Es genügt ihm offenbar die Dezision einiger von ganz wenigen, um das Resultat erkenntnistheoretisch zu halten. In dessen Gefolge hat sich natürlich eine entsprechende Erwartungskonstanz der kraftfahrenden Bevölkerung entwickelt (S. 121); jedoch ließe sich zuzuguterletzt die Frage daran knüpfen, ob die so Begünstigten auch wissen, daß sie, da auch bei einer Versicherung das Geld nicht vom Himmel fällt, dafür selbst zahlen müssen, und ob sie dann auch noch so »leidenschaftliches Interesse« (S. 115 unter Verweis auf Schäfer, Soziale Schäden, soziale Kosten und

soziale Sicherung, 1972, S. 120) daran hätten.

Mit einem heute (6. 3. 1992) im Vermischten der SZ berichteten Fall sei der Bogen an den Eingang zurückgeschlagen: Einem Japaner ist ein Schmerzensgeld zuerkannt worden, weil seine Großmutter seine – ansonsten wohl wertlosen – Comic-Hefte weggeworfen hatte. Hätte ich nicht vorher die Arbeit von Meder gelesen, wäre ich nie darauf gekommen, daß man dabei auch an einen Vermögensschaden denken könnte. Die dazu passende Rubrik könnte »verdorbene Sammlerfreude« lauten. Doch lassen wir das, sonst müßte ich noch die eigene Enttäuschung darüber reklamieren, daß ein fraglos talentierter Autor sein reizvolles Theorie-Versprechen leider kaum eingelöst hat.

*Eike Schmidt*

*Ulrich Rödel/Günter Frankenberg/Helmut Dubiel, Die demokratische Frage. Ein Essay, Frankfurt am Main (Suhrkamp), 220 S., DM 14,-.*

Frühjahr 1990 war es, also genau zwei Jahre her, daß der Verfasser dieser Zeilen das zu besprechende Buch von einem Redakteur der »Kritischen Justiz« mit der Bemerkung überreicht bekam: »Hier, bitte: Eine Banane der Intellektuellen!«. Die Steigerung des Genusses exotischer Früchte jeglicher Art, die für uns damalige DDR-Bürger schon von deren Exklusivität auszugehen schien und die wohl so oder so bei den meisten von uns zumindest zeitweilig auch die Kritikfähigkeit nicht unbeeinträchtigt gelassen hat, wäre sicherlich ein, wahrscheinlich jedoch noch nicht einmal das ausschlaggebende Moment gewesen, welches damals zweifellos eine wesentlich andere als die jetzt abzuliefernde Rezension inspiriert hätte. Vor allem die inzwischen erfahrenen sozialen Abläufe lassen den Text heute auf eine andere Weise lesen. Zwar bestärken sie die Verfasser ohne weiteres darin, wie unerlässlich es ist, die demokratische Frage immer wieder neu zu formulieren und jede Behauptung ad absurdum zu führen, irgendeine gesellschaftliche Praxis bisher hätte sie schon auf (end-)gültige Weise gestellt und beantwortet. War aber 1989/90 noch die Zeit der Hoffnung, so nicht zuletzt deshalb, weil ge-

rade von einem angenommenen enormen Prestigeschub der Demokratie stabilisierende Wirkungen in bezug auf die megakrisenhafte Weltsituation erwartet werden konnten. Inzwischen gibt es jedoch Stimmen, wie etwa die Ossip K. Flechtheims, die meinen, daß die existentielle Gefährdung der Menschheit nie, auch nicht zu Zeiten der eisigsten Systemkonfrontation, so akut war wie heute – von der Kriegsgefahr über die Umweltbedrohung bis zu fortschreitenden Kultur- und individuellen Identitätsverlusten. Diese Tendenz wäre aber jedenfalls nur noch unter Schwierigkeiten innerhalb eines Interpretationszusammenhanges, in dem der Zusammenbruch des sogenannten »realen Sozialismus« als das Werk der engagierten, aktiven, mutig gewaltlosen Widerstand leistenden Demokraten in diesen Ländern gedeutet würde, erklärbar. So bitter es auch ankommen mag – die konservative Rede von einem letztlichem Sieg im kalten Krieg scheint da schon näher bei der historischen Wahrheit zu liegen. Nicht zuletzt deshalb verbreiten die Antworten, die Rödel, Frankenberg und Dubiel auf die demokratische Frage bereithalten, wenn man sie heute zur Kenntnis nimmt, nicht nur Nachdenklichkeit, sondern zuweilen auch Hilflosigkeit. Soll daher an dieser Stelle versucht werden, das eine oder andere noch einmal nachzufragen, so bezieht sich das weniger auf Einzelpunkte als auf einige theoretische und soziale Voraussetzungen des Projekts insgesamt. Es macht daher Sinn, zunächst den Grundgedanken des Essays wenigstens andeutungsweise im Zusammenhang wiederzugeben.

Ihren gedanklichen Ausgangspunkt entwickeln die Autoren zunächst über eine gehaltvollere Bestimmung dessen, was ansonsten zwar bei vielerlei Gelegenheit, meist jedoch zu lapidar als Zivilgesellschaft gehandelt wird. In ihr unterliegt das Standardelement der funktionierenden Öffentlichkeit einer liberal und marktwirtschaftlich organisierten Gesellschaft einer weitreichenden Umbestimmung. Unter Öffentlichkeit wird hier nämlich der Raum freier politischer Kommunikation *unabhängig* von der politischen Macht verstanden. Ein solches Verständnis ist dann gerade nicht auf »die Fiktion eines Allgemeinwillens oder eines allgemein geteilten Bewußtseins der Gesellschaft von sich selbst« (S. 117) angewiesen. Es setzt vielmehr auf eine »Pluralität von Meinungen, Assoziationen und Handlungsformen« (S. 101 f.). Institutionell abgesichert sieht es diesen Raum in

einer Interpretation von individuellen Freiheits- und Menschenrechten, der deren traditionelle funktionale Bestimmung als Abwehrmöglichkeit staatlicher Eingriffe in eine autonome Sphäre des Einzelnen nicht genügt und in der sie deshalb im Anschluß an C. Lefort als politische Kommunikationsrechte erklärt sind (S. 102). In dieser Perspektive wäre dann politische Gleichheit nicht mehr transzendent, sondern als »in der Geschichte *tatsächlich* vollzogene, vorgängige wechselseitige Anerkennung der Mitglieder der Zivilgesellschaft als freie und gleiche Individuen« (S. 103) darstellbar. Sie ginge schließlich auf in einem Projekt der gemeinsamen *Selbstregierung* jener sich wechselseitig als frei und gleich anerkennenden Individuen. In diesem Projekt wäre zugleich die Konsequenz aus der Erfahrung mit dem traditionell favorisierten Projekt der *Selbstgesetzgebung* gezogen, welches nicht mit der geschichtlichen Tatsache umzugehen vermag, »daß die menschliche Vernunft fallibel und die Anwendung vernünftiger Prinzipien in gesellschaftlichen Konfliktlagen uneindeutig ist« (S. 104).

Die einem solchen Ausgangspunkt naheliegende demokratische Sehlußfolgerung: »Gleiche Macht für alle!« leitet zur zentralen These von Rödel, Frankenberg und Dubiel über. Sie führt nämlich nicht, wie bei C. Castoriadis und anderen Protagonisten der »direkten Demokratie«, zu der Konsequenz einer »permanenten Selbstorganisation der Gesellschaft durch tatsächliche Partizipation aller an der Macht« (S. 124). Vielmehr steht hinter ihr die Idee einer permanenten Selbstinstitutionalisierung der Zivilgesellschaft vermittels des symbolischen Dispositivs der Demokratie (S. 111). Ein solches symbolisches Dispositiv der Demokratie, dessen theoretische Entwicklung die Verfasser ebenfalls bei Lefort vorfanden, hat zunächst zur gedanklichen Voraussetzung, daß die symbolische Stelle der Macht, die in früheren Geschichtsabschnitten etwa durch die Kirche oder den absoluten Monarchen besetzt gehalten war, als Folge der bürgerlichen Revolution leer wird. Das Gründungsversprechen der Zivilgesellschaft, das im Essay am exemplarischen, weil nach Meinung der Verfasser konsequentesten Beispiel der amerikanischen Bundesverfassung rekonstruiert wird, besteht dann darin, diese symbolische Stelle der Macht dadurch auf Dauer leer zu halten, daß die Mitglieder der Zivilgesellschaft über »die energische Betätigung der Kommunikationsrechte

im Sinne eines robusten Diskurses« (S. 108) die »Institutionalisierung eines zeitlich unabschließbaren, allen geöffneten Dauerkonflikts über die Errichtung des politischen Gemeinwesens« (S. 140) betreiben. Dieses Gründungsversprechen, das, wie im Falle der BRD, auch nachholend erteilt werden könne (S. 77), müsse jedenfalls, wo wird ein Gedanke von Hannah Arendt eingeführt, in der alltäglichen Praxis immer wieder neu gegeben werden. Einzig eine solche alltägliche symbolische Neugründung stehe ein für die prinzipielle Offenheit des demokratischen Prozesses, die ihrerseits wiederum nur über die symbolische Institutionalisierung des politischen Willens unaufhörlich wechselnder Mehrheiten abgesichert werden könne (S. 91). Der Institutionalisierungsprozeß selbst ist dann, gerade weil er als symbolischer Neugründungsakt die Wahlfrage gar nicht meinen kann, nur als ein Vorgang verständlich, der immer wieder neu öffentliche Handlungsarenen erschließt (S. 72).

An diesem Punkt nun erfolgt einer der vielen Umschnitte zwischen Zivilgesellschaft als Idealtypus, praktisch gemeintem Entwurf und empirischer Realität. Das Projekt der Zivilgesellschaft nämlich gegen die gesellschaftliche Praxis gehalten, werden in letzterer bekanntlich entscheidende soziale Räume einem exklusiven Kreis von Machhabern reserviert und vor der Öffentlichkeit verschlossen gehalten. Dieser Befund veranlaßte Hannah Arendt zu der Aussage, daß sich die alltägliche Neugründung der Zivilgesellschaft im politischen Protest vollziehe. Im Eingangskapitel des Buches avanciert deshalb der zivile Ungehorsam zum eigentlichen, sozial hoch effektiven Verfahren der »Ausfüllung des öffentlichen Raumes«, um Mehrheiten, deren Legitimität bereits anerkannt ist, dennoch unter Legitimationsdruck zu setzen und so »den Wechsel von Mehrheit und Minderheit in Gang zu halten« (S. 46). Im zivilen Ungehorsam wird insoweit die neu gestellte Frage der Demokratie schlechthin ausgemacht (S. 38).

Zu bescheinigen ist einem solchen Entwurf ohne Zweifel, daß er sein Versprechen eingelöst hat, die Lager von Institutionalistinnen und Anti-Institutionalistinnen oder auch von Anhängern direkter und Befürwortern repräsentativer Demokratie verlassen zu wollen (S. 20). Hiermit ist wahrscheinlich zugleich der heutzutage einzig erfolgversprechende Ausgangspunkt in der Demokratie-Debatte eingenom-

men. Weiterhin ist zu konstatieren, daß von ihm ausgehend alle wichtigen Stichworte aufgerufen werden, die in dieser Debatte aktuell vorkommen, zumindest dann, wenn sie innerhalb einer bestimmten Strömung geführt wird: Die Grundannahme von Demokratie als öffentlichem Diskurs sowieso, darin erklärend ihre signifikante Entwicklungstendenz von der staatlichen zur gesellschaftlichen Demokratie, als wichtige soziale Realisationsform hierfür Bürgerinitiativen und Protestbewegungen, hiermit wiederum verbunden die Freiheit zum Dissens als heute wesentliches Charakteristikum von Demokratie sowie der Umgang mit Minderheiten in ihr als ihre Nagelprobe. Jedoch bleibt dieser Ansatz in gewisser Weise zu unbestimmt. Dies hängt in methodologischer Hinsicht, wie bereits angedeutet, damit zusammen, daß in der Darstellung die Übergänge zwischen den Ebenen des Idealtypus, des Projekts und des empirischen Befunds zu unpräzise voneinander abgesetzt sind, wodurch sich die Sachaussagen immer wieder gegenseitig relativieren und insgesamt zu stark diffundieren. Deshalb fällt es auch schwer, etwa Fragen nach den Vermittlungsmöglichkeiten zwischen argumentativer und Realstruktur der Zivilgesellschaft auf sinnvolle Weise zu formulieren. Die Antworten auf diese Fragen würden aber darüber entscheiden, ob der vorliegende Text, wofür auch die gewählte Genrebezeichnung sprechen würde, eher als anspruchsvollere Kontemplation, oder aber, was wiederum stärker den Intentionen der Verfasser zu entsprechen scheint, politisch eingreifend gemeint ist. Natürlich sehen die Verfasser überaus deutlich, daß sich derartige Fragen vornehmlich auf die Optionskraft einer Zivilgesellschaft angesichts subtiler Methoden realer Machtusurpation beziehen müssen (S. 92). Ihre Entgegnungen auf mögliche Einwände aus dieser Richtung wirken jedoch eher kraftlos. Dies mag auch daran liegen, daß den Verfassern hierfür eine theoriegeleitete, methodologisch überzeugend angelegte Bestimmung der sozialen Voraussetzungen und Bedingungen des von ihnen favorisierten demokratischen Projekts nicht zur Verfügung steht. Trotz ansatzweiser Erklärungsanstrengungen bleibt jedenfalls nach der Lektüre noch vollkommen offen, auf welchem Wege die symbolische Veränderung solcher entscheidender Institutionen der realen Macht wie die der Wirtschaft und Verwaltung oder auch der Geheimdienste zu bewältigen

sein mag. Das allgemein hierfür vorgesehene Verfahren würde wohl jedenfalls zumindest insofern nicht ohne weitere Voraussetzungen greifen können, als diese Institutionen die sozialen Räume, in denen sie sich jedesmal festgesetzt haben, zugleich in besonderer Weise mit determinieren: Wirtschaft und Verwaltung sind weitestgehend nicht demokratisch organisiert. Die Stelle der Macht ist bei ihnen also – in der Sprache der Autoren – nicht symbolisch leer, wofür die Symbolik des Arbeitgebers oder des Dienstherrn nur *ein* Ausdruck wäre. Bevor es hier also darum gehen könnte, die Stelle der Macht symbolisch leer zu halten, wäre sie erst einmal leer zu machen ... Die Geheimdienste entfalten darüber hinaus noch ihre Macht auf eine, wie N. Bobbio sich ausdrückt, »unsichtbare« Weise, in deren Wesen es schon liegt, sich jeder Art von Öffentlichkeit zu entziehen. Weitere Schwierigkeiten mit dem vorgestellten Projekt tauchen dadurch auf, daß das widerspruchs-volle Verhältnis von Individuum und Gesellschaft nicht hinlänglich gedanklich ausgeschritten zu sein scheint. Welche gesellschaftlichen Realverläufe sind es, die den Verfassern ihr emphatisches Bild der Wechselbeziehung von Individuum und Gesellschaft vermitteln? Oder anders herum gefragt: Aus welchen sozialen Grundmustern leitet sich für sie eine gesellschaftliche Identität des Einzelnen, wie sie notwendigerweise einem anspruchsvollen Verständnis von Zivilgesellschaft konstitutiv unterlegt sein muß, konkret her? Hätte nicht der kurz aufblitzende Gedanke, daß die »realen sozialen Machtverhältnisse« immer »Momente der Fremdbestimmung und der politischen Entmündigung der Aktivbürger enthalten« (S. 121), theoretisch präzisiert und hinsichtlich seiner Auswirkungen auf die Funktionsweise des gesamten Projekts untersucht werden sollen? Wer weiß, vielleicht wären von einer konsequenten jeweiligen Reformulierung der demokratischen Frage immer zugleich auch als soziale Frage – im Buch passiert das jedenfalls zu spät und zu verkürzt – sogar Antworten hierauf zu erwarten gewesen.

Wolfgang Beblert

Klaus Günther: *Der Sinn für Angemessenheit, Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt am Main 1988 (Suhrkamp)*, 400 S., DM 48,-.

Nun mag es zwar nicht schwer sein, die Wirkung von »Honig, Wein und Nieswurz.« zu kennen, »aber zu wissen, wie und bei wem und wann man alles dieses anwenden muß, damit es der Gesundheit diene, ist gerade so schwer« als Gesetze richtig anzuwenden.<sup>1</sup> Aristoteles, der um das Anwendungsproblem im Recht weiß, findet in der Angemessenheit/Billigkeit (*epicikeia*) das Remedium gegen die notwendig allgemeine Fassung der Gesetze, die nie ganz auf den Einzelfall paßt. Klugheit (*phrónesis*) sorgt dann für ihren richtigen Einsatz, indem sie die Vorstellung vom guten Leben in der konkreten Anwendungssituation einer Norm aktualisiert. Und solange es noch eine einheitliche Konzeption des guten Lebens gab, oder jedenfalls vorausgesetzt wurde, konnte der *phrónesis* die angemessene Anwendung in einer konkreten Situation getrost überlassen werden.

Günthers Anwendungsproblem beginnt dort, wo die Vorstellung vom guten Leben in eine unüberschaubare Vielzahl von Lebenskonzepten zersplittert ist. *Phrónesis* könne dann die Aufgabe, Norm und Kontext angemessen aufeinander zu beziehen, nur noch bewältigen, indem sie als Methode/Verfahrensmodus betrachtet werde. Innerhalb eines Verfahrens zur angemessenen Anwendung einer Norm finden die verschiedenen Lebenskonzepte Berücksichtigung. Formalisierung und Prozeduralisierung der *phrónesis* deuten an, wie Günther die universalistische Diskursethik vor allem gegen ihre neoaristotelischen Kritiker, die ihr mangelnde Kontextbezogenheit vorgeworfen haben, verteidigt. Günther bessert die dekontextuelle Diskursethik nach, indem situationsbezogene Elemente durch genaue Platzanweisung in eine formale Ethik einbezogen werden. Er arrangiert zu diesem Zweck verschiedene *phrónesis* Auslegungen und Ethik-Konzepte zu einer Art »Anwendungsfall der Diskursethik«: Elemente daraus (vor allem aus Tugendhats und Wellmers Ethikmodellen) werden im Hinblick auf die Vor- und Nachteile für die Diskursethik sorgfältig abgewogen und teilweise aufgenommen.

<sup>1</sup> Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, Hamburg 4. Aufl. 1985, 1137a.

Eine formale Diskursethik, die sich der spezifischen Anwendungssituation öffnen will, muß darauf bedacht sein, nicht in von ihr kritisierte ethische Ontologismen oder Anthropologismen vom guten Leben zurückzufallen. Um also die Universalisierbarkeit der Diskursethik nicht durch materiale und partikuläre Ethikvorstellungen zu kontaminieren, zieht Günther einen doppelten Boden in das von der Diskursethik erfundene Gebilde der Universalisierbarkeit ein: Anwendung und Begründung sind zwei verschiedene Diskurse. Der doppelte Boden aus Begründung und Anwendung verhindert jegliche Konfundierung von Geltung und Angemessenheit, aus der statt universaler Begründung jeweils nur die kontextspezifische Geltung einer Norm resultieren kann. Das Prädikat »angemessen« bürgt nach der Trennung von Begründung und Anwendung gerade nicht für die Geltung der Norm selbst, sondern für ihre richtige *Anwendung*. Universalisierbarkeit hat entsprechend der Unterscheidung von Begründung und Anwendung eine doppelte Funktion: Auf der Geltungsebene kommt ihr der Status eines Moralprinzips (»universell-reziprok«) (S. 247) zu, auf der Ebene der Anwendung hat sie die Aufgabe, Unparteilichkeit sicherzustellen (»applikativ-unparteilich«) (S. 247).

Daß »zwischen dem notwendig allgemein formulierten Gesetz und der konkreten Situation eine Lücke klafft, macht das spezifische Anwendungsproblem aus, um das es hier geht. Man könnte sagen, der Anwendungsfall ist per definitionem der unvorhergesehene, die Ausnahme, weil die konkrete Situation nie in die allgemeine Fassung des Gesetzes eingeschrieben ist. Günther mildert die Dramatik des nie passenden Gesetzes ab, indem er dem Begründungsdiskurs die Universalisierbarkeitsprüfung aller *vorstellbaren* und *vorhersehbaren* Anwendungssituationen, Folgen und Nebenwirkungen einer Norm überläßt, sie gleichsam von ihrer Ausnahmestellung entbindet und in das universalisierbare Gesetz »einschreibt«. Allerdings ist das Gütesiegel der Universalisierbarkeit auf das zur Zeit verfügbare und formulierbare Wissen, auf das Vorhersehbare und Vorstellbare beschränkt. Auf der Begründungsebene steht Universalisierbarkeit daher unter einem »Zeit- und Wissensindex« (S. 52). Der Index taucht an der Oberfläche des Gesetzes als Leerstelle, als seine unbestimmte Fassung auf. Unbestimmtheit signalisiert das Offenhalten

einer Norm für das, was diesen Index sprengen könnte, das ist die sukzessive Einlösung des Versprechens der Universalisierbarkeit. Die unbestimmte, sprich universalisierbare Norm fungiert als Platzhalter für den Anwendungsdiskurs, in dem eine abstrakte Norm auf die konkrete Situation umgestellt wird.

In der Umstellung auf die Anwendung wird mit einem Mal die Beschränktheit des Begründungsdiskurses sichtbar, die diese konkrete Situation nicht mitbedenken konnte. Aufgrund der Diskrepanz zwischen der mit Blindheit (Unvorhersehbarkeit) geschlagenen vorgängigen Geltungsprüfung einer Norm und dem tatsächlich eingetretenen Fall ihrer Anwendung wird eine erneute Prüfung der Norm erforderlich, diesmal im Angesicht der konkreten Situation. Nach Günther geht es auf dieser Ebene um die kohärente Ausschöpfung aller Bedeutungsvarianten und Regeln, die auf eine vollständig beschriebene Situation anwendbar sind. Dieser idealisierte Diskurs der Anwendung steht notwendigerweise unter der Fiktion, unendlich viel Zeit und alles denkbare Wissen verfügbar zu haben, um alle möglichen Situationsdeutungen sammeln und daraus eine begründete («kohärente») Auswahl treffen zu können.

Mit der Hypothese von unendlich viel Zeit und Wissen sucht Günther den Anwendungsdiskurs von seinen Beschränkungen durch die Überlieferung und Partikularität von Interessen zu befreien, um diesen Diskurs für die Idee der Unparteilichkeit zu öffnen. Dabei werden die Bindungen an »kulturelle Semantiken, gesellschaftliche Institutionen und biographische Besonderheiten« (S. 95) nicht ausgeblendet, sondern sie erstellen erst den Rahmen für eine Angemessenheitsargumentation. Sie bilden gewissermaßen das Material der Unparteilichkeitsprozedur auf der Anwendungsebene. Wie, das zeigt ein Blick auf die unaufhebbare, sprachliche Bindung jeder Situationsbeschreibung, die nie reine Deskription, sondern immer zugleich Deutung ist. Bei der Situationsbeschreibung wollen »Wortgebrauchsregeln« (Alexy), die zuvor ihrerseits der universalistischen Geltungsprüfung unterzogen wurden, darüber wachen, daß die Darstellung/Deutung einer Situation wohlbegründet und angemessen ist (s. S. 290 ff.). »Wortgebrauchsregeln« sind Regeln der Unparteilichkeit, die das individuelle Sprechen vergesellschaften oder vereinheitlichen, damit wenigstens alle nach den

gleichen Regeln sprechen, wenn semantische Bindungen schon nicht auflösbar sind. Ähnlich wird auch mit den übrigen Präformationen einer Situationsdarstellung verfahren. Biographische, kulturelle oder institutionelle Bindungen werden nach den Regeln der Unparteilichkeit in den Anwendungsdiskurs eingeführt.

Günther pariert mit der Unparteilichkeitsprozedur die Schwierigkeit jeder universalistischen Ethik, nämlich ihre partikularen Bindungen, als ließe die annähernd vollständige Erfassung der Bindungen die Möglichkeit einer Emanzipation davon zu. So gelingt das Kunststück, die Anwendung einer Norm von ihren Bindungen zu befreien und gleichzeitig diejenigen, die von einer Normanwendung betroffen sind, in die Prozedur der Anwendung einzubinden. Sie werden auf die Anwendungsregeln (Unparteilichkeitsregeln) verpflichtet, die die Angemessenheit einer Anwendung ausmachen. Denn um die Unparteilichkeit der Anwendung sicherzustellen, müssen die Adressaten einer Norm alle relevanten Daten dafür liefern. Das besagt die Dispositionsmaxime des Anwendungsdiskurses. Die Erläuterung ihrer Sicht der Dinge und ihrer Vorstellung vom »guten Leben« hat über die Schaltstelle der Unparteilichkeitsprozedur schließlich selbst normative Wirkung: Aussprechen ist die Norm. Der diskursethische Traum von der sukzessiven Abschaffung des Zeit- und Wissensindex, nichts anderes heißt Universalisierbarkeit letztlich, überspringt daher die semantischen, kulturellen oder institutionellen Bindungen nicht, sondern vergrößert unter dem Ansporn des Vollständigkeitsideals den Gegenstandsbereich des moralisch Relevanten auf alles Wißbare, auf alles Aussprechbare. So befördern die idealisierten Argumentationsbedingungen von unendlich Zeit und Wissen zur Ermittlung der moralisch relevanten Aspekte auf der Seite der Normadressaten die Realität der Ermittlung. Die möglichst vollständige Erfassung von »relevanten« Daten mag eine Norm dann zwar gerechter und seine Anwendung angemessener machen, für die darunter Subsumierten aber bedeutet sie den Zwang, alles sagen zu müssen.

Wenn das Versprechen der Universalisierbarkeit zur tatsächlichen Universalisierung des moralisch Relevanten tendiert, arbeiten Anwendungsdiskurse unter dem Imperativ der Unparteilichkeit eigentlich auf die Komplexität/Universalität von moralischem Wissen zu,

die das Anwendungsproblem erst virulent macht. Das ist jedoch nicht das Dilemma des Anwendungsdiskurses, sondern seine Existenzbedingung. Gerade durch die *Hypothese* von unbegrenzter Zeit und Wissen, die sich nie erfüllen darf, erhält der spezifische Anwendungsdiskurs mit seiner Ermittlungsfunktion und seinem Aussprechzwang sich aufrecht. Das selbstgemachte Anwendungsproblem von immer mehr zu bewältigenden Daten befördert entweder die üblichen pragmatischen Lösungen oder computergestützte Lösungsmöglichkeiten, wonach die idealisierten Argumentationsbedingungen durch maschinelle Datenverarbeitung realisiert werden könnten. Dazwischen steht der »Sinn für Angemessenheit«: ein Sinn, der mehr als common sense und richtiges Augenmaß, aber auch etwas anderes als ein quantifizierendes Anwendungsverfahren von Normen sein soll; der zwischen Hypothese und Realität vermittelt, ohne beides je zur Deckung zu bringen.

Erst im letzten Teil des Buches, dessen Gegenstand nicht mehr moralische, sondern juristische Diskurse bilden, wird »das Anwendungsproblem« von vornherein durch Institutionalisierung von Angemessenheitsargumentationen minimiert. Günther untersucht die institutionellen Bindungen, die den juristischen Diskurs kennzeichnen, mit systemtheoretischen Instrumentarium. Die Unendlichkeitsfiktion weicht dann einem Realitätsprinzip knapper Zeit und begrenzten Wissens. Aus dem Verständigungs- wird ein Stabilitätsproblem der Kommunikation. Denn zusätzlich zum Ziel der angemessenen Anwendung kommt das Ziel, Normbefolgung zu sichern. Beide Ziele, systemtheoretisch als Situationsoffenheit und Stabilität bezeichnet, werden auf einem ausgeglichenen Level zwischen »kognitiver Offenheit« und »normativer Geschlossenheit« gehalten. Daraus resultiert die unbestimmte Fassung des Gesetzes. Für Günther indiziert sie entgegen Luhmanns völligem Verzicht auf Begründungs- und Angemessenheitserörterungen eine »argumentative Zone« (S. 332) juristischer Anwendungsdiskurse.

Wie juristische Anwendungsdiskurse in der Praxis funktionieren, könnte die Begutachtung richterlicher Entscheidungsfindung oder der Arbeit von Ethikkommissionen zeigen, deren »argumentative Zone« per Gesetz ausdrücklich verordnet zu sein scheint. Günther gibt jedoch keine praktischen Beispiele,

vielleicht weil für ihn juristische Diskurse rechtstheoretische Diskurse sind, die bislang auf Geltung, nicht Anwendung einer Norm spezialisiert sind (s. S. 60). Er legt die Bedingungen juristischer Angemessenheitsargumentationen daher hypothetisch und nicht im Hinblick auf existierende Anwendungsdiskurse fest.

Günthers Argumentationsregeln juristischer Anwendungsdiskurse orientieren sich vor allem am Integritätsideal Ronald Dworkins. Zur Integrität einer Entscheidung gehört nach Dworkin der gesamte Kontext von Normen, Prinzipien, Dogmen, Präjudizien. Um nicht am vorgegebenen Kontext sich zu begrenzen, bezieht Günther konsequent nach der Unparteilichkeitsidee neben den gegebenen auch alle denkbaren Prinzipien des Rechts mit ein. Günthers Umwertung des Dworkinschen Integritätsideals folgt dem schon bekannten Verfahren, den Überlieferungskontext durch die Idee der Unparteilichkeit zu überbieten. Von einem diskursanalytischen Blickwinkel aus erschiene die Unparteilichkeitsidee allerdings als eine Form der Überlieferung selbst, die nicht mehr transzendierbar ist. Sie erzeugt schließlich auch Präformationen und die Bindung an die eigenen Diskursregeln. Rhetoriken der Unparteilichkeit überspielen die präformative Struktur des organisierten Anwendungsdiskurses. Und mit der Schärfung des »Sinns für Angemessenheit« werden diese Rhetoriken eingeübt.

Cornelia Vismann

*Thomas Rönna, Die Absprache im Strafprozeß. Eine rechtssystematische Untersuchung der Zulässigkeit von Absprachen nach dem geltenden Strafprozeßrecht, Baden-Baden 1990 (Nomos Verlagsgesellschaft), 323 S., DM 68,-.*

Der Untertitel kennzeichnet bereits den Schwerpunkt der Arbeit, der eindeutig in einer sehr detailreichen und ausgefeilten rechtlichen Prüfung der Rechtslage informeller Absprachepraktiken liegt. Der Autor betreibt das Geschäft juristischer Subsumtion konsequent und läßt sich auch nicht von Legitimitätsüberlegungen beirren, wie es in der juristischen Diskussion häufiger anzutreffen ist. Der Verfasser vermischt somit erfreu-

cherweise nicht die Ebenen praktischer und rechtlicher Bewertung und, um es gleich vorwegzunehmen, kommt zu einem in rechtlicher Hinsicht vernichtenden Ergebnis: Die derzeitige Absprachepraxis verstöße gegen zahlreiche Maximen und Regeln unseres Strafprozeßrechts.

Rönnau beschränkt sich aber in seiner Einleitung nicht nur auf eine Klärung der Rechtslage, sondern richtet den Blick auf die deutsche und in einem abschließenden Kapitel auch auf die angelsächsische Praxis. Auf immerhin etwa 50 Seiten führt der Verfasser mit eigenen und zusammengetragenen Überlegungen zur Verfahrens- bzw. Rechtswirklichkeit sowie zu den Gründen von Absprachen in das Thema ein. Er beginnt mit einer begrifflich sauberen Trennung zwischen unproblematischen Verständigungen und eben Absprachen und vermeidet daher jeglichen Eieranz auf dem glatten Parkett juristischer Sprachkunstfertigkeiten. Diesem Abschnitt folgt der Versuch einer Bestandsaufnahme zur Häufigkeit dieser informellen Praktiken und ihren Spielarten. Sodann blättert Rönnau skizzenhaft einen Fächer infrage kommender Ursachen von Absprachen auf (S. 41 ff.), ohne aber zentrale Ursachen aus diesem Wald möglicher Gründe herausdestillieren zu können. Alles erscheint plausibel und nichts richtig unmöglich. Am Ende dieses Abschnitts ist jedenfalls der fachkundige Leser genauso weit wie zuvor.

Insgesamt findet sich in dieser Einführung somit nichts Neues, aber immerhin, Rönnau verschafft dem Leser einen guten Überblick über das, was auf dem publizistischen Markt so alles an Wahrheiten, Halbwahrheiten und Spekulationen derzeit kursiert; bloß, wer vermag über den jeweiligen Realitätsgehalt zu entscheiden. Mangels eigener Kenntnis und empirischer Forschungsergebnisse schlägt sich der Autor, wohl der Not gehorchend, für den Leser aber gelegentlich etwas überraschend, auf die eine oder andere Seite bestimmter Wirklichkeitsdarstellungen. So versteigt sich Rönnau etwa beim Thema Mißbrauch von Verfahrensrechten zu der starken Feststellung, daß ein auf »Obstruktion trachtender Angeklagter oder Verteidiger« ein Verfahren fast beliebig in die Länge ziehen könne (S. 48). Hierbei handelt es sich jedoch um eine empirisch erst zu überprüfende Behauptung, die man nicht mit Zitaten von einigen Fachautoren belegen kann. Mehr Zurückhaltung hätte man sich auch bei der Frage der straf-

mildernden Effekte von Absprachen gewünscht (S. 54 f.). Es bleibt eine empirisch noch zu wenig erforschte Frage, einige wissenschaftliche Forschungsergebnisse sprechen sogar eher dagegen, ob und in welchem Umfang Absprachen wirklich zu Strafabschlägen führen. Bislang, darüber müssen sich alle Diskutanten klar sein, handelt es sich hier allein um ein, allerdings plausibles Postulat der beteiligten Juristen. Zudem übersieht Rönnau die Problematik einer häufig fehlenden direkten Beteiligung der Beschuldigten bei den Absprachegesprächen (vgl. S. 52). Allein ihre Vertretung durch einen Strafverteidiger mag für ihren Rechtsschutz nicht ausreichend sein, sind doch auch Verteidiger keine interessenlosen Wesen, die ausschließlich für das Wohl ihrer Mandanten streiten. Diesen Aspekt der spezifischen Interessenlage von Verteidigern hebt denn auch Rönnau selbst hervor, wenn er sich auf etwa zwei Seiten mit den anwaltlichen Interessenkonstellationen auseinandersetzt (S. 55 ff.).

In den zentralen rechtlichen Teil seiner Arbeit leitet Rönnau mit einer Darstellung und Diskussion der Ziele des Strafverfahrens über (S. 66 ff.). Er deutet bereits an dieser Stelle an, daß Absprachen für ein neues Prozeßmodell stehen, welches mit einer Reihe von Prozeßmaximen zumindest auf den ersten Blick nicht in Einklang zu bringen sei. Dieser Abschnitt erscheint verfrüht und unnötig, folgt doch die rechtliche Prüfung erst noch. Bereits zu diesem frühen Zeitpunkt stellt Rönnau jedoch die Weichen für seine eher idealisierende Grundhaltung gegenüber der traditionellen Strafverfahrenspraxis und dem geltenden Prozeßrecht. Der Verfasser formuliert seine Forschungsfrage nämlich so, »ob die informelle Absprachenpraxis, gemessen an der Aufgabe und den Leistungen der geltenden Strafprozeßordnung, einen Rückschritt oder einen Fortschritt für das Strafverfahren – oder genereller ausgedrückt – für die Lösung des sozialen Konflikts, der durch einen Normbruch verursacht wird, bedeutet« (S. 70). Diese Herangehensweise an den Untersuchungsgegenstand verrät moralisierende Untertöne, die der komplexen Problematik nicht gerecht werden. Wenn sich das Absprachemodell nur bescheidener in seinen Ansprüchen gibt als es die StPO tut, wäre es dann ein Rückschritt oder einfach nur ehrlicher? Ferner bleibt die Frage nach den Leistungen der Strafprozeßordnung oder der wirklichen Lösung sozialer Konflikte eine

empirische, die sich nicht durch eine rein normative Untersuchung beantworten läßt. Hier droht der Verfasser an seinen selbst gesteckten hohen Ansprüchen zu scheitern, diese Fragestellung wird von ihm auch nicht weiter explizit verfolgt.

Die heikle Schwelle zwischen der empirischen und normativen Ebene überschreitet Rönnau endgültig mit einer kurzen Skizze der zahlreichen Lücken des bekannten Beschlusses des BVerfG zur rechtlichen Zulässigkeit von Absprachen (S. 71 ff.). Auf den folgenden Seiten hält der Verfasser den Rechtspraktikern den rechtsdogmatischen Spiegel vor, soweit ihm ihre Praxis aus der Fachpublikation bekannt ist, und versucht, den Legalisten unter ihnen so manchen faulen Zahn zu ziehen. Dies liest sich flüssig, ja geradezu spannend. So reihen sich u. a. Verstöße gegen das Legalitätsprinzip, Gleichheitsgebot, Unmittelbarkeits-, Mündlichkeits- und Öffentlichkeitsprinzip sowie gegen den Ermittlungsgrundsatz, die Unschuldsvermutung, § 136a StPO und gegen den Richtervorbehalt des Art. 92 GG aneinander. Wiederum, dies alles ist sicherlich nicht neu, jedoch überzeugt die Untersuchung aufgrund ihrer Systematik und gründlichen Aufarbeitung der Literatur und Rechtsprechung.

Durch diese Aneinanderreihung von rechtlichen Schwachstellen entsteht eine rechtsdogmatische Kritik an der gegenwärtigen Absprachepraxis, die, bislang jedenfalls, in ihrem Umfang und ihrer Kompromißlosigkeit ihres Gleichen sucht. Und, um das Niveau der Kritik zu steigern, und vielleicht auch, um den Praktikern das Gruseln zu lehren, schreckt der Verfasser in einem zweiten Teil nicht vor einer Prüfung der Strafbarkeit der Absprachebeteiligten zurück (S. 227 ff.) und wirft der Justiz in bestimmten Fallkonstellationen eine gefährliche Nähe zur Rechtsbeugung, Strafvereitelung im Amt und Nötigung vor. Für den Stand der Strafverteidiger weist er auf die Gefahren der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht (§ 203 Abs. 1 Ziff. 3 StGB) und auf die Strafbarkeit der Teilnahme an einer entsprechenden Haupttat von Staatsanwaltschaft und Gericht hin (S. 241).

Auf diese Weise führt Rönnau seine rechtlichen Untersuchungen zwar konsequent zu Ende, aber hierin zeigt sich wiederum der moralische Impetus des Verfassers. Allerdings ist ihm dies in diesem Fall wohl kaum vorzuerwerfen, befinden wir uns doch in einem mo-

ralisch hoch aufgeladenen Normensystem. Den Juristenstand an seiner eigenen Meßlatte zu messen, wird vielleicht so manchem Leser als zu akademisch erscheinen, weist der Autor doch selbst auf die bestehenden Beweisprobleme immer wieder hin (S. 236). Dieses Vorgehen bleibt aber legitim und sensibilisiert für die rechtsstaatlichen Grenzen der Informalisierung; diese aufzuzeigen, zieht sich wie ein roter Faden durch das gesamte Werk. So schlägt sich der Autor immer wieder auf die Seite der Rechtsunterworfenen und damit auch seines Ideals vom deutschen Strafprozeß. Den Angeklagten attestiert er eine Drucksituation (S. 135), eine Risikoverteilung zu ihren Ungunsten (S. 139) und bestreitet die These von der Waffengleichheit (S. 184).

Das kritische Bild seiner Arbeit rundet Rönnau durch eine kritische Auseinandersetzung mit dem amerikanischen plea bargaining ab. Die Arbeit erscheint insofern mit Themen überfrachtet, umfaßt sie doch empirische, normative und rechtsvergleichende Untersuchungen. Rönnaus These ist jedoch wieder interessant, die informelle Praxis sei diesem vielgeschmähten amerikanischen Modell näher als es die Optimisten glauben mögen (S. 279). Darin liegt rechtspolitischer Zündstoff, aber der Verfasser nutzt die Gelegenheit nicht, in seinem Schlußteil hieraus Konsequenzen zu entwickeln (S. 284 ff.). Rönnau bleibt auch auf den letzten Seiten einem eher romantisierenden Blickwinkel verhaftet, indem er vor einer »Kapitulation vor der alles überrollenden Rechtspraxis« warnt (S. 289) und von einer Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die informelle Rechtspraxis letztlich abräut.<sup>1</sup>

Resümierend könnte man versucht sein, dem Autor vorzuhalten, er sei ein Moralist, ein naiver noch dazu. Denn es ist eine alte rechtssoziologische These, daß das Recht ohnehin den Bedürfnissen der Praxis folgt und nicht umgekehrt. Die Praxis formt das Recht, interpretiert es auf ihre Weise; dies zeigt sich auch, wenn in der juristischen Diskussion immer wieder mit dem Argument der Legitimität von Absprachen die Frage nach ihrer Legalität gleich mitbeantwortet wird. Hier schwimmt der Autor aber bewußt gegen den Strom, er macht es Juristen und ihrer Kunst-

<sup>1</sup> Siehe aber H. Wagner/Th. Rönnau, Die Absprache im Strafprozeß. Ein Beitrag zur gesetzlichen Gesamtreform des Strafverfahrens mit Gesetzesvorschlägen, GA 1990, 387

fertigkeit in der Interpretation und ihrem häufig eigenwilligen Umgang mit Sprache schwerer. Der Volksmund führt gerne das Wort vom Rechtsverdrehen im Mund; der mainstream der juristischen Diskussion droht, sich wieder derartigen Schmähungen auszusetzen. Das Bemühen, sich für Kritik immer unangreifbar zu machen, ist doch gerade Gegenstand der Kritik. Dabei lägen in dem Eingeständnis des justiziellen Dilemmas Chancen, die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Strafrechts und eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens für alle nur denkbaren gesellschaftlichen Konflikte unserer »Risikogesellschaft« zu diskutieren.

Das Strafrecht droht, sich immer stärker zu einem Supermarkt sozialer Kontrolle zu entwickeln, aus dem jede Interessengruppe versucht, mit einem Warenkorb neuer strafrechtlicher Verbotsschilder herauszufahren. Der Wert einer rechtsdogmatischen Untersuchung wie dieser ist es daher, daß rechtsstaatliche Grenzen dieses Konzepts, »mehr Strafrecht und wir haben alles im Griff«, markiert werden, die sonst im juristischen Diskurs weginterpretiert zu werden drohen. Der Preis der durch den Gesetzgeber ausgelösten permanenten Leistungsanforderungen an die Strafjustiz und ihrer daraufhin konsequenten pragmatischen Antwort der Informalisierung des Rechts wird nunmehr in der »Erosion wichtiger rechtsstaatlicher Grundprinzipien sichtbar« (S. 218). Die Instrumentalisierung des Strafrechts zu einem allgemein verbindlichen Symbol von sozialen Minimalstandards ist verlockend, aber Fahnen müssen auch gehisst werden können, und hier fangen die Probleme offenbar an. Diese Kehrseite der Medaille uns vorzuführen, ist dem Verfasser gelungen, auch aus diesem Grund ist der Arbeit eine möglichst hohe Rezeption zu wünschen.

Kai-D. Bussmann

E.-W. Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1991 (Suhrkamp), 443 S., DM 28,-; ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt am Main 1991 (Suhrkamp), 382 S., DM 24,-.*

E.-W. Böckenförde hat in zwei Aufsatzsammlungen, von denen die eine eher rechtsphilosophisch-historischen, die andere eher verfassungstheoretischen und -dogmatischen Zuschnitts ist, Arbeiten zugänglich gemacht, die er im Zeitraum der letzten drei Jahrzehnte publiziert hat. Was diese Problemstudien, die zu einem weiten Spektrum an Fragen staatlicher Ordnung Stellung nehmen, in methodischer Hinsicht miteinander verbindet, ist die in seiner frühen Auseinandersetzung mit der historischen Rechtsschule<sup>1</sup> gewonnene, an Savigny anschließende Überzeugung, daß historische und systematische Fragen sich zu einem internen Zusammenhang verschränken, daß mithin verfassungsgeschichtliche Erörterung immer zugleich eine Form systematischer Betrachtung ist – und umgekehrt. Die Abstraktionsebene, auf der sich Böckenfördes Arbeiten bewegen, ist damit die einer *Problemggeschichte*, die sich von der Idee einer Kontinuität bestimmter Problemstellungen im Wandel der externen historischen Anlässe leiten läßt. Will eine derartige Problemggeschichte jedoch nicht – davor warnt Böckenförde ausdrücklich – als immer schon begriffene Geschichte in ihr a-historisches Gegenteil umschlagen, zumindest aber einer kurzschlüssigen, gegenüber Diskontinuitäten und Paradigmenbrüchen blinden Vereinnahmung der Geschichte den Vorwand bieten, so muß sie sich auf das Projekt einer rekonstruktiven Problemanalyse einlassen, die interne und externe Gesichtspunkte, Fragen der normativen Kriterienbildung und solche der angemessenen Deskription hypothetisch aufeinander bezieht. Beide Dimensionen kommen bei Böckenförde zum Tragen: Seine Überlegungen kreisen – und daran manifestiert sich der inhaltliche Zusammenhang seiner Arbeiten – um eine adäquate Konzeption der Idee des liberalen Rechtsstaats und seiner sozialstaatlichen Transformation in Gesellschaften unseres Typs. Sie sollen zu einer Verfassungstheorie führen, die als gesellschaftstheoretische Selbstreflexion des Rechtssystems die verfassungsrichterliche Entscheidungspraxis zu informieren und anzuleiten vermag.

I.  
Das demokratietheoretische Problem, wie Volkssouveränität und Menschenrechte, Demokratieprinzip und Rechtsprinzip wechselseitig auseinander hervorgehen können, hat

<sup>1</sup> *Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts* (1964), in: *Recht, Staat, Freiheit*, S. 0.

in der für moderne Verfassungen strukturbildenden Spannung von *self-rule* und *law-rule* eine positivierte Gestalt angenommen. Das Prinzip der *self-rule* idealisiert die Staatsbürger zu »Urhebern« der Rechtsordnung – es bringt damit den Gedanken zum Ausdruck, daß die Transformation von Legalität in Legitimität nur unter der Voraussetzung möglich ist, daß die Staatsbürger die Rechtsordnung als Ausdruck politischer Autonomie betrachten können. Demgegenüber bringt das Prinzip der *law-rule* zum Ausdruck, daß die Bürger eines liberalen Staates diesem gegenüber den Anspruch haben, daß er nicht willkürlich, sondern nur auf der Basis der durch die Grundrechte und liberalen Verfassungsprinzipien spezifizierten Kompetenzen agiert. Einer Theorie des Rechtsstaates stellt sich damit die Aufgabe, den explizit legalistischen Charakter des demokratischen Prozesses aufzuklären. Ihren Gegenstand bildet die Frage, wie unter den zeitgenössischen Problembedingungen pluralistischer und wohlfahrtsstaatlich orientierter Gesellschaften eine Synthese von *self rule* und *law-rule* möglich ist – eine Synthese, die weder zu einer bloß tautologischen Selbstlegitimation des Rechts gerät noch dessen Formcharakter und Differenzierungsniveau unterläuft. Böckenförde – in jüngsten der versammelten Aufsätze unterbreiteter<sup>2</sup> – Rekonstruktionsvorschlag der modernen Grundrechtsentwicklung zielt auf diese Problematik. Böckenförde untersucht hier die moderne Verfassungsentwicklung unter dem Gesichtspunkt der Folgewirkungen, die sich aus der Transformation der liberalen Grundrechte in objektive Grundsatznormen für die Verfassungsstruktur, den demokratischen Prozeß und die Gewaltenteilung ergeben.<sup>3</sup> An der zeitgenössischen Verfassungsrechtsprechung läßt sich ein Wandel der Funktion der liberalen Grundrechte von primär in der »vertikalen« Staat-Bürger-Relation wirkenden Abwehrrechten zu einem in immer weitere Bereiche ausstrahlenden, sich auf die »horizontalen« Rechtspositionen der Bürger untereinander dirigierend erstreckenden Schutzmechanismus ablesen. Das Verfassungsrecht transformiere sich damit von einer durch die liberalen Abwehrrechte definierten *Rahmenordnung* in eine, wie Böckenförde

sagt, *rechtliche Grundordnung* des Gemeinwesens, in der alle möglichen Rechtsbeziehungen in nuce schon enthalten sein sollen.<sup>4</sup> Mit diesem Befund jedoch verschärfe sich das Problem der *demokratischen Legitimation* des Verfassungsgerichts, das in der »Gemeingelage von Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das einfache Recht und einfachem Recht selbst« zunehmend auf selbstgesetzte Maßstäbe angewiesen sei.<sup>5</sup> Die vom Verfassungsgericht zu kontrollierende Ausstrahlungswirkung der Grundrechte sei – wie Böckenförde plastisch formuliert – »nach oben hin offen, aber aus sich selbst ohne Maß«.<sup>6</sup> Unter diesen Voraussetzungen kann eine normative Bindung des Verfassungsgerichts, so argumentiert Böckenförde, nur noch *selbstbezüglich* erfolgen. Im unmittelbaren Zusammenhang mit dieser Vorstellung einer normativen Selbststeuerung der Verfassungsjustiz qualifiziert Böckenförde die Grundrechte als *Werte*, die einer »optimierenden Abwägung« im Wege einer »Konkretisierung« bedürfen. Den Gedanken der Konkretisierung erläutert er in den Worten H. Hubers als eine über Interpretation hinausgehende »rechtsschöpferische Angelegenheit«, die mehr »Sinnggebung als Sinndeutung«, ein »Inhaltgeben von außen her« ist.<sup>7</sup> Unter diesen Prämissen tritt mit zunehmender wohlfahrtsstaatlicher Ausdehnung der Grundrechtsgeltung das Verfassungsgericht im Prozeß der »konkretisierenden Rechtsbildung« in Konkurrenz zur parlamentarischen Gesetzgebung. Der – wie Böckenförde es formuliert – vordem *qualitative* Unterschied zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung werde im Vollzug konkretisierender Rechtsbildung eingegeben, in dem der Gesetzgeber zwar die Vorhand, das Verfassungsgericht aber den Vorrang habe.<sup>8</sup> Böckenförde sieht damit die moderne Sozialstaatsentwicklung in ein grundlegendes Dilemma einmünden: Entweder führe sie zu einem Primat des Rechts gegenüber der Politik und damit zur Emergenz eines »total« gewordenen verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaates, in dem der demokratische Prozeß zunehmend entwertet werde, oder aber es bedürfe einer *demokratieermöglichenden* Zurücknahme

2 *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik* (1990), in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, S. 0.

3 Ebd., S. 159 ff.

4 S. 198.

5 S. 159.

6 S. 174.

7 S. 186.

8 S. 190.

der Grundrechtsgeltung auf ihre liberale Funktion einer aus subjektiven Abwehrrechten zusammengesetzten *Rahmenordnung*.

## II.

Die Annahme einer grundlegenden Alternativität von sozialem Rechtsstaat und demokratischem Prozeß, zu der Böckenförde seine Krisendiagnose des Sozialstaatsparadigmas zuspitzt, halte ich jedoch insofern für kontraintuitiv, als beide Entwicklungsszenarien, die Böckenförde vor Augen hat – der Vorrang des (wohlfahrtsstaatlich aufgeladenen) Rechts vor der Politik oder aber die Reduktion des Rechts auf einen »Rahmen« für den demokratischen Prozeß –, die von Böckenförde selbst gegebene Charakteristik moderner Gesellschaften eigentümlich verfehlen. Angesichts des für moderne Gesellschaften kennzeichnenden Pluralismus von Lebensformen und Interessen macht es Mühe, sich die Verfassung als eine »rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens insgesamt«<sup>9</sup> zu denken; angesichts der zunehmenden Gefahr einer Okkupierung des Politischen durch soziale Macht erscheint der Vorschlag einer Zurücknahme der Verfassung auf eine bloße Rahmenordnung, die allein das Staat-Bürger-Verhältnis regelt, als unrealistisch. Ich will im folgenden die zentralen – und wie ich argumentieren werde: mit der in modernen Verfassungen eingeschriebenen Idee einer Spannung von self-rule und law-rule inkonsistenten – Prämissen, die Böckenfördes Diagnose zugrundeliegen, herausarbeiten, um dadurch diejenigen argumentativen constraints zu identifizieren, die Böckenförde dazu nötigen, den sozialstaatlich ausgeweiteten Interpretationsbedarf der Grundrechte – entgegen seiner an anderer Stelle vorgetragenen scharfen Kritik an einer Wertejurisprudenz<sup>10</sup> – teleologisch-wertphilosophisch zu überhöhen und in Form einer elitistischen Deutung der verfassungsrichterlichen Entscheidungspraxis institutionalistisch einzuführen.

<sup>9</sup> S. 198.

<sup>10</sup> Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts (1987), in: *Recht, Staat, Freiheit*, S. 67 ff., (mir) einleuchtend von einer Aggressivität des Denkens in objektiven Werten sprechend; ebenso bereits in: *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit* (1970), in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, S. 200, 228–31: »Gewissensfreiheit, im Rahmen der Wertordnung des Grundgesetzes garantiert, würde gerade jenen schützen, der dieses Schutzes nicht bedarf, weil er ohnehin mit den herrschenden Auffassungen konform geht, nicht aber den Außenseiter, den Dissidenten im wörtlichen Sinn, für den sie vorzugsweise relevant wird.«

Auf das von der Verfassung aufgegebenes Problem einer legitimitätsstiftenden Synthese von self-rule und law-rule läßt sich keine plausible Antwort finden, solange wir – wie noch in der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts und in der sie begleitenden Rechtstheorie (etwa bei Alexy) üblich – Grundrechte als Werte und nicht als Prinzipien qualifizieren.<sup>11</sup> Werte haben einen konkreten Bezug zu dem, was gut für uns ist. Sie bringen *partikulare* Selbstverständnisse zum Ausdruck und haben einen teleologischen Charakter, der sich an ihrer Fähigkeit zur Optimierung und ihrer *Abhängigkeit* von kulturell wandelbaren Präferenzhierarchien zeigt. Demgegenüber erheben Prinzipien einen deontologischen Geltungsanspruch: Sie haben einen strikt prozeduralen Charakter, indem sie ein verallgemeinerbares Interesse *aller* zum Ausdruck bringen. Anders als Werte, die *monologische* Präferenzen artikulieren, haben Prinzipien eine *intersubjektive* Struktur; sie explizieren die formalen Verfahrensbedingungen möglicher Verständigung *zwischen je verschiedenen* Lebensformen und comprehensive doctrines (Rawls<sup>12</sup>) und nehmen eine umso abstraktere Gestalt an, je mehr sich der gesellschaftliche Pluralismus von Glaubensmächten verschärft. Als Verfahrensbedingungen haben sie einen eigentümlichen Doppelstatus; je nachdem, aus welcher Perspektive wir uns auf sie beziehen, sind sie einmal Produkt des selbstreflexiven politischen Prozesses, zum anderen sind sie – als Prinzipien politischer Gerechtigkeit – seine Vor-Bedingung, auf die sich die Staatsbürger reflexiv zurückwenden müssen, um einander angesichts streitbefangener Situations- und Weltdeutungen als Freie und Gleiche anerkennen zu können<sup>13</sup> – und hinter die sie nur um den Preis der Zerstörung der Kommuni-

<sup>11</sup> Diese energisch von Habermas herausgearbeitete Unterscheidung findet sich auch bei Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1978 (equal respect and concern) und bei Rawls, *A Theory of Justice*, 1971 (=der Vorrang des Gerechten vor dem Guten-).

<sup>12</sup> Zu diesem Begriff: J. Rawls, *The Idea of an Overlapping Consensus*, 7 Oxford J. Legal Stud. 1 ff., insbes. 9–15 (1987).

<sup>13</sup> Ich folge hier dem Modell, das Rawls in einer Reihe von Aufsätzen in den 80er Jahren entwickelt hat: *The Domain of the Political and Overlapping Consensus*, in: The NY U Law Rev. 64 (1989), 233 ff.; *The Priority of the Right and the Ideas of the Good*, in: Philosophy and Public Affairs, 17 (1988); *The Idea of an Overlapping Consensus*, (Fn. 12); *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, in: Philos. & Public Affairs 1985, 223–51; *Kantian Constructivism*, in: The Journal of Philosophy, 1980, 515 ff.; Zu Rawls: Ch. Larmore, *Political Liberalism*, in: Political Theory, 18 (1990), 339 ff.

kationsform des politischen Dialoges zurücktreten könnten. Der mit diesem Verständnis der Grundrechte als Prinzipien gegebene interne Zusammenhang von Rechts- und Demokratieprinzip wird jedoch zerschnitten, wenn wir in einen Wertbegriff der Grundrechte zurückfallen. Soweit diese Position nicht den Relativismuseinwand auf sich ziehen will, muß sie Werte mit einer trans-politischen Validität ausstatten. Damit einher geht jedoch eine charakteristische *Entwertung des politischen Prozesses*: Das werttheoretisch überhöhte Rechtsmedium erhält den Status eines *autonomen Gegenmediums* zu einem als normativ kontingent vorgestellten politischen Prozeß – eines Gegenmediums, in der Vernunft, Normativität und Geltung ihren Sitz haben und das von einer notwendig *sich normativ selbst steuernden* Verfassungsgerichtsbarkeit verwaltet wird. Die Alternativen, die Böckenförde aufzeigt, bewegen sich innerhalb einer derartigen Entgegenordnung von Recht und Politik: Die Option einer Zurücknahme der Grundrechtsgeltung führt zu einem pluralismustheoretischen Politikmodell, demzufolge Verfassungsrecht die vernünftige, die Voraussetzungen politischer Fairneß garantierende Rahmenordnung des demokratischen Prozesses bildet; die Alternativoption einer offenen Affirmation der Ausstrahlung der Grundrechtsgeltung auf das horizontale Verhältnis der Bürger untereinander erscheint zwangsläufig als das Krisenszenario des liberalen Modells: In dem Maße, wie Recht seine Rahmenfunktion transzendiert und in die normativ kontingente Sphäre des Politischen eindringt, wird es seinerseits von der normativen Kontingenz des Politischen affiziert.

Das entscheidende *immanente* Problem eines wertphilosophisch überhöhten Rahmenmodells des Rechts liegt jedoch darin, daß die liberalen Grundrechte – das hat Böckenförde selber gegen Kriele geltend gemacht<sup>14</sup> – *interpretationsabhängig* sind und daher dem politischen Prozeß nicht in einem abstrakt-hierarchischen Sinne vorausliegen können. Der Geltungssinn moderner Verfassungen wird nur innerhalb *situierter* Interpretationsprozesse zugänglich; die *Unbedingtheit* dieses Geltungssinnes bringt sich in der Struktur dieser interpretativen Praxis als eines Re-

form- und Lernprozesses zum Ausdruck. Die Intuition, die es hier zu rekonstruieren gilt und die der verfassungsimmanenten Spannung von self-rule und law-rule zugrundeliegt, ist die, daß Recht gleichzeitig Bedingung und Produkt, Medium und Gegenstand des *politischen Reformprozesses* ist. Wird der politische Reformprozeß jedoch entwertet, so muß die interpretative Formbildung von Verfassungsrecht nur und ausschließlich als Sache der professionell geschulten Verfassungsrichter erscheinen. Denn das Recht, das als vernünftiger Rahmen den tendenziell geltungsabstinenten politischen Prozeß domestizieren soll, kann nicht dasselbe – gleichsam nur über die Justiz zurückreflektierte – Recht sein, das aus dem Medium *profaner* Interpretationen: dem entwerteten politischen Prozeß hervorgeht. Mit dieser institutionalistischen Engführung des Prozesses der Grundrechtsinterpretation stellt sich jedoch sofort das Folgeproblem, wie eine wertphilosophisch sich selbst steuernde Verfassungsrechtsprechung ihrerseits rechtsstaatlich diszipliniert, das heißt aber: vor dem Umschlagen in arbiträre *judizielle Macht* bewahrt werden kann. Der Hinweis auf den – zu politischer Macht geronnenen – politischen Prozeß ist normativ unergiebig; er würde, wenn das liberale Politikverständnis zutrifft, zu einer Subordinierung des Rechts unter die Kontingenz des Politischen führen. Kurzum: Der Versuch, Normativität zu verorten, mündet – unter den gegebenen Prämissen – in einer eigentümlichen Nullsummenlogik von *politischer Macht* und *judizieller Macht*: Was wir der einen – judiziellen – Seite sozialstaatlich zusprechen, müssen wir der anderen – politischen – Seite demokratiethoretisch absprechen – und umgekehrt. Normativität ist immer dort, wo wir gerade nicht sind – und damit nirgendwo.

### III.

Was, so könnte man fragen, rechtfertigt die idealisierende Annahme, daß der politische Prozeß pluralistischer Gesellschaften nicht nur auf ein faktisches Äquilibrium der Kräfte zustrebt, sondern zumindest der Struktur nach auf das Telos der Deliberation ausgerichtet ist? Liegt der Vorstellung einer sich selbst tragenden *selbst-reflexiven* Sphäre des Politischen, in der Geltungskriterien und Selbstverständnisse einer kontinuierlichen Reform ausgesetzt sind, nicht ein ungeschützter Normativismus zugrunde? In diesem Sinne verstehe ich den Einwand, den

<sup>14</sup> *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenz-begriff des Verfassungsrechts* (1986), in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, S. 90, 99.

Böckenförde gegen Häberles bekanntes Konzept einer offenen Gesellschaft von Verfassungsinterpretationen erhoben hat: den Einwand, daß eine derartige Verschränkung von Verfassungsinterpretation und dem politischen Prozeß der Zivilgesellschaft zwangsläufig entweder eine Soziologisierung des Normativen – eine Subordinierung der Verfassung unter die pluralistischen *pouvoirs de fait* moderner Gesellschaften – oder aber gerade eine Verkenning des Politischen durch die Unterstellung eines Konfliktlösungen präjudizierenden materialen Konsenses zur Folge habe.<sup>15</sup>

Ich sehe jedoch nicht, wie eine generelle Skepsis gegenüber dem Kommunikationsprozeß der politischen Öffentlichkeit mit der in modernen Verfassungen institutionalisierten Spannung von *self-government* und *government of laws* in Einklang gebracht werden könnte. Das verfassungsimmanente Spannungsverhältnis von Demokratie- und Rechtsprinzip weist über einen engen pluralismustheoretischen Begriff des Politischen hinaus, dem sich Politik als ein Medium der Maximierung und Koordinierung (i) außerhalb des politischen Prozesses geformter, (ii) mit sozialer Macht versehener und (iii) strategisch eingestellten privaten Akteuren zurechenbarer Präferenzen darstellt. Die in modernen Verfassungen strukturbildend verankerte Idee eines legitimitätsstiftenden zirkulären Zusammenhanges von Recht und politischer Kommunikation verweist demgegenüber auf den Begriff einer politischen Reformpraxis, für die die Unterstellungen (i) einer prozeduralen Selbstreflexivität und (ii) eines (im Hinblick auf die verdrängten Stimmen kultureller und politischer Minoritäten) inklusorischen Charakters konstitutiv sind. Die Bedingungen des kulturellen und gesellschaftlichen Pluralismus machen die Verfassung damit zu einem *prozeduralen Dokument*<sup>16</sup>: Die einen formalen Staatsbürgerkonsens artikulierenden Prinzipien der Verfassung und die Prozeduren eines inklusiven demokratischen Prozesses bilden einen wechselseitig konstitutiven Zusammenhang – die

Verfassungsprinzipien *ermöglichen* einen politischen Kommunikationsprozeß, der für neue (durch soziale Bewegungen verkörperte) Problemwahrnehmungen sensibilisiert ist, die wiederum in die öffentliche und die judizielle Verfassungsinterpretation *transformierend* einfließen. Auch eine sozialstaatlich orientierte Verfassungsrechtsprechung könnte in diesem *auf die Stabilisierung der (formal definierten) Staatsbürgerrolle* zulaufenden Modell trotz stets verbleibender counter-majoritarian risks (A. Bickel) eine Rechtfertigung finden. Gewiß, ein prozeduralistisches Verfassungsverständnis (wie im übrigen auch ein werttheoretisches!) kann nicht umhin, die einem prozeduralen Vernunftbegriff korrespondierenden faktischen kulturellen und sozialisatorischen Verhältnisse und Lebensformen<sup>17</sup> als zumindest im Modus der Reformierbarkeit gegeben zu *unterstellen*: Vielleicht kann ein prozeduralistischer Rechtsbegriff aber über die von Böckenförde diagnostizierte Aporie der modernen Rechtsentwicklung hinausführen, indem er einen Beitrag dazu leistet, diejenigen institutionellen Bedingungen aufzuklären, unter denen Gesellschaften unseres Typs sich selbst einem *internal development* – einer immanent ansetzenden Transformation aussetzen können.

Oliver Gerstenberg

Erhard Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden 1990 (Nomos-Verlagsgesellschaft), 476 Seiten, DM 98,- (I).

Erhard Denninger, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht*, Baden-Baden 1990 (Nomos-Verlagsgesellschaft), 210 Seiten, DM 58,- (II).

Mit dem Schreckensbild eines biblischen Ungeheuers beginnt die Ideengeschichte des Staates in der bürgerlichen Gesellschaft. Seine Zentralfunktion besteht in der Garantie von Sicherheit. Geboren wird der Leviathan aus Feindschaft und Furcht: *homo homini lupus*. Die Gründe dafür sind nach Hobbes: »Erstens Konkurrenz, zweitens Mißtrauen, drit-

<sup>15</sup> *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik* (1976), in: *Staat Verfassung, Demokratie*, S. 33, 66 ff., 86.

<sup>16</sup> Einen Vorschlag zu einem prozeduralistischen Verfassungsbegriff – und zu einer darauf aufbauenden Lösung der counter-majoritarian difficulty des judicial review bietet J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, 1981 – freilich auf der Basis eines pluralismustheoretischen Politikbegriffs. Zur Kritik siehe u. a. F. Michelman, *Law's Republic*, 97 *Yale Law Journal* 1493, 1525 f. (1988).

<sup>17</sup> Zu diesem Problem des »Entgegenkommens« s. C. Offe, *Bindung, Fessel, Bremse*, in: *Zwischenbetrachtungen* hrsg. v. A. Honneth et al., Frankfurt/M. 1989.

tens Ruhmsucht«. Die Unfähigkeit der Gesellschaft zur rationalen und friedlichen Selbstregulierung bedingt nicht nur die Notwendigkeit des staatlichen Gewaltmonopols, sondern auch des Status ubiquitärer Gewaltunterworfenheit. Noch in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts erhält der »sterbliche Gott«<sup>1</sup> des Thomas Hobbes seine Rechtfertigung als »verfaßte Friedens- und Ordnungsmacht« durch »die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung«. Und so ist es nach Hegel »der Gang Gottes in der Welt, daß der Staat ist, sein Grund ist die Gewalt der sich als Wille verwirklichenden Vernunft«.<sup>2</sup>

Inzwischen scheint die Dichotomie von staatlicher Vernunft und gesellschaftlicher Unvernunft obsolet geworden zu sein. Heute, resümiert Denninger in seiner programmatisch betitelten Sammlung von Aufsätzen, von denen einige den Lesern dieser Zeitschrift bekannt sind, sei »der »gebändigte Leviathan« der Demokratie ... nicht ein mühsam in Ketten gehaltenes, Vitalität sprühendes Natur-Ungeheuer, sondern ein der Selbst-Beherrschung seiner Schöpfer anvertrautes, zerbrechliches Kunstwerk« (I, S. 11). Die politische Geschichte benötigte allerdings drei Jahrhunderte, um das »kälteste aller kalten Ungeheuer« (Nietzsche) durch die Gegengewalt etlicher Revolutionen zunächst zu bändigen, dann durch ein Korsett der »Herrschaft kraft Wissen«<sup>3</sup> und der Herrschaft kraft Recht zu rationalisieren und schließlich seine Exekutivfunktionen durch die Impulsgebung der parlamentarischen Gesetzgebung an den demokratischen Prozeß in der Gesellschaft rückzubinden. Zivilisiert wurde jedoch nicht nur das staatliche Ungeheuer durch die bürgerliche Gesellschaft, sondern auch die Gesellschaft durch den Staat, deren ursprüngliche Unzivilisiertheit für Hobbes ja gerade der Entstehungs- und Rechtfertigungsgrund der Ur-Staatlichkeit war.

Dieser Prozeß der Symbiose von Zivilgesellschaft und Verfassungsstaat ist noch nicht zu Ende. Die dafür maßgeblichen normativen Koppelungen sind die Grundrechte und das

demokratische Gesetz. Beide Elementarstrukturen stehen im Zentrum der Analysen von Erhard Denninger. Sie werden zum Prüfstein immer tiefergehender Vernetzungen von Staat und Gesellschaft. Seine Beiträge zum »status constituens« (I, S. 51 ff.) des citoyen für die Staatlichkeit und den politischen Prozeß schlechthin, über moderne Variationen des demokratischen Gesetzes im Verfassungsstaat mit dem »Parlament als Hüter des Gemeinwohls« (I, S. 13) im Abschnitt über »Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht« (I, S. 143 ff.) und über die weiteren Herausforderungen für Positivierung und Institutionalisierung der Bedingung von Freiheit im Kapitel über »Menschenrechte und Grundrechte« (I, S. 231 ff.) treiben das Projekt der Demokratie in Frontstellung zu etatistischen Lehrtraditionen und in Distanz zu besitzindividualistischen Freiheitskonzepten in Richtung auf eine Stärkung von Elementen der »Selbst-Beherrschung« einer pluralistischen Gesellschaft weiter. Residualbereiche unverfaßter Staatlichkeit haben danach für Denninger ebenso wenig Raum wie normative Nebenordnungen, die so häufig dem demokratischen Prinzip entgegengestellt werden. Die Rechtsstaatlichkeit ist nicht ein potentieller Gegenpol zur Demokratie, sondern die formende Schablone des demokratischen Gesetzes (II, S. 148 ff.). Verfassung wird so zum »Inbegriff der den Staat (im engeren Sinn von Machtapparat) und die Gesellschaft umgreifenden rechtsnormativen Gesamtordnung« (I, S. 11).

Allerdings weisen die Ausführungen zum »Präventionsstaat« (I, S. 33 ff.) und im Abschnitt über »Schutz der Verfassung und Innere Sicherheit« (I, S. 267 ff.) darauf hin, daß neben der evolutionären Option der Entfaltung der Zivilgesellschaft immer wieder die Gefahr des Rückfalls in autoritäre Herrschaft entsteht. Aber selbst die repressive Regression erscheint nur noch als Rückschritt und – im Gegensatz zu den 30er Jahren dieses Jahrhunderts – nicht als ernsthaftes alternatives Modell *moderner* politischer Herrschaft. Gleichwohl bleibt diese Option, zumal wenn sie sich mit den modernen Überwachungs-, Informations- und Kommunikationstechnologien verbündet, gerade deswegen eine bedrückende Vision, weil am Ende nicht der autoritäre Rationalismus eines »Sonnenstaates des Dr. Herold« (Enzensberger), sondern die »Macht der Dummheit« (André Glucksmann) stehen wird.

<sup>1</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan*, Kap. 13, herausgegeben und eingeleitet von Iring Fetscher, Neuwied-Berlin 1966, S. 95.

<sup>2</sup> Ebd., Kap. 17, S. 134.

<sup>3</sup> BVerfGE 49, 24 (17); 202 (209).

<sup>4</sup> G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Zusatz zu § 258; herausgegeben und eingeleitet von Helmut Reichelt, Frankfurt-Berlin-Wien 1972, S. 218.

<sup>5</sup> Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922, S. 129.

Solange die Verfassung jedoch noch gilt, scheint das biblische Ungeheuer im Grundsatz gezähmt, der Leviathan wird auf die Rolle als »nützliches Haustier« (I, S. 29) verpflichtet und ächzt unter dem Joch der ubiquitären Indienstrafe als Großversicherer sozialer Risiken, Reparaturinstanz des Marktversagens, Katalysator der gesellschaftlichen Modernisierung, Moderator von Konflikten. Die Leistungsgrenzen des »zerbrechlichen Kunstwerkes« und die daraus resultierenden Steuerungsprobleme setzen für Denninger keine grundsätzlich neuen Orientierungsmarken. Ihn interessiert weniger der »arbeitende Staat« (Lorenz von Stein) als vielmehr die die materiellen Staatsfunktionen in Form bringende »Arbeitsverfassung« der Grundrechte und des demokratischen Gesetzes. Realkontraste des empirisch fundierten »Wirklichkeitssinns« mögen den Verfassungsoptimismus eines radikalen Demokratiekonzepts relativieren, sie können jedoch nicht den »Möglichkeitssinn« (Robert Musil) entwerten, der in dem normativen Leitbild der Demokratie liegt.

Mehr als die über Staatsfunktionen grübelnden und an der Optimierung von Instrumenten bastelnden Staatswissenschaftler scheinen dies die »einfachen Leute« begriffen zu haben. Mag auch die Problemspirale von »Markt-« und »Staatsversagen« immer neue Zyklen von Deregulierung und Re-Regulierung auslösen, so gelten die politischen Akzeptanzdefizite immer weniger den politischen Institutionen, aber umso mehr ihren politischen Repräsentanten. Insofern könnte man meinen, sei das politische System der westlichen Demokratien doch dem Stadium des Posthistorie nahe, das von vielen verfassungsrechtlichen Antipoden Denningers so gerne beschworen wird. Abgesehen von der Feinarbeit am positiven Recht und dem Umbau einiger Rechtsinstitute wäre damit das von Hegel avisierte und jüngst erneut verkündete »Ende der Geschichte«<sup>6</sup> gekommen.

Dies vermag so recht nicht zu beruhigen, denn gleichzeitig könnte sich auch in der Freisetzung der ökologischen Risiken der Technik die Geschichte des Endes realisieren. In der Zerstörung der natürlichen Umwelt zeigt sich erneut die alte Hobbes'sche Problematik: bellum omnium contra omnes. Sie wird sich nicht mit der Beschwörung eines

neuen Ungeheuers bewältigen lassen. Ob ihr noch erfolgreich mit dem »gebändigten Leviathan« entgegengetreten werden kann, ist eine elementare Frage der aktuellen staatsrechtlichen Diskussion. »Die Herausforderung der Technik an das Recht in der technologischen Gesellschaft« wurde von Denninger bereits in den Jahren der Planungs- und Technikeuphorie zunächst eher leise und optimistisch registriert (I, S. 195 ff.), konnte dann für die Risiken der Informationstechnologien noch mit der Aufbereitung des klassischen Eingriffsabwehrrechts zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach dem bewährten Muster der Freiheitssicherung durch Staatsausgrenzung zumindest konzeptionell beantwortet werden (I, S. 33; S. 362 ff.; S. 375 ff.; S. 441 ff.), wirft jedoch unter dem Bedrohungszusammenhang ökologischer Risiken die Frage nach »neuen Rechten im technologischen Zeitalter« (I, S. 219 ff.) und nach einer verfassungsrechtlichen Fundamentalreduktion der »Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht« (II) auf.

Bereits im Vorfeld katastrophischer Zuspitzungen technologischer Risiken werden zentrale Institute der Moderne morsch. So hat in der »Risikogesellschaft«<sup>7</sup> der Begriff der Sicherheit eine geradezu beängstigende Karriere des Verfalls durchgemacht. Der Anspruch, daß sich der Staat »schützend und fördernd« vor die Grundrechte Leben und Gesundheit seiner Bürger zu stellen habe (BVerfGE 49, 139), wird unter den Vorbehalt der »sozialadäquaten Risiken« gestellt, die von jedermann hinzunehmen seien (BVerfGE 49, 141). Wissenschaft und Technik, die immer intensiver zu Hilfe gerufenen subsidiären Sicherheitsgaranten des Rechts, können keine verlässliche Markierung zwischen sicher und unsicher mehr setzen. Sie produzieren mehr Probleme als sie lösen können, schaffen mit jeder Vermeidungstechnologie neue Risiken, entgrenzen lokale Gefahren zu globaler Bedrohung, zerstören die zumindest konzeptionell mit Technikeinsatz beherrschbare Mechanik von Ursache-Wirkungs-Zusammenhängen konventioneller Technik der »industriellen Gesellschaft« durch kumulative, synergetische, hyperzyklische und letztlich akusale Chaos-Syndrome.

Betroffen ist davon zu allererst die normative

6 Francis Fukuyama, Das Ende der Geschichte. Wo stehen wir?, München 1992.

7 Ulrich Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt 1986.

Substanz des Gesetzes, weil Wissen und technikrelevante Normsetzung aus dem staatlichen Bereich in ein asymmetrisch konstituiertes Feld gesellschaftlicher Selbstregulierung auswandern. Doch damit nicht genug. Durch die legislative Praxis adaptiver Scharnierbegriffe wie »Stand der Technik« und Verweisungsformeln auf außerrechtliche Normbestände wird dies durch die Gesetzgebung selbst gefördert und legitimiert. Der Substanzverlust, den das demokratische Gesetz durch die Auslagerung der Grenzwertfestsetzung in die Standards der privaten technischen Normung (II, S. 130 ff) und der technischen Verwaltungsvorschriften (II, S. 156 ff.) erleidet, erfährt ebenso deutliche Kritik wie die Lehren nicht-etatistischer Gesellschaftsteuerung, die solche Prozesse mit Begriffen wie Subsidiarität, Delegation oder Korporativismus theoretisch zu überformen versuchen (II, S. 124 ff.).

Dem muß man nicht folgen. Das Konzept sozialer Gesellschaftsteuerung beruht auf sozialem Wandel und ist insofern schlecht zu ignorieren. Die »Entzauberung des Staates«<sup>8</sup> durch die Dezentralisierung von Entscheidungsstrukturen impliziert nicht notwendiger Weise die Entwertung des demokratischen Prozesses, wenn die in der Tat zu beobachtenden Defizite den Geltungsrahmen des Demokratieprinzips als allgemeines Formprinzip für politisch relevante Entscheidungen neu dimensionieren würden: Die soziale Dezentralisierung muß durch Demokratisierung »verdient« werden.

Obwohl Denninger seinem normativen Demokratiekonzept treu bleibt und postuliert, zentrale Eckpunkte der Umweltpolitik wie etwa das Strahlenminimierungsgebot (§ 28 I StrSchVO) sollten grundsätzlich durch den Gesetzgeber gesetzt werden, bleibt seine Stellungnahme zur höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Parlamentsvorbehalt (II, S. 159 ff.) im Ergebnis eher moderat. Der Parlamentsvorbehalt transformiert sich in einen »Rechtssatzvorbehalt« (II, S. 155), der verhindern soll, daß sich ein Strom unkontrollierbarer Normkaskaden über grundrechtsrelevante Tatbestände ergießt. Für Normsetzungsbefugnisse privater Organisationen (II, S. 144) ist damit ebenso wenig Raum wie für »originäres Administrativrecht«<sup>9</sup> (II, S. 187)

und richterliche Kontrollabstinenz über normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften (II, S. 188). Wenn der Gesetzgeber von Verfassungen wegen nicht verpflichtet ist, Umweltstandards selbst zu fixieren, so ist er gerade dann gehalten, durch prozedurale Garantien den Prozeß und die Organisation der untergesetzlichen Normsetzung vorzugeben.

Umweltstandards sind daher, wenn nicht zwingend durch Gesetz, so doch durch untergesetzlichen Rechtssatz zu normieren. Dies ist mehr als die strukturkonservative Anmahnung des status-quo-ante. Ausgehend vom Befund »der Unmöglichkeit der zeitlich-räumlichen Folgenbeherrschung, des überproportionalen Wachstums des bewußten Nichtwissens (im Sinne von zunehmender Bewußtwerdung über die Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis, R.W.?) und des Zusammenhangs von sozialer Macht- bzw. Gewaltausübung mit dem technischen Fortschritt« (II, S. 23) formuliert Denninger die Grundlinien für die »Gemeinwohrlichtigkeit« (II, S. 35, 166 ff.) eines vorwiegend prozedural gefaßten Technologierechts. Grundprämisse dafür ist die Überzeugung von der sozialen Gestaltbarkeit der Technik (II, S. 23, vgl. schon I, S. 212 ff.). Wenn nicht determinierender Sachzwang oder expertokratisch verwaltetes Wissen, sondern Technikooptionen, der Wertbezug technischer Standards und die Politisierung von divergierenden Zielsetzungen über Nutzen und Risiken von Technologien die technische Entwicklung prägen, dann reproduzieren sich in ihr typische Konfliktlagen der pluralistischen Gesellschaft. Und daher liegt es nahe, auch diese Konflikte mit dem Modell des Pluralismus nach Regeln der Verfahrensgerechtigkeit zu bewältigen (II, S. 170 ff.). »Gegenmachtbildung«, »Kontrastinformation«, »Minderheitenrepräsentation« (II, S. 182) sind die Leitideen für eine auf den sozialen und wissenschaftlichen Pluralismus verpflichtete partizipative Öffnung der untergesetzlichen, aber *rechtsgesteuerten* Normsetzung. Die zentralen und immer noch halb arkan wirkenden Schaltstellen der politischen Technikkoordination sollten von Gesetzes wegen pluralistisch organisiert werden (II, S. 172 ff.). Dies hat zunächst kleine Folgen mit großen Wirkungen. Bedenklich erscheinen Denninger

<sup>8</sup> Helmut Willke, Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer sozialen Steuerungstheorie, Königstein 1983.  
<sup>9</sup> Fritz Ossenbühl, Rechtsverordnung, in: Isensee/Kirchhof

(Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 1988, § 65, Rz. 50.

etwa die Besetzungsregeln für die sachverständige Beratung der Exekutive beim Erlass von Verordnungen und technischen Verwaltungsvorschriften (II, S. 172, S. 184) nach § 51 BImSchG oder die Tätigkeit der Zentralen Kommission für biologische Sicherheit (ZKBS).

Mit der Prozeduralisierung der untergesetzlichen Normsetzung sind jedoch auch weitreichende Konsequenzen verbunden. Folgerichtig ordnet Denninger dieses Konzept nicht dem Ausbau des Individualrechtsschutzes, sondern dem basalen status constituens pluralistischer Demokratie zu. »Es geht hier nicht um die »Anreicherung« administrativer Normsetzungsverfahren um einige »Elemente« demokratischer Repräsentation, und es geht auch nicht um den »vorgezogenen Rechtsschutz« möglicher oder wirklicher Betroffener ... Sondern es geht um die Optimierung der Chancen zur »Gemeinwohrlichtigkeit« bei der Festlegung der Norminhalte« (I, S. 17). Im Vordergrund steht dabei nicht mehr der Schutz individueller Rechte, sondern der objektiv-rechtlich erweiterte Schutz von menschlichem Leben und Gesundheit (II, S. 179). Hinzuzufügen ist: Mit der Globalisierung und Universalisierung von Risiken wird auch diese Erweiterung nicht mehr ausreichen, denn relevant wird zunehmend der Schutz von Kollektivgütern wie dem Klima, der Artenvielfalt oder dem Grundwasser, die sich nicht einfach als Resultat aufsummierter Grundrechte ergeben.

Die »inhaltliche Objektivierung ursprünglich rein individuell subjektiver Grundrechtspositionen« (I, S. 224) rückt das ökologische Recht aus dem Schutzbereich des Individualrechtsschutzes in die flüssige Form »werden den Rechts«, das in Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträgen (I, S. 221) nur tentativ normiert werden kann. Die »Auflösung der Subjektskategorie« (I, S. 227) betrifft aber nicht nur den Topos der Betroffenheit, sondern auch den des Verursachers. Sie wird nirgends deutlicher als bei den Problemen der Umweltzerstörung durch Massenverbrauch, »wo zahllose Einzelne in nicht meßbaren Einzelbeiträgen zur Entstehung einer Gefahrenlage zusammenwirken« (I, S. 227). Ob gegen diese Risiken mit einer normativen Erhöhung des Bestandes an positivem Recht im Sinne der Frage »should trees have standing?« (I, S. 223) vorgegangen werden kann, erscheint fraglich. Die Banalität des Massenkonsums wie etwa die zur Umweltgefähr-

dung ersten Ranges ausgewachsene Automobilisierung läßt sich wohl eher mit trivialen Rechtsinstrumenten wohlfahrtsstaatlicher Steuerung wie der Erhöhung der Mineralölsteuer eindämmen.

Absehbar ist dann aber, daß sich ein Rechtskonzept des ökologischen Sozialstaates mit einer veränderten Matrix von Eingriffsabwehr-, Leistungs- und Teilhaberechten entwickeln müßte. Die sozialstaatliche Kanalisierung des Antagonismus polarisierter Sozialstrukturen basiert auf der redistributiven Beeinflussung des ökonomischen Wachstums. Ein lineares Modell der Senkung des Konsumniveaus würde den gebändigten sozialen Strukturkonflikt reaktivieren. Koexistieren kann die auf Wachstum programmierte Sozialverträglichkeit der wirtschaftlichen Entwicklung mit der auf Ressourcenschonung programmierten Prämisse der Umweltverträglichkeit nur, wenn sie sich beide gleichzeitig auf einen Struktureffekt des Abkoppelns der Wohlfahrtsentwicklung von der Umweltzerstörung stützen könnten. Die Prozesse des ökologischen Umbaus der Gesellschaft entwickeln sich damit jenseits der Schutz- und Anspruchslogik von Eingriffsabwehr- oder Leistungsrechten.

Wenn das Recht inhaltliche Orientierungsmarken für ökologische Wohlfahrt nicht enthält, werden Kooperation und Partizipation zur basalen »Erzeugungsgrammatik« von Gemeinwohrlichtigkeit. Der in seinen Machtressourcen »gebändigte« und in seinen kognitiven Potentialen beschränkte Staat hat seine früher beanspruchte Rolle als »Gemeinwohlmonopolist« verloren. Umgekehrt stehen die gesellschaftlichen Interessen, wie Denninger in Anschluß an Herbert Krüger betont (II, S. 34), nicht mehr in natürlicher Gegnerschaft zum Gemeinwohl. So könnte nach dem »status negativus« des liberalen und dem »status positivus« des sozialen der »status activus« zum Grundrechtsprogramm des ökologischen Rechtsstaates werden.

Allerdings erweisen sich diese Potentiale als notorisch schlecht organisierbar, verfügen über unzureichende Ressourcen, beschränkte Artikulationsmöglichkeiten und Kommunikationszusammenhänge. Kontrastinformation und Gegenmachtbildung in einem asymmetrischen Pluralismus sind damit von staatlichen Stabilisierungs- und Transferleistungen abhängig. Und so bleibt das alte Paradoxon, daß es gilt, die konstruktiven Potentiale der Gesellschaft durch den Staat zu mobilisieren,

um die gesellschaftlichen Destruktivkräfte in Schranken zu verweisen. Ob schließlich der damit geforderte Diskurs rechtzeitige und sachgerechte Ergebnisse produziert, hängt von den Akteuren ab. Es gibt weder eine Garantie dafür, daß ein Konsens noch daß der richtige Konsens gefunden wird. Prozeduralisierung eröffnet nur die Chance, im Dialog zu lernen. Ritualisierte Gremienpartizipation

wie in der Medienverfassung ist dagegen ein ziemlich sicherer Hinweis auf »Lernprozesse mit tödlichem Ausgang« (Alexander Kluge). Der politische Pluralismus und sein Rechtskonzept der Prozeduralisierung ist ein voraussetzungsreiches und keinesfalls narrensicheres, aber weithin alternativloses Projekt für »Selbst-Beherrschung«.

*Rainer Wolf*

#### NEUERSCHEINUNG

**Wolfgang Bock/Hans Diefenbacher/Hans-Richard Reuter**  
**Pazifistische Steuerverweigerung und allgemeine Steuerpflicht**  
 Ein Gutachten

Texte und Materialien der Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft (FEST), Reihe A, Nr. 38  
 ca. 220 Seiten, ca. 22,- DM, Heidelberg, Juli 1992, ISBN 3-88257-037-7

Das interdisziplinäre Gutachten behandelt ethische Aspekte des pazifistischen Steuerboykotts, dessen volkswirtschaftliche Bedeutung sowie Rechtsprobleme einer militärbezogenen Steuerverweigerung aus Gewissensgründen.

Zu bestellen bei:  
 Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft (FEST),  
 Schmeilweg 5, 6900 Heidelberg