

# Buchbesprechungen

*Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, hrsg. von Burkhardt Ziemke, Theo Langheid, Heinrich Wilms, Görg Haverkate, München (C. H. Beck) 1997, Ln., 1552 S., 388,- DM.*

Den meisten Juristen dürfte der Kölner Rechtsprofessor Martin Kriele als Mitbegründer und Mitherausgeber der Zeitschrift für Rechtspolitik und als Verfasser einer der populärsten Abrisse über die Allgemeine Staatslehre<sup>1</sup> gut bekannt sein. Unter seinen Veröffentlichungen verdienen besonders seine Dissertation, »Kriterien der Gerechtigkeit«,<sup>2</sup> und seine Habilitationsschrift, »Theorie der Rechtsgewinnung«,<sup>3</sup> Erwähnung. Der Titel der ihm zu seinem 65. Geburtstag gewidmeten Festschrift, »Staatsphilosophie und Rechtspolitik«, reflektiert die Interessenschwerpunkte des Jubilars, der bis zu seiner Emeritierung im Jahre 1996 Direktor des Seminars für Staatsphilosophie und Rechtspolitik an der Universität Köln war. Kriele ist, wie Rudolf Gerhardt, sein Kompagnon bei Gründung und Herausgabe der ZRP, es mit leichtem Understatement ausdrückt, ein durchaus »kontroverser Meister«, ein »Meister der Kontroverse«, jemand, dem nicht viel an Harmonie und Ausgleich liegt, der mit seinem Standpunkt nicht hinter dem Berg hält (S. 1). Zeichen für Krieles Zivilcourage war es wohl auch, daß er gewissermaßen auf dem Höhepunkt seiner akademischen Laufbahn eine politische Kehrtwendung vollzog. War er in den 70er Jahren noch Prozessvertreter der sozialliberalen Bundesregierung

vor dem Bundesverfassungsgericht in Sachen Grundlagenvertrag, kann er mittlerweile als einer der streitbarsten Gegner des früheren sozialliberalen Reformprojekts gelten.

Der von Kriele gepflegte kontroverse Stil ist auch an der ihm gewidmeten Festschrift nicht spurlos vorübergegangen. Während wir es oft genug erleben, daß sich aus Anlaß von Jubiläen für bedeutende Rechtspersonlichkeiten eine recht pluralistische Autorenschaft zusammenfindet, um dem Jubilar die Ehre zu erweisen, kann dies für den vorliegenden Band kaum behauptet werden. Zwar trifft man unter den Autoren eine Reihe weltanschaulich als liberal zu bezeichnende Wissenschaftler an (z. B. Robert Alexy, Ralf Dreier, Dimitrios Tsatsos, Peter Häberle und eine Handvoll anderer). Damit ist das Ende des Spektrums auf der einen Seite aber bereits bezeichnet. Das Gros der Beiträge stammt von Personen, die es sicherlich nicht als Schande empfinden, als konservativ bezeichnet zu werden. Gerade weil die Thematik der Festschrift (Menschenwürde, Grund- und Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Staatsphilosophie und Verfassungsgeschichte, Verwaltungsrecht sowie Internationales Recht und Rechtsvergleichung) sehr ansprechend ist, ist es jedoch schade, daß vornehmlich nur der konservative Standpunkt repräsentiert ist. Von Nachteil ist es auch, daß einige Autoren die Festschrift als Forum für politisch-polemische Stellungnahmen benutzen. Auch wenn es grundsätzlich eher erfrischend ist, wenn Akademiker im Rahmen wissenschaftlicher Beiträge mit ihrer Meinung nicht hinter dem Berg halten, empfindet man es als Leser als unangebracht, wenn pure Meinung als nicht hinterfragbare Wahrheit präsentiert wird.

So läßt sich der Dominikanerpater Heinrich

<sup>1</sup> Einführung in die Allgemeine Staatslehre, 1. Auflage 1975; 5. Auflage 1994.

<sup>2</sup> Untertitel: Zum Problem des rechtsphilosophischen Relativismus, Berlin 1963.

<sup>3</sup> Berlin 1967, 2. Auflage 1976

Basilius Streithofen über »Maßstäbe christlicher Politik« aus, richtet sein Interesse dabei aber von vornherein nur auf die Politiker von CDU/CSU, die die »moralischen Normen der Kirche« (welcher?) zu beachten hätten (S. 992). Er wirft Liberalen und Sozialdemokraten ein rein taktisches Verhältnis zur Kirche vor (S. 993). Die (mangelnde) Kirchenverbundenheit der SPD-MdB's offenbart sich für ihn dabei – selbstverständlich – im Abstimmungsverhalten bei der Reform des § 218 StGB (S. 994). Für Streithofen ist es so selbstverständlich, daß »christlich« gleichzusetzen ist mit »römisch-katholischer Kirche«, daß er nicht einmal ein Wort darüber zu verlieren braucht. Konnte man von ihm vielleicht nichts anderes erwarten, so ist es enttäuschend, daß auch Theo Mayer-Malys vom Thema an und für sich interessanter Artikel über die »Kreuze in den österreichischen Schulklassen« eher auf die Leserschaft eines katholischen Bistumsblatts denn auf die einer rechtswissenschaftlichen Publikation zugeschnitten ist. Auch ihm geht es nicht um Diskussion, sondern um politische Statements. Unter den eher politisch-agitatorisch Interessierten ist aber vor allem Erwin K. Scheuch zu nennen. Zur »Bedrohung der individuellen Freiheit heute« fällt dem Kölner Politik-Professor zuallererst die Verpackungssteuer ein (S. 1054). Wie einige andere Autoren dieses Bandes sieht er freiheitsbedrohende Tendenzen vor allem in der Tendenz zur *Political Correctness*, die er einer »Korrektheits-Mafia« zuschreibt. Damit verbindet er ein angeblich von Günter Grass, Rolf Hochhuth, Günter Gaus und einigen anderen geformtes »Meinungskartell«, das u. a. entschieden habe, daß Stefan Heitmann wegen zu konservativer Ansichten nicht Präsident werden könne (S. 1062). Der »unkontrollierte Haß auf die eigene, bürgerliche Gesellschaft« ist es für Scheuch, der Grass und »alle möglichen alternativen Gruppierungen wie Feministinnen, Autonome, Schwule, Skinheads« eint (S. 1063). Scheuch fordert stattdessen, daß es »auch Freiheit für Normalität« geben müsse. Gleichzeitig sei das Bewußtsein dafür zu wecken, daß die »Machtergreifung einer Gesinnungspolizei absichtsvoll inszeniert« sei (S. 1064). Die »Kulturlinke in Deutschland« habe sich nach dem Kriege Gramscis Aufforderung zu eigen gemacht, die kulturelle Hegemonie zu erstreiten, wobei sich vor allem Peter Glotz diesem Ziel verschrieben habe. Auswirkungen des Meinungsmonopols der

»linken Gesinnungspolizei« seien insbesondere die Reaktionen auf Botho Strauß, Hans Magnus Enzensberger oder Rainer Zitelmann (S. 1064). Zu den Peinlichkeiten dieses Bandes gehört es aber auch, wenn der renommierte Münchener Rechtsprofessor Wolfgang Fikentscher in einem Beitrag über die kulturellen Unterschiede zwischen dem amerikanischen und dem deutschen Regierungssystem (»Staat vs. Government«) diese dadurch anschaulich zu machen versucht, daß er herausstellt, daß Hitler die Kirchen zwar drangsaliert habe, dazu aber nicht die Kirchensteuer eingesetzt habe, während für US-Amerikaner dies eine kaum vorstellbare Zurückhaltung bedeute (S. 1413). Solche Beiträge mindern die Festschriftsqualität, sind aber glücklicherweise auch nicht symptomatisch für den gesamten Band. Trotzdem mußte sich der »Meister der Kontroverse« vielleicht fragen, warum Autoren sich gerade in einer Festschrift für ihn auf dieses Niveau begeben.

Insgesamt finden sich unter den 82 Beiträgen eine ganze Reihe von Aufsätzen, die es wert wären, vorgestellt zu werden. Ich will mich allerdings dennoch auf solche Beiträge beschränken, die die Schwerpunkte des Bandes am besten widerspiegeln. Das bedeutet, daß leider auf einige sehr interessante Beiträge nicht näher eingegangen werden kann. Dazu gehören etwa Robert Alexys Darstellung von »Carlos Ninos Begründung der Menschenrechte«, <sup>4</sup> Wolfgang Rüfners Aufsatz »Der allgemeine Gleichheitssatz als Differenzierungsgebot«, in dem er die überzeugende These aufstellt, daß aus dem Gleichheitssatz keine Pflicht zur Ungleichbehandlung herleitbar sei, weil dies den Spielraum des Gesetzgebers einengen würde (S. 272), sowie Ralf Dreiers Untersuchung über den »Moralische[n] Standpunkt bei Kant und Hegel«, bei der er eine Reihe von Gemeinsamkeiten zwischen beiden Philosophen feststellt (S. 826).

#### *Demontage des Lüth-Urteils*

Wendet man sich den anderen Beiträgen zu, so fällt auf, daß der Band deutlich von den

<sup>4</sup> Der bereits 1993 im Alter von knapp 50 Jahren verstorbene argentinische Rechtsphilosoph Carlos Nino bemüht sich um eine diskurstheoretische Begründung der Menschenrechte. Siehe neben dem hier von Alexy besprochenen Werk »The Ethics of Human Rights« (1991) auch das ebenfalls posthum von Owen M. Fiss herausgegebene Buch »The Constitution of Deliberative Democracy«, New Haven 1996.

Kontroversen über die Entscheidungen des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zur Meinungs- und Religionsfreiheit und von der Debatte über die Funktion des höchsten deutschen Gerichts geprägt ist. Dies dürfte ganz im Interesse des Jubilars sein, der in seinem Aufsatz »Ehrenschatz und Meinungs-freiheit« in der NJW<sup>5</sup> recht harsche Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geübt hat. Zum Thema Meinungs-freiheit verdient insbesondere der Beitrag des Bonner Staatsrechtlers Josef Isensee Beachtung. Isensee, den man wohl als einen der profiliertesten gegenwärtigen konservativen Staatsrechtstheoretiker bezeichnen darf, skizziert gewissermaßen den konservativen Gegenentwurf zur Rechtsprechung des Ersten Senats. Isensee gibt zwar deutlich zu erkennen, wo er steht, nämlich nicht auf Seiten einer »hedonistisch-pazifistischen Gesellschaft, die Deserteure als nationale Leitbilder feiert und auf offener Straße Soldaten als Mörder brandmarkt« (S. 6). Ihm geht es aber nicht (nur) um ein politisches Statement, sondern darum, eine dogmatische Klärung des verfassungsrechtlichen Ehrenschatzes herbeizuführen – und die Auseinandersetzung mit seiner Konzeption ist durchaus lohnenswert. Isensee sieht die Ehre verfassungsrechtlich über Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützt, wobei allerdings nur schwerste Ehrverletzungen direkt die Menschenwürde betreffen (S. 10). Er erkennt eine besondere Struktur des »Grundrechts auf Ehre« darin, daß es sich anders als sonstige Grundrechte nicht als Abwehrrecht gegen den Staat, sondern in erster Linie als Schutzpflicht des Staates präsentiere. Die Gefahr für die persönliche Ehre gehe typischerweise nicht vom Staat, sondern von Privaten aus (S. 14). An dieser Stelle seiner Argumentationskette sollte man aber schon fragen, warum ein lediglich implizit hergeleitetes Grundrecht derartig starke Wirkungen entfalten können soll. Auf diese Weise wird der persönlichen Ehre, die im Grundgesetz lediglich als Grundrechtsschranke erwähnt ist, mehr Bedeutung beigegeben als enumerierten Grundrechten. Ein *argumentum a fortiori* würde eigentlich dafür sprechen, daß Schutzpflichten des Staates erst recht im Hinblick auf Grundrechte bestehen müßten, die der Verfassungsgesetzgeber einer ausdrücklichen Erwähnung für wert befunden hat. Isensee weist zwar den Gedanken zurück, daß das »Grundrecht auf Ehre« in

Art. 5 Abs. 2 GG verankert sei (S. 10 Fn. 20). Seine gesamte Argumentation läuft aber darauf hinaus, diese Vorschrift als Indikator für einen dem Grundgesetz vorgelagerten Ehrenschatz zu betrachten. Mit diesem methodischen Verfahren, das Eingriffsrechte in grundrechtliche Schutzpflichten umwandelt, müßte man dann konsequenterweise auch den Vorschriften über Enteignung und Vergesellschaftung einen höheren Stellenwert zuschreiben.<sup>6</sup>

Auch Isensees Bekräftigung, daß nichts hinter das Lüth-Urteil<sup>7</sup> zurückführe (S. 29), wirkt eher wie eine rhetorische Floskel, denn seine nahezu gesamte Argumentation ist darauf angelegt, dieses Urteil so restriktiv zu interpretieren, daß es einer der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entgegengesprechenden Interpretation nicht mehr im Wege steht. So spricht Isensee von der »Schieflage« des Lüth-Urteils, das einer Seite (Lüth) Grundrechtsschutz zuerkannt habe, während es dem »Opfer« (Veit Harlan) nur zivilrechtliche Ansprüche eingeräumt habe. Auch das Opfer sei aber Grundrechtssubjekt (S. 30). Im Gegensatz zum »allgemeinen Gesetz« in Art. 5 Abs. 2 GG stehe das Eingriffsziel beim Ehrenschatz bereits fest und dürfe »nicht in die Mühle der Wechselwirkungsjurisprudenz gesteckt und dort zermahlen werden« (S. 33). Bei dem Konflikt zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschatz handle es sich um eine »Grundrechtskollision«, deren Lösung indes nicht offen sei wie bei üblichen Grundrechtskollisionen, da das Grundgesetz vorab klarstelle, daß die persönliche Ehre – Art. 5 Abs. 2 spricht allerdings vom »Recht der persönlichen Ehre« – Schranke der Meinungsfreiheit sei (S. 34). Dies muß aufhorchen lassen, denn nach Isensee käme dem nicht ausdrücklich statuierten »Grundrecht auf Ehre« ein höherer Stellenwert zu als selbst einem schrankenlos gewährten Grundrecht. Während Isensee den Drittwirkungscharakter

<sup>6</sup> Es sollte erwähnt werden, daß nicht nur Isensee den methodisch zweifelhaften Schluß von Ermächtigungen zu positiven Handlungspflichten des Staates zieht. Vgl. die ähnliche Vorgehensweise des BVerfG im KDV-Urteil bei Art. 12 a GG, BVerfGE 69, 1 [21] (1985) (»verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine wirksame militärische Landesverteidigung«); siehe dazu insbesondere die abw. Meinung der Richter Mahrenholz und Bockenforde, BVerfGE 69, 57 ff.

<sup>7</sup> BVerfGE 7, 198 (1958).

<sup>8</sup> Das Wort »Recht« wird von denjenigen, die den Ehrenschatz als selbständiges Grundrecht herleiten, oft genug übergangen. Es mußte aber vorab diskutiert werden, ob damit vom Gesetzgeber gesetztes Recht gemeint ist oder auf ein dem Gesetzgeber vorgelagertes Recht der Ehre verwiesen wird.

ter des angeblichen Grundrechts auf Ehre über die Herleitung einer staatlichen Schutzpflicht aufwertet, versucht er gleichzeitig, die mittelbare Drittwirkung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit, wie sie im Lüth-Urteil entwickelt wurde, aufzuweichen. Er kritisiert die Entscheidung, weil das Bundesverfassungsgericht nicht Verfassungsrecht, sondern einfaches Recht geprüft habe (S. 42). Seine Argumentation zielt daher trotz gegenteiliger Behauptung auf eine Demontage des Lüth-Urteils.

Schon Isensees Interpretation des Lüth-Urteils ist aber fraglich. Zunächst ging es gar nicht um Ehrenschutz, sondern um einen angeblich wegen Verletzung der guten Sitten verbotenen Boykottaufruf gegen den »Jud-Süß«-Regisseur Veit Harlan. Nicht die Ehre Harlans war bedroht, sondern seine finanziellen Interessen. Eine Grundrechtskollision konnte daher allenfalls zwischen Meinungs- und Gewerbefreiheit bestehen. Sollten auch letzterer im Sinne der Isenseeschen Ausführungen Schutzpflichten des Staates zur Seite stehen? Aber auch ansonsten muß die bei Isensee durchklingende und sehr häufig zu vernehmende Interpretation des Lüth-Urteils als eines verfassungsgerichtlichen Eingriffs in private Rechte hinterfragt werden. Das private Recht Veit Harlans war nämlich ein lediglich richterrechtlich kreierte Recht. Die ordentlichen Gerichte hatten sich über die Generalklausel des § 826 BGB das Eingriffsrecht in die Meinungsfreiheit selbst verschafft. Durch Anwendung der Wertetheorie rückte das Bundesverfassungsgericht diese »Schieflage« im Grunde nur gerade und gab der klaren verfassungsrechtlichen Entscheidung für die Meinungsfreiheit Vorrang vor einer nebulösen Eingriffsermächtigung unter Berufung auf die guten Sitten. Nachträglich wird jetzt so getan, als sei die unternehmerische Freiheit, nicht mit Hilfe von Meinungsäußerungen boykottiert zu werden, ein vorgegebenes privates Recht gewesen, dem das Bundesverfassungsgericht über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte zu Leibe rückte. Diese Sichtweise vernachlässigt den Umstand, daß es erst die Gerichte waren, die Harlan ein privates Recht zustanden, in die Meinungsäußerungsfreiheit Lüths einzugreifen. Statt von einer Drittwirkung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit zu sprechen, ist es daher korrekter, von einer Zurückweisung eines Grundrechtseingriffs durch die ordentlichen Gerichte zu sprechen. Es ist

zwar korrekt, daß das Bundesverfassungsgericht mit der Wertetheorie ein fragliches Instrument für die Grundrechtsinterpretation schuf. Der schwarze Peter für das Wertedenken sollte aber nicht vorschnell allein dem Verfassungsgericht zugeschoben werden. Im Grunde standen sich zwei »Werte« gegenüber, auf der einen Seite ein vorkonstitutioneller, richterrechtlich entwickelter, positivrechtlich kaum faßbarer »Wert« der guten Sitten, auf der anderen Seite ein Wert, der sich an den Normierungen einer liberal-demokratischen Verfassung orientierte. Die Generalklausel der »guten Sitten« in § 826 BGB repräsentiert im übrigen auch kein typisches privates Recht, sondern einen eher öffentlichrechtlichen *ordre public*-Standard. Was die guten Sitten waren, mußte zudem nach Erlaß des Grundgesetzes unter Maßgabe desselben neu bestimmt werden und konnte nicht vorbehaltlos einer kaum entnazifizierten Richterschaft in den ordentlichen Gerichten überlassen werden.<sup>9</sup>

Was dogmatisch Isensee und viele andere Konservative vom Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts trennt, ist die Auffassung, daß das »Recht der persönlichen Ehre« anders zu behandeln sei als die »allgemeinen Gesetze«. Jedoch ist der Umstand, daß »persönliche Ehre« und »Schutz der Jugend« in Art. 5 Abs. 2 GG als Schranken besonders erwähnt werden, kein schlagendes Argument dafür, daß sie im Gegensatz zu den allgemeinen Gesetzen nicht der Wechselwirkung unterfallen sollten. Einerseits könnte man diese Regelungsbereiche nämlich als nur besonders betonte Regelbeispiele auffassen. Andererseits macht ihre ausdrückliche Erwähnung Sinn, weil damit klargestellt wird, daß in diesen Fällen besonders direkte Einwirkungen auf die Meinungsäußerung zulässig sein sollen, die im Rahmen der allgemeinen Gesetze nicht mehr hingenommen werden könnten. Der Streit zwischen konservativen und liberalen Verfassungsrechtlern geht im Grunde darum, ob über das aus Art. 1 GG herleitbare Substrat hinaus der Schutz der persönlichen Ehre selbständigen verfassungsrechtlichen Gehalt besitzt oder ausschließlich gesetzgeberischem Ermessen unterliegt.<sup>10</sup> In gewisser

<sup>9</sup> Siehe zur Besetzung der Richterschaft nach 1945 etwa Ingo Muller, *Furchtbare Juristen*, München 1987, S. 210ff.

<sup>10</sup> Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 GG mit seinen sprachlichen Variationen »Vorschriften der allgemeinen Gesetze«, »gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend« und »Recht der persönlichen Ehre« bietet keine hinreichende Grundlage, um das Recht der persönlichen



Weise scheint sich damit ein Streit zu wiederholen, wie er bereits in Weimar um die materielle Interpretation des Gleichheitssatzes geführt wurde, wie er aber auch aus der amerikanischen Verfassungsgeschichte unter dem Stichwort *Lochnerism* geläufig ist.<sup>11</sup>

Isensees Kritik am jüngsten »Soldaten-Beschluß«<sup>12</sup> greift sich das Strafurteil heraus, welches die Verneinung einer persönlichen Beleidigung von Soldaten am schlechtesten zu begründen scheint, nämlich den Fall der Äußerung »All soldiers are murders« (S. 43). Gerade bezüglich dieses Strafurteils hat das Bundesverfassungsgericht aber das gemacht, was von seinen Kritikern immer wieder eingefordert wird, nämlich die Sachverhaltsdeutung des ordentlichen Gerichts stehengelassen und lediglich die Begründung einer verfassungsrechtlichen Kontrolle unterzogen. Die Strafgerichte hatten die Äußerung als auf alle Soldaten der Welt gemünzt interpretiert und damit im Grunde eine »Beleidigung« des Soldatentums festgestellt,<sup>13</sup> die selbst Isensee ausdrücklich für nicht grundrechtsrelevant hält (S. 24).

Auch Isensee unterläßt es wie eine Reihe anderer Autoren in diesem Band nicht, eine Speerspitze gegen den »Meinungsoktroi« der *Political Correctness* zu richten. Er befürchtet, daß die geschaffenen »Sprachdikate« bewirkten, daß sich die Opposition zurückziehe in den »Flüsterwitz« (S. 46). Damit skizziert er das als Gefahr, was Befürworter einer extensiven Interpretation der Meinungsfreiheit ebenfalls als Bedrohung empfinden, den *chilling effect* (Einschüchterungseffekt) für die Meinungsfreiheit, den Isensee selbst aber im Hinblick auf den Ehrenschatz begrüßt, weil die öffentliche Diskussion zu verrohen drohe (S. 45). Diese Paradoxie in der Argumentation scheint erklärungsbedürftig. Ist nicht gerade die zum Teil berechnete Kritik an der Entscheidung über den »geb. Mörder«<sup>14</sup> Ausfluß von *Political Correctness*? Ei-

nen Behinderten als »Krüppel« zu bezeichnen, wäre vor noch nicht allzu langer Zeit genauso politisch korrekt gewesen wie die Bezeichnung eines Schwarzen als »Neger«. Erst mit der gewandelten Einsicht, daß dies die betreffenden Personen erniedrigt, wurden solche Äußerungen als unangebracht (*politically incorrect*) erkannt. Das Lamentieren über die Zwangsjacke der *Political Correctness* erscheint doppelbödig, wenn die betreffenden Kritiker auf der anderen Seite *Political Correctness* einfordern, wo es ihnen angebracht erscheint, und entpuppt sich lediglich als die Beanspruchung der Definitionsmacht für den politisch korrekten Sprachgebrauch. Was Ralf Stark unter dem Titel »Die Ehre – das ungeschützte Verfassungsgut« zu sagen hat, geht grundsätzlich in dieselbe Richtung wie Isensees Beitrag. Stark wendet sich ebenfalls gegen das Lüth-Urteil und rügt vor allem die in ihm sanktionierte Privilegierung öffentlicher gegenüber privaten Meinungsäußerungen, weil auch erstere oft eigennützig seien (S. 239). Auch er warnt vor einer Verrohung der Sprache, ja befürchtet gar Weimarer Verhältnisse (S. 240). Als Kriterium für die Zulässigkeit von Meinungsäußerungen schlägt er vor zu fragen, ob die Äußerung auch zulässig wäre, wenn sie auf eine andere Person oder Personengruppe bezogen wäre. Sein Vergleich zwischen der Äußerung »Alle Soldaten sind Mörder« und der hypothetischen Äußerung »Alle Zigeuner sind Diebe« offenbart aber, daß er den Unterschied zwischen politischer Kritik einer Institution und biologistischer Diffamierung nicht sieht. Die Grundrechte privatistisch zu begreifen, verkennt darüber hinaus den geschichtlichen Hintergrund, dem z. B. Presse- und Redefreiheit entspringen sind, und entwertet ihre wesentliche Funktion.

#### *Religionsfreiheit als individuelles oder institutionelles Recht?*

Der andere Komplex, der viele Gemüter in dieser Festschrift bewegt, ist der der Religionsfreiheit, wobei es sich meist um indirekte Auseinandersetzungen mit dem »Kruzifix-Beschluß«<sup>15</sup> des Bundesverfassungsgerichts handelt. Martin Heckel plädiert dafür, die Religionsfreiheit nicht im »altliberalen« Sinne als individuelles Abwehrrecht zu verstehen; er sieht sie wechselseitig verwoben in die in-

Ehre als der Gesetzgebung vorgelagertes Recht zu verstehen.

<sup>11</sup> In *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), erklärte der US-Supreme Court ein New Yorker Gesetz für verfassungswidrig, das die Wochenarbeitszeit auf 60 Stunden begrenzte, weil es angeblich das (in der US-Verfassung nicht normierte) Recht auf Vertragsfreiheit verletzte. Die *Lochner*-Entscheidung mit ihrer Berufung auf ein verfassungsrechtliches Recht wird heute in den USA generell als eine Überschreitung der verfassungsrichterlichen Kompetenz angesehen.

<sup>12</sup> BVerfGE 93, 266 (1995).

<sup>13</sup> Siehe dazu Manfred H. Wiegandt, *Meinungsfreiheit und Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts*, KritV 1997, 19 (22).

<sup>14</sup> BVerfGE 86, 1 (1992).

<sup>15</sup> BVerfGE 93, 1 (1995).

stitutionelle Gesamtordnung (S. 282–283). Wenn Heckel das »altliberale Deutungsmodell« der staatsfreien Gesellschaft aber als »anachronistisch« bezeichnet und es einem angeblich modernen Verfassungsverständnis der demokratischen Prozesse und Institutionen gegenüberstellt (S. 285), offenbart er nur seine eigene anachronistische Staatsvorstellung, die sich als eine Neuauflage des institutionellen Grundrechtsverständnisses Rudolf Smends darstellt. Das Bedenkliche an Heckels Sichtweise ist, daß er die klassische Religionsfreiheit als Abwehrrecht gegen den Staat in einer Weise umfunktioniert, daß das Recht zur Religionslosigkeit zu einem gegenüber einer Entscheidung für die Religion nachrangigen Recht wird (S. 300). Demgegenüber mißt Jörn Ipsen (»Glaubensfreiheit als Beeinflussungsfreiheit?«) positiver und negativer Religionsfreiheit denselben Stellenwert zu. Glaubensfreiheit sei nur gewährleistet, wenn beide Seiten der Freiheit gegeben seien. Die Schutzwirkung der Religionsfreiheit bestehe damit eindeutig in deren Abwehrfunktion gegen den Staat; es ergebe sich aus der Religionsfreiheit kein Anspruch gegen den Staat (S. 308–310). Ipsen unterscheidet auch klar zwischen dem Kreuz als Bekenntnis im privaten Bereich und dem Kreuz in der Schule, in der es fraglos kein Bekenntniszeichen sein könne (S. 311). Das Problem im Hinblick auf das Kreuz in bayerischen Schulen liegt für Ipsen bei der Frage der Eingriffsqualität, wobei eine nur appellative Wirkung noch keine Grundrechtsverletzung sei (S. 311, 314–315). Die Eingriffsschwelle ist für ihn erst bei klarer Indoktrination erreicht (S. 316). Ipsen kommt zu dem Schluß, daß in Bayern zwar durch das vorgeschriebene Anbringen von Kreuzen das staatliche Neutralitätsgebot verletzt worden sei, daß es sich dabei aber nicht um eine subjektive Grundrechtsverletzung gehandelt habe (S. 318–319). Mit dieser recht formalistischen Argumentationsweise entzieht er sich aber dem eigentlichen bayerischen Problem. Der tatsächliche Hintergrund der jahrelangen Auseinandersetzungen zwischen den anthroposophisch orientierten Eltern und den bayerischen Schulbehörden wird weitgehend außer acht gelassen. Der Sache nach handelte es sich bei dem Kruzifix-Streit um den verfassungsrechtlich unzulässigen Anspruch Bayerns, in den Schulen des Freistaats zumindest teilweise den Grundsatz *cuius regio, eius religio* zu implementieren.<sup>16</sup> Sich wie Ipsen darauf

zurückzuziehen, daß es andere Verfahren gebe, mit denen die Verletzung des verfassungsrechtlichen Neutralitätsgebots gerügt werden könnte (S. 318), verkennt die Realitäten. Nachdem die Verfassungsbeschwerde als zulässig angesehen wurde, durfte das Bundesverfassungsgericht ohnehin die Verletzung auch nichtsubjektiven Verfassungsrechts prüfen. Und in diesem Fall war der Individualbezug der Rechtsverletzung deutlich stärker als etwa im »Maastricht-Urteil«.<sup>17</sup>

Heinrich Wilms' Artikel »Selbstverständnistheorie und Definitionsmacht bei Grundrechten, dargestellt am Beispiel der Glaubensfreiheit« stellt ebenfalls auf den Unterschied zwischen staatlichem Neutralitätsgebot und subjektiver, negativer Religionsfreiheit ab (S. 346). Wilms sieht insbesondere die Gefahr, daß subjektive Empfindlichkeiten zur Einschränkung der Religionsfreiheit anderer führen könnten (S. 349). Das scheint indes widersprüchlich. Wer Bedenken gegen das Anbringen von Kreuzen im Hinblick auf das Neutralitätsgebot hegt, kann diesen Vorgang nicht auf der anderen Seite als Ausübung privater Religionsfreiheit ansehen. Wenn zwar die individuelle Religionsfreiheit keinen Abwehranspruch gegen staatlich verordnete Schulkreuze gewährt, das Anbringen solcher Kreuze aber aus anderen Gründen verfassungsrechtlich unzulässig ist, gibt es eigentlich keinen Grund, die Herstellung verfassungsrechtlicher Zustände auf angeblich nicht ganz einwandfreiem verfahrensrechtlichen Wege für ein Verhängnis zu halten.<sup>18</sup> Nicht der verfahrensrechtliche Aspekt hat die Gemüter erhitzt. Die Krux der Kritik am »Kruzifix-Beschluß« liegt darin, daß viele es für ein grundrechtlich verbrieftes Recht der Mehr-

<sup>16</sup> Siehe zum faktischen Hintergrund die sehr parteiliche, in ihrer Substanz aber zutreffende Dokumentation des Streites zwischen den Eltern und den bayerischen Schulbehörden in Ketzerbriefe Nr. 15/16 (1989), S. 54–65; Nr. 21 (1990), S. 53–58, und Nr. 48 (1994), S. 32–34. Danach setzten die bayerischen Schulbehörden alle möglichen Mittel zur Einschüchterung der Eltern ein bis hin zum Versuch, den Vater für inkompetent zu erklären und den Eltern das Sorgerecht zu entziehen. Auf diesem Hintergrund kann wohl kaum noch von einem nur minimalen staatlichen Eingriff gesprochen werden.

<sup>17</sup> Dort hatte das BVerfG es für die Beschwerdebefugnis des Antragstellers genügen lassen, daß die Verfassungsbeschwerde darauf gestützt wurde, daß durch die Übertragung von Kompetenzen auf europäische Institutionen das Wahlrecht der Bürger »entleert« werde, BVerfGE 89, [172] (1993).

<sup>18</sup> Überhaupt scheint die künstliche Aufteilung der Religionsfreiheit in eine subjektive und eine objektive Komponente kaum sachgerecht. Das staatliche Neutralitätsgebot scheint nämlich gerade gegen den alten Grundsatz des *cuius regio, eius religio* gerichtet und entfaltet damit eine deutliche subjektive Schutzwirkung.

heit zu halten scheinen, daß der Staat sich in der einen oder anderen Weise mit der Mehrheitsreligion identifiziert. Die Kritik ist damit im Kern gegen das staatliche Neutralitätsgebot gerichtet. Wie wäre es aber, wenn in solchen Berliner Schulen, in denen die Mehrheit der Schüler Muslime sind, in allen Klassenzimmern Koransuren aufgehängt würden? Würden die Eltern christlicher Schüler gegen ein solches Vorgehen nicht mindestens in gleicher Weise revoltieren wie die anthroposophischen Eltern gegen das Aufhängen von Kreuzen in Bayern?

Heinrich Scholler repräsentiert mit seinem Beitrag »Die staatliche Warnung vor religiösen Bewegungen und die Garantie der Freiheit der Religion« gewissermaßen die alternative Sichtweise in puncto Religionsfreiheit. Scholler argumentiert, daß das Recht der Regierungen zur Öffentlichkeitsarbeit nicht die Ermächtigung einschließe, vor Sekten zu warnen (S. 325). Ein solches Verhalten mache den Kulturkatholizismus und Kulturprotestantismus des 19. Jahrhunderts zum Maßstab für grundrechtlich akzeptable Religion und Weltanschauung (S. 331). Scholler sieht die Nutzung der Öffentlichkeitsarbeit gegen fremdartige religiöse Bewegungen nicht selten als Zeichen von Xenophobie (S. 340–341). Ihm ist sicherlich Recht zu geben, daß das Warnen vor fremden Religionen ein zweischneidiges Schwert ist. Gleichzeitig stellt sich aber die Frage, ob mit der Religionsfreiheit wirklich alles gerechtfertigt werden kann, was ohne diesen Bezug eindeutig als freiheitsgefährdend für die betroffenen Individuen zu gelten hätte. Es darf angenommen werden, daß die Rechtswissenschaft dem Problem, wo die Schranken der schrankenlos gewährten Religionsfreiheit liegen, in den kommenden Jahren verstärkte Aufmerksamkeit schenken wird. Wünschenswert ist es, daß dabei nicht nur auf »neue« Religionen geschaut wird, sondern daß auch überprüft wird, inwieweit der katholischen und evangelischen Kirche – etwa mit dem Vehikel des »Tendenzschutzes« – Rechte eingeräumt werden, die mit Religionsfreiheit im eigentlichen Sinne nur entfernt etwas zu tun haben, aber die Freiheit des Einzelnen empfindlich schmälern.

#### *Die »Gesetze« des Marktes als Verfassungsnormen?*

Jahrzehntelang schien es relativ unumstritten, daß das Grundgesetz wirtschaftlich neutral ist. Es bestand Einigkeit darüber, daß das Sozialstaatsprinzip und die Sozialbindung des Eigentums eine klare Absage an den liberalen Nachwächtersaat des 19. Jahrhunderts darstellen. Interessant zu sehen ist es, daß sich nach dem Scheitern des planwirtschaftlichen Modells der Konservatismus in zwei diametral entgegengesetzte Lager spaltet. Auf der einen Seite, die in der Festschrift von Joachim Burmeister (»Marktpreis und Menschenwürde«) repräsentiert wird, wird ein falscher Glaube an den optimalen Interessenausgleich mittels Angebot und Nachfrage konstatiert (S. 95). Burmeister sieht Gefahren in der »gesellschaftlichen Selbstregulierung« und fordert in der einen oder anderen Weise eine Drittwirkung der Grundrechte als Abhilfe gegen totalitäre gesellschaftliche Tendenzen (S. 96). Während vielfach die uneingeschränkte Öffnung der Hochschulen gegenüber der Wirtschaft propagiert wird, differenziert Burmeister – ganz zu Recht – zwischen grundrechtlich verbürgter Wissenschaftsfreiheit und der wirtschaftlichen Verwertung wissenschaftlicher Erkenntnisse, die er der beruflichen Betätigungsfreiheit zurechnet (S. 97/98). Wissenschaftsfreiheit und Pressefreiheit sieht er als Freiheiten mit gemeinnützigem Zweck (S. 100), woraus sich für den Wissenschaftler ein Doppelstatus als Amts- und Grundrechtsträger ergebe (S. 100–101). Burmeisters Ausführungen liegt die richtige Erkenntnis zugrunde, daß eine völlige *laissez-faire*-Politik im wirtschaftlichen Bereich letztlich freiheitsgefährdend ist. Entstaatlichung mag in vielen Bereichen zu Effizienzgewinnen führen, bewirkt aber auch, daß der Bürger den ihn beherrschenden Kräften oft einflußlos ausgeliefert ist. Burmeister weist darauf hin, daß ökologisches Gleichgewicht nicht ohne Einschränkung von Freiheiten zu erreichen ist (S. 101). Dennoch ist es zu pauschal, wenn er die Gefahren in einer radikalen Übersteigerung der Idee individueller Freiheit verortet (S. 103) und dabei nicht weiter differenziert. Symptomatisch für das Grunddilemma der zügellosen nichtstaatlichen Kräfte ist sicherlich nicht das Bemalen fremder Hauswände (S. 103). Ein größeres Problem dürfte darin zu sehen sein, daß ohne weiteres juristischen Personen derselbe

Grundrechtsschutz zuerkannt wird wie Individuen. Begreift man Grundrechte vor allem als Ausdruck der Menschenwürde, so ist dies alles andere als selbstverständlich. Im Gegenteil, durch Begrenzung unkontrollierter, größtenteils unpersönlicher wirtschaftlicher Macht können verloren gegangene Freiheits-spielräume des Einzelnen auch wiedergewonnen werden.

Während man den Marktkräften auf der Linken seit dem Scheitern des Planwirtschaftsmodells weniger dogmatisch gegenübertritt, macht sich auf der Rechten mehr und mehr ein anderer Dogmatismus bemerkbar. Mit dem Sieg des westlichen Wirtschaftssystems wird dort teilweise das »Ende der Geschichte«<sup>19</sup> für gekommen gesehen und so getan, als erübrige sich nunmehr die Auseinandersetzung mit den Fehlern des Marktes. Zu denen, die die »Marktgesetze« gar zu Überverfassungsnormen erheben, zählt Walter Leisner (»Marktoffenes Verfassungsrecht«). Was zunächst ein vernünftiger Gedanke zu sein scheint, daß sich der Staat den Realitäten des Marktes nicht verschließen dürfe, artet bei ihm in eine Vergötterung des Marktes aus. Marktwirtschaft ist für ihn »ökonomische Volksherrschaft«. Wer mehr Wahlen fordere, finde sie »im Gang an die Tische und Kassen« (allerdings, so möchte man hinzufügen, nicht auf dem Prinzip *one man, one vote*, sondern eher auf dem Grundsatz *one dollar, one vote* basierend und damit dem preußischen Dreiklassenwahlrecht verwandter als dem Demokratiemodell des Grundgesetzes). »Demokratie wagen« und »Markt wagen« sind für Leisner ein und dasselbe (S. 264). Es gehe nicht darum, den Markt »auf soziale Ziele hin zu verändern«, sondern darum, ihn zuallererst hinzunehmen, da seine Ergebnisse »Resultate der Freiheit« seien (S. 266). Damit aber nicht genug! Für Leisner ist der Markt ein »dominanter Rechtsbegriff«; Markt stelle die »beste soziale Gerechtigkeit« dar. Ziel müsse marktkonforme Staatlichkeit sein. Staatseigentum sei nur legitim, wo es die Funktionsfähigkeit der Märkte unterstütze. Alles andere sei eine Vergewaltigung der »Normal-Realität«. Die »Berücksichtigung marktentsprechender Leistungen« (Profit?) ist für Leisner ein ungeschriebener Grundsatz des Verwaltungshandelns (S. 267). Er fordert einen »Marktwächterstaat« statt eines »Nachwächterstaates«. Die Majestät des

Staates müsse die »Majestät der Märkte« achten und fördern. Der Hoheitsbegriff müsse umgedacht werden: »Staat und Markt – das ist der Doppeladler eines Reiches der Bürgerfreiheit« (S. 268–269). Solche Ideen sind verfassungsrechtlich natürlich schlicht abwegig. Es ist aber schon erstaunlich, daß sie von einem deutschen Rechtsprofessor ohne jede Scham präsentiert werden. Darin scheint sich ein Hinüberschwappen des in US-amerikanischen Law Schools mehr und mehr an Boden gewinnenden *Law and Economics*-Denkens zu manifestieren, das vielfach als Rechtstheorie mißverstanden wird, aber nicht viel mehr ist als die Transformation nicht einmal empirisch hergeleiteter marktwirtschaftlicher »Gesetze« in Rechtsnormen.<sup>20</sup> Stamokapisten, deren Theorie durch die Realität weitgehend widerlegt zu sein schien, dürften viel Freude an Leisners Ausführungen haben.

#### *Der Buhmann der Konservativen – das Bundesverfassungsgericht*

Es gehört inzwischen fast zum guten (schlechten) Ton, im Rahmen rechtswissenschaftlicher Beiträge das Bundesverfassungsgericht anzuprangern. Ein so seriöser Kritiker wie Horst Sendler<sup>21</sup> hat mit seinem Wort vom »Amtsgericht der Nation« ein Stichwort in die Welt gesetzt, das nunmehr von vielen als autoritative Redewendung benutzt wird (in diesem Band etwa von Ralf Stark, S. 246). Nicht nur ist die Kritik am Bundesverfassungsgericht aber vielfach oberflächlich und wirkt »nachgeplappert«; sie ist in der Regel auch nicht gegen das Bundesverfassungsgericht als solches, sondern lediglich gegen einige liberale Urteile des Bundesverfassungsgericht im Grundrechtsbereich gerichtet. Während es aber nicht verwundern sollte, daß ein mit der Einhaltung der Grundrechte betrautes Gericht bisweilen Minderheiten gegen den Übergriff durch die demokratisch gewählte Mehrheit schützen muß, ist es erstaunlich, daß dieser im Prinzip wünschenswerte antimajoritäre Aspekt der Verfassungs-

<sup>20</sup> Siehe dazu bereits die sehr lesenswerte Kritik von Arthur A. Leff, *Commentary: The Economic Analysis of Law. Some Realism about Nominalism*, *Virginia Law Review*, Bd. 60 (1974), S. 451 ff.

<sup>21</sup> Sendler gehört zwar zu den Kritikern des (Ersten Senats des) BVerfG, hat sich aber auch nachtraglich gegen ein Ausarten der Kritik gewandt. Siehe auf der einen Seite: *Kann man Liberalität übertreiben?*, ZRP 1994, 343; auf der anderen Seite: *Bluten richterlicher Unabhängigkeit*, NJW 1996, 825.

<sup>19</sup> So der Titel des *Furore* machenden Buches von Francis Fukuyama, München 1992.

gerichtsbarkeit im Hinblick auf die Rechtsprechung des Ersten Senats zu vehementen Kampagnen gegen das Gericht geführt hat, während der oftmals bedenklich in die Prärogative des demokratischen Gesetzgebers eingreifende Zweite Senat bisher in der öffentlichen Debatte recht ungeschoren davongekommen ist.<sup>22</sup> Auch in diesem Band kommt die Kritik am Bundesverfassungsgericht nicht zu kurz. Klaus Stern, ein Kritiker, dessen Kompetenz nicht zu bezweifeln ist, wirft dem Bundesverfassungsgericht (»Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung«) Übergriffe in das einfache Recht vor. Als ein Beispiel für solch einen Übergriff nennt er u. a. den »Sitzblockaden-Beschluß«<sup>23</sup> (S. 411). Dieser Beschluß stößt auch auf die besondere Abneigung Otto Depenheuers, der in seinem Artikel (»Auf dem Weg zur Unfehlbarkeit«) eine Parallelität zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Papsttum festzustellen glaubt (S. 494). Wie das Papsttum der Rückkoppelung an die Heilige Schrift bedürfe (S. 496), so sei das Letztentscheidungsrecht des Bundesverfassungsgerichts nur solange hinnehmbar, wie die Diskrepanz zwischen Legitimation aus der Verfassung und den Entscheidungen des Gerichts nicht zu groß werde und das Gericht nicht zu häufig irre (S. 489). Depenheuer sieht das Problem, daß sich das Bundesverfassungsgericht bei seinen Entscheidungen zunehmend von der Wortlautgrenze, dem »Sinnverständnis des gemeinen Bürgers«, entfernt habe, weswegen ihm bereits der *bellum omnium contra omnes* vor Augen schwebt. Schon der Gedanke, daß das Grundgesetz eine Offenbarung enthalte wie die Heilige Schrift, deutet auf ein fatales Mißverständnis der Verfassungsinterpretation. Wie Konservative in der Weimarer Zeit die authentische Verfassungsauslegung für sich gepachtet hatten, meint auch Depenheuer im Besitz der Wahrheit zu sein, wobei er sich legitimierend auf Volkes Stimme beruft. Den »Irrtum« des Bundesverfassungsgerichts bei der Auslegung des Grundgesetzes aber demoskopisch belegen zu wollen, ist eine recht fragwürdige Angelegenheit, zumal wenn Volkes Stimme an der Lautstärke einer gut organisierten Kampagne (im Kruzifix-Fall) gemessen wird. Im Hinblick auf die Sitzblockadenentscheidung würde die Argumen-

tation aber auf die Kritiker zurückfallen. Das Wort »Gewalt« war schließlich nicht vom Bundesverfassungsgericht in einer dem Sinnverständnis des gemeinen Bürgers widersprechenden Weise ausgelegt worden. Insofern hat das Bundesverfassungsgericht dem normalen Sinnverständnis bei der Gesetzesauslegung nur zur Wirksamkeit verholfen.

### *Das Unbehagen an der Parteiendemokratie*

Wie vielen – allerdings ob ihres klar autoritären Gepräges nicht vergleichbaren – Konservativen in der Weimarer Zeit ist der Parteienstaat auch heute vielen Publizisten ein ständiger Stein des Anstoßes. In dieser Festschrift fügt nicht nur Hans Herbert von Arnim seiner nahezu endlosen Reihe von Artikeln zu Parteienstaat/Parteienfinanzierung einen weiteren hinzu (»Politikfinanzierung, Wahlrecht und legislative Manipulation«). Für Gerd Roellecke (»Würfeln statt Wählen: Demokratie ein Gesellschaftsspiel?«) findet die Politik manchmal »wirklich ein Problem, das sie nicht selbst verursacht hat« (S. 605). Aber was ist die Alternative zur Politik im gegenwärtigen Gewande? Karl Albrecht Schachtschneider versucht auf hohem wissenschaftlichen Niveau dem gegenwärtigen System sein Modell »Republikanische[r] Freiheit« gegenüberzustellen. Gestützt auf Kant wendet er sich gegen den »liberalistischen Freiheitsbegriff«, der die Grundrechte als Abwehrrechte begreift (S. 834). Es muß aber schon als Schwäche der Begründung gedeutet werden, wenn Schachtschneider für seine Argumentation die klassischen liberalen Grundrechte mit dem eher negativ klingenden Adjektiv »liberalistisch« belegen muß. Was Schachtschneider über die Freiheitsidee des 21. Jahrhunderts, in der man das Freiheitsideal des 18. Jahrhunderts ohne Herrschaft der Parteien verwirklichen könnte (S. 841), über verfassungsgesetzlich fragwürdige Kanzlerwahlen (S. 843), über die Unvereinbarkeit von Freiheit und Herrschaft (S. 847) und über die Parteienherrschaft als »typische Verfallserscheinung« der Republik (S. 849) schreibt, klingt reichlich theoretisch und reißbrettartig und paßt vielleicht zu den Gesamtentwürfen, wie man sie im 18. Jahrhundert sich zu liefern imstande glaubte, kaum aber ins 21. Jahrhundert, in dem solch holistische Ansätze fragwürdig erscheinen müssen, noch dazu, wenn Schachtschneider mit keinem

22 Siehe dazu Manfred H. Wiegandt, *The Recent Attacks on the Federal Constitutional Court: Targeting the Institution or a Liberal Concept of the Polity?*, *German Politics and Society*, Bd. 15 (1997), Heft 4, S. 26–51.

23 BVerfGE 92, 1 (1995).



Wort sichtbar werden läßt, wie seine Republik ohne Herrschaft aussehen soll. Schachtschneider richtet sich gegen die Sonderinteressen, denn es auf Herrschaft und nicht auf Freiheit ankomme (S. 852). Die Parteienoligarchie verbindet sich seiner Meinung nach mit der Oligarchie der Banken; beide ermangelten eines »aristokratischen« Ethos' (S. 854). Es scheint indes etwas naiv, Oligarchien mit dem Appell an den kategorischen Imperativ brechen zu wollen. Das eigentlich Suspekte in der Schachtschneiderschen Konzeption ist aber, daß sich diese vornehmlich gegen Staat und Parteien zu richten scheint, während Privatheit und Freiheit a priori als Synonyme hingestellt werden (S. 856). In der Privatheit könne sich der Markt entfalten; Privatheit sei der nichterzwingbaren (!) Tugend verpflichtet: »Eine republikanische Unternehmensethik ist darum das Essential der Wirtschaftsordnung«. Staat bedeutet für Schachtschneider Gängelung der Menschen, während Privatheit der Lebensbewältigung zur Humanität des Lebens gehöre (S. 857). Schachtschneiders Republikanismus wittert viel vom *Republicanism* der Gingrich-Republikaner in den USA. Es ist ein Republikanismus, der wie die *Law and Economics*-Sicht der Empirie kaum Beachtung schenkt. Gerade die USA sollten ein Beispiel dafür sein, wohin es führt, wenn der Staat, wie dies vor allem um die letzte Jahrhundertwende geschah, alles dem freien Spiel der Kräfte überläßt. Die individuelle Freiheit der Mehrheit geht dabei den Bach hinunter. Ob mehr oder weniger Staat, sollte nicht eine Sache des Prinzips sein, sondern Ergebnis rationaler, an der Freiheit aller Republikbürger orientierter Erwägungen.

Schachtschneider ist bei seiner Untersuchung tief in die republikanische Verfassungstheorie eingestiegen. Wendet man sich neueren Theorien zu, so dürfte sein unumstößlicher Glaube an den freiheitsverbürgenden Charakter des allgemeinen Gesetzes (S. 851) zumindest hinterfragbar sein.<sup>24</sup> Was dem Rezensenten aber aus eigener Anschauung der amerikanischen Verhältnisse auffällt, ist der Vorteil des in Deutschland so oft geschnähten Parteiensystems. Dieses ist nämlich zum Teil in der Lage, Gemeininteressen den Vorrang gegenüber den vielfältigen Einzelinteressen zu ver-

schaffen. In den USA vertreten die Parlamentarier meist die Partikularinteressen ihres Distrikts und der sie im Wahlkampf finanziell unterstützenden Gruppen, während im deutschen Parteiensystem den Sonderinteressen einzelner Abgeordneter meist über den Fraktionszwang Einhalt geboten wird. Die legislativen Entscheidungen sind dementsprechend weniger das Zufallsprodukt von taktischem Tauziehen zwischen den Vertretern von Einzelinteressen. Ob die Abschaffung der Parteien daher unumschränkt positive Effekte für die Freiheit der Bürger haben würde, wie Schachtschneider suggeriert, erscheint zweifelhaft. Das heißt nicht, daß die oligarchischen Tendenzen des Parteienstaates keiner Aufmerksamkeit bedürften. So könnte die Personalisierung des Wahlsystems auf örtlicher Ebene, für die Franz-Ludwig Knemeyer plädiert (S. 1146), in der Tat zur »Stärkung kommunaler Selbstverwaltung durch Stärkung örtlicher Demokratie« (so der Titel seines Aufsatzes) führen.

#### *Statische oder dynamische Sicht des Verfassungsrechts*

Während eine Reihe von Autoren der Festschrift eine recht statische, konservative Sichtweise des Verfassungsrechts offenbaren, zeichnet vor allem einige der international orientierten Beiträge ein eher offenes Verfassungsverständnis aus. Dimitrios Tsatsos (»Integrationsförderung und Identitätswahrung – Zur europäischen Dimension der Verfassungsfunktion –«) meint, daß die Funktion nationaler Verfassungen nicht mehr zeitgemäß verstanden werden könne ohne Bezug auf den europäischen Integrationsprozeß (S. 1265). Er sieht eine Interdependenz von nationalen und staatsübergreifenden Lebensbereichen (S. 1266). Für Tsatsos liegt die Funktion der gegenwärtigen Verfassung darin, die Funktionsfähigkeit der Union zu gewährleisten und dabei die Toleranzgrenze der nationalen Identität zu bestimmen, also im Ausgleich zwischen Vielheit und Einheit (S. 1270–1271). Er fordert eine Institutionalisierung der europäischen Partei, einen europäischen Demokratiebegriff (S. 1274) und eine europafreundliche Verfassungskonstruktion (S. 1276). Hinter solchen Formulierungen kann man auch eine indirekte Kritik am Bundesverfassungsgericht erblicken, das im Maastricht-Urteil der europäischen Integra-

<sup>24</sup> Siehe aus der amerikanischen feministischen Rechtstheorie z. B. Ann C. Scales, *The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay*, *Yale Law Review*, Bd. 95 (1986), S. 1373–1403, die behauptet, gerade die Abstraktheit des Rechts sei die Grundlage von Ungleichheit.



tion einige Vorbehalte entgegenbrachte. Peter Häberle («Das »Weltbild« des Verfassungsstaates – eine Textstufenanalyse zur Menschheit als verfassungsstaatlichem Grundwert und »letztem« Geltungsgrund des Völkerrechts») denkt noch einen Schritt weiter und hält selbst das Weltbürgertum für keine Utopie (S. 1279). Er sieht in der Fülle von Verfassungstexten, die an das Weltbürgertum anknüpfen, »Spurenelemente nationalen Weltverfassungsrechts« (S. 1293). Erforderlich ist für ihn ein Umdenken in Sachen Souveränität. Die Menschenrechte müßten nicht nur als subjektive Rechte aller Menschen, sondern auch als Rechte der Menschheit verstanden werden (S. 1303–1304). Häberle scheint zwar seiner Zeit voranzugreifen; seine Ideen sind aber nicht utopisch. Es bedarf solcher wegweisender Ideen, um der Zukunft positive Gestalt geben zu können. In jedem Falle sind sie einem statischen Verfassungsverständnis vorzuziehen, wie es von vielen Autoren dieser Festschrift präsentiert wird. Einstweilen dürfte jedoch gerade der bedeutendste Staat der Gegenwart stärkster Hemmschub gegen ein Umdenken in puncto Souveränität sein.

Manfred H. Wiegandt

*juris-CD-ROM Verwaltungsrecht, 9. Aufl., Saarbrücken 1998, juris-GmbH, Preis: DM 2.480.– (im Abonnement DM 1.980.– mit einem Update pro Jahr) jeweils zuzüglich MWS.*

Vorzustellen ist die von der juris GmbH (Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland) 1998 in 9. Auflage vorgelegte CD-ROM Verwaltungsrecht. An einen Überblick über den juristischen Publikationsmarkt auf elektronischen Medien (I) schließt sich eine Vorstellung der juris GmbH und ihrer Produkte an (II), um dann Eigenschaften und Arbeitsmöglichkeiten der Rechtsprechungssammlung CD-ROM Verwaltungsrecht zu erörtern (III).

#### *I. Der juristische Markt für elektronische Publikationen*

Hat seit den 80er Jahren das wissenschaftliche Arbeiten mit den Computern grundlegend neue Möglichkeiten erhalten, so zeigt seit ei-

nigen Jahren die Landkarte wissenschaftlicher Informationsmöglichkeiten einen neuen Kontinent an – das Reich der elektronischen Publikationen. Es ist umgeben von dem schwer überschaubaren Meer namens Internet, das in seiner Vielgestaltigkeit an Andrej Tarkowskis Verfilmung von Stanislaw Lems »Solaris« erinnert. In juristischen Buchhandlungen finden sich zur ersten Information dicke Kataloge (»Neue Medien«, »Forum Neue Medien«, »Elektronische Medien«) mit umfangreichen Angeboten elektronischer Arbeitsmittel aus den verschiedensten Rechtsgebieten. Schwerpunktbildungen in besonders praxisträchtigen und problemnahen Rechtsmaterien fallen ins Auge – im Bereich der anwaltlichen Praxis sowie auf den Feldern des Bau- und Mietrechts, des Erb- und des Familienrechts (Scheidung und Unterhalt), des Arbeitsrechts und des Steuerrechts. Viele Angebote zielen auf juristische Laien. Zum Teil scheint den Katalogen die werbende Bezeichnung »Ratgeber« wichtiger als die ungenannt bleibende Urheberschaft eines Produkts.

Erweckt die Vielfalt des Angebots den Eindruck eines expandierenden Markts, so deutet eine – nur mit den Preiseinbrüchen auf dem Computermarkt zu vergleichende – Preisreduzierung darauf hin, daß Verlage die Verkaufs- und Marktbedingungen neu einschätzen. Das betrifft insbesondere Zeitschriften und Entscheidungssammlungen auf CD-ROM.

Für die rechtswissenschaftliche und die rechtspraktische Arbeit haben – neben den für die Praxis nützlichen Formularbüchern und Tabellen – diese Entscheidungssammlungen und Zeitschriften ein kaum zu überschätzendes Gewicht. Sie ermöglichen eine schnelle Orientierung über möglicherweise einschlägige Gerichtsentscheidungen und Literaturauffassungen in wenigen Minuten, während früher allein für die Sammlung der Daten Stunden oder Tage benötigt wurden. Sind die Arbeitsmittel – einen heute nicht mehr allzu teuren Computer mit entsprechender Ausrüstung vorausgesetzt – leicht einsetzbar, so erscheint die Frage nach Preisgestaltung und Erschwinglichkeit als fast so wichtig wie die Frage nach der Qualität des Angebots. »Qualität« meint in diesem Zusammenhang zweierlei: sowohl das materielle Angebot als auch die Möglichkeiten des Zugriffs und der Nutzung.

Generell lassen sich im Bereich der Zeitschrif-

ten und Entscheidungssammlungen auf CD-ROM vier Kategorien unterscheiden:

- 1) Entscheidungssammlungen einzelner Gerichte, die eine Alternative zu den vielbändigen Bibliotheksreihen herkömmlicher Art (BGHZ, BVerwGE, BVerfGE) sein können.
- 2) Entscheidungssammlungen zu einzelnen Rechtsgebieten.
- 3) Zeitschriften: als Gesamtbestand oder mehrere Jahrgänge umfassend. Einzeljahrgänge werden selten angeboten.
- 4) Zusammenstellungen von Gesetzestexten, Kommentierungen und gekürzten Entscheidungen für einzelne Rechtsgebiete, sei es als elektronisch publizierter Kommentar oder als Mischform von (2) und (3).

Von besonderem Interesse sind die großen Entscheidungssammlungen und Zeitschriftenausgaben, da sie, gekoppelt mit einem einfachen Zugriff, umfassende Informationen versprechen. Für sie wird regelmäßig ein beträchtlicher Preis verlangt.

Am deutlichsten wird die Konkurrenz der Angebote im Bereich des Zivilrechts. Hier stehen einander mehrere Entscheidungssammlungen und Zeitschriften auf CD-ROM gegenüber.<sup>1</sup> Der Heymanns-Verlag bietet neben der BGHZ<sup>2</sup> noch Entscheidungen des BGH in Zivilsachen<sup>3</sup> an. Die juris GmbH produziert die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.<sup>4</sup> Der Verlag C. H. Beck bietet in diesem Bereich zwei große Sammlungen an: Die BGH-CD enthält »fast alle« zur Veröffentlichung vorgesehenen Entscheidungen des BGH ab 1981 mit Sachverhalt und Gründen in der Form, in der sie in der NJW oder im NJW-Rechtsprechungsreport erschienen sind.<sup>5</sup> Diese Entscheidungen enthält auch die NJW-Volltext CD-ROM. Sie umfaßt zwei CD, von denen eine die Jahrgänge 1981 –

1989 der NJW, des NJW-Rechtsprechungsreports, der Deutsch-Deutschen Rechtszeitschrift und der Zeitschrift für Vermögens- und Investitionsrecht, die andere diese Jahrgänge seit 1990 enthält.<sup>6</sup> Der Verlag Recht & Praxis veröffentlicht die CD-ROM Deutsche Rechtsprechung mit ca. 40.000 dokumentierten Entscheidungen.<sup>7</sup> Sie wird ergänzt von der CD-ROM BGH-Rechtsprechung aus dem gleichen Verlag.<sup>8,9</sup>

Der Grund für die teilweise eklatanten Preiserückgänge mag teils in der Konkurrenz zu sehen sein. Darüber hinaus wird wohl den Beziehern von gedruckten Entscheidungssammlungen und Zeitschriften schwer vermittelbar sein, daß sie annähernd den gleichen Preis, den sie bereits für ihre Sammlung investiert haben, nochmals für deren Übertragung in ein anderes Medium und den – zugegebenermaßen sehr bequemen – Gebrauch der CD-ROM zahlen sollen. Weiter aber ist wohl ein »trickle-down« Effekt anzunehmen: Bietet man den Beziehern gedruckter Werke die CD-ROM zu einem niedrigen Preis an, so könnte eine sehr hohe Preisspanne bis hin zum normalen Verkaufspreis die Kriminalität fördern. Einerseits könnten normale Kaufinteressenten versuchen, sich mit Abonnenten zu »verständigen«; andererseits können sehr hohe CD-ROM-Preise zur Produktpiraterie verlocken. Die technischen Möglichkeiten für Raubpressungen dürften sich zunehmend verbessern. Angesichts lockender hoher Verdienstspannen soll insbesondere wohl dieser Anreiz reduziert werden. Nahezu alle Anbieter dürften jedenfalls ihre wesentlichen Dateibestände aus neuerer Zeit schon elektronisch gespeichert haben. Ob die Kosten der Programmentwicklung die sehr hohen Anfangspreise gerechtfertigt haben, fragt sich. Es fällt auf, daß die Preise der juris GmbH höher als die anderer Anbieter sind. Gibt es Gründe dafür?

1 Regelmäßig werden ein 386er bzw. 486er PC, 4 MB RAM, 2–3 MB freier Festplattenspeicher sowie Windows 3.1, Windows 95 oder Windows 98 vorausgesetzt.

2 Bd. 1–131 ursprünglich für DM 3.360.– (DM 2.600.– für Abonnenten der Druckausgabe), dagegen nunmehr DM 498.– (DM 398.– für Abonnenten der Druckausgabe).

3 Ursprünglich für DM 1.400.–, nunmehr für DM 398.–. Laut Werbung eine »Zusammenfassung und systematische geordnete Sammlung nahezu aller Urteile und Beschlüsse des Bundesgerichtshofs mit weiteren Veröffentlichungsnachweisen seit 1986«.

4 Ursprünglicher Preis DM 4.887,50 (jährliche Aktualisierung DM 2.288,50), nunmehr DM 2.480.– (jährlicher Abonnementspreis DM 1.980.–) Die »bedeutungsvolle Rechtsprechung aus neuerer Zeit« umfaßt 14.500 Entscheidungen im Volltext und etwa 30.300 Entscheidungen im Kurztext, die je mit bibliographischen Angaben und Fundstellen versehen sind.

5 DM 248.–

6 Ursprünglicher Preis DM 3.498.– (DM 2.998.– für Bezieher der Zeitschrift) nebst DM 1.598.– für ein Jahresabonnement mit zwei Updates; nunmehriger Preis: DM 2.398.– (DM 1.798.– für Bezieher der Zeitschrift) nebst DM 978.– für zwei Updates.

7 Ursprünglicher Preis DM 1.298.– (DM 1.098.– für Bezieher der Zeitschrift), nunmehriger Preis DM 698.–. Sie enthält laut Werbung Entscheidungen »aus allen Instanzen zu allen praxisrelevanten Rechtsgebieten« seit 1985, wobei »wichtige« Entscheidungen »entsprechend ihrer praktischen Bedeutung besonders umfassend dargestellt« werden.

8 DM 198.–. Sie soll ab 1985 im Volltext »alle heute noch relevanten Entscheidungen des BGH zum Zivil- und Strafrecht« enthalten (zwischen 1950 und 1985 in Auswahl).

9 Unterschiedliche Leitsatzsammlungen, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll, ergänzen diese Angebote.

Die Bundesrepublik Deutschland hält 95,34 % der Gesellschafteranteile der 1985 gegründeten juris GmbH. Auf das Saarland als Land des Sitzes der GmbH entfallen 3 %. Jeweils geringfügige Beteiligungen haben die Bundesrechtsanwaltskammer, der Deutsche Anwaltsverein, die Hans Soldan GmbH, der Rudolf Haufe Verlag und die Verlegervereinigung Rechtsinformatik. Die Einrichtung geht auf eine rechtspolitische Initiative des Bundes von 1973 zurück. Nach ihrer Satzung hat juris GmbH »die Aufgabe, uneingeschränkte und umfassende Möglichkeiten der Information auf dem Fachgebiet Recht und seinen Grenzgebieten bereitzustellen. Sie hat zu diesem Zweck Dokumentations- und Informationsdienstleistungen zu erbringen und jedermann verfügbar zu machen [...]. [Sie] hat dabei den fachlichen Bedürfnissen der unterschiedlichen Benutzergruppen Rechnung zu tragen, Neutralität zu wahren und Meinungspluralität zu gewährleisten«. Die juris GmbH ist damit zur Rechtsinformation verpflichtet. Rechtspolitischer Auftrag und Selbstverständnis als Wirtschaftsunternehmen sollen miteinander in Harmonie stehen. Die Dokumentation – also Erfassung, Anonymisierung und Aufnahme – der Gerichtsentscheidungen aus den einzelnen Zweigen der Gerichtsbarkeit erfolgt jeweils an den obersten Bundesgerichten und für die Instanzentscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit beim OVG Nordrhein-Westfalen in je eigener Verantwortung. Insofern ist hier ein interessantes Neben- und Miteinander von öffentlich-rechtlicher Gestaltung (Dokumentationsbeitrag und Leitung des Unternehmens durch die Gesellschafter) und privatrechtlicher Rechtsform (GmbH mit Gesellschaftern und Gewinnausschüttung) festzustellen.<sup>10</sup>

Die Auswahl der zur Veröffentlichung kommenden Gerichtsentscheidungen ist ein zentrales Problem jeglicher Dokumentation und damit jeder juristischen Arbeit. Die veröffentlichten Entscheidungen (aus 500 ausgewerteten Fachzeitschriften und Sammlungen) werden laufend in die Bestände von juris aufgenommen. Dies gilt auch für alle Entscheidungen, die die entscheidenden Gerichte oder

Richter bei juris einreichen. Darüber hinaus spricht juris Gerichte dann auf möglicherweise veröffentlichungswerte Entscheidungen an, wenn die Entscheidungen dieser Gerichte bisher unterdurchschnittlich veröffentlicht werden. Daß auch Auswahlkriterien in den Köpfen der damit Befassten existieren, ist nicht zu vermeiden. Als einziges Hilfsmittel dagegen kommt wohl nur die – von juris denkbar weit verstandene – Pluralität der Quellen in Betracht.

Die juris GmbH bietet zahlreiche Datenbanken auf verschiedenen Trägern an: Rechtsprechung, Aufsätze, Bücher, Verwaltungsvorschriften, Bundesrecht, DDR-Vorschriften, Pressedaten, Gesetzmaterialien, CELEX (EG-Gründungsverträge und -Vorschriften), Asyl- und Umweltinformationen und Landesrecht. Neben den vier angebotenen elektronischen Zugangswegen sind insbesondere die Rechtsprechungsdateien auf CD-ROM zu nennen. Der Preis für die Nutzung des elektronischen Zugangs beträgt im Fall des günstigen Angebots »Economy-Tarif« DM 2.– zuzüglich Mehrwertsteuer je 1.000 abgerufener Zeichen; dazu kommen dann noch die Kosten des Zugangs zu einem elektronischen Netz.<sup>11</sup> Diese Bedingungen und der (immer noch) zeit- und kostenaufwendige Zugang zu einem Netz machen die Attraktivität der jederzeit einsetzbaren CD-ROM aus. Seit 1989 produziert juris – damals noch data disc genannte – CD-ROMs mit Rechtsprechungsdateien; es war so das erste deutsche Unternehmen auf diesem Markt.

Alle CDs sind mit einem sich selbst erklärenden Suchformular ausgestattet, so daß auch ungeübte Computerbenutzer recht schnell sinnvoll mit ihnen arbeiten können. Sehr praktisch ist der Einsatz der Hypertextfunktion: Zitiert eine Entscheidung eine andere Entscheidung, so kommt man durch Anklicken dieses Aktenzeichens in die zitierte Entscheidung oder die zitierte Fundstelle. Wissenschaftlich von besonderem Interesse ist die Art der Indexierung. Es stehen einander zwei mögliche Prinzipien gegenüber: Die automatische Indexierung macht sämtliche Worte eines Textes zu Suchwörtern – ein gleichsam

<sup>10</sup> Die bislang umfassendste Informationsquelle ist eine Festschrift: Sachverständigenrat der juris GmbH, vertreten durch M. Herberger und J. Berkemann (Hg.), Standort juris. Festschrift zum 10-jährigen Bestehen der juris GmbH Herbst 1995, Saarbrücken 1996. Sie enthält zahlreiche sehr informative Beiträge und eine umfassende Bibliographie.

<sup>11</sup> Das Angebot »Business-Tarif« wendet sich insbesondere an Nutzer von juris mit mehreren Arbeitsplätzen im Netz zu einem Preis von DM 1.480.– (zzgl. MwSt.) für das Startpaket (Recherche-Software als Netzwerkversion, Besuch eines juris-Seminars und ein Frei-Kontingent an recherchierten Zeichen für DM 600.–) und DM 260.– (zzgl. MwSt.) als jährliche Wartungspauschale; in diesem Angebot beträgt der Preis je 1.000 abgerufener Zeichen DM 1,60 (zzgl. MwSt.).

automatischer Vorgang –, hat aber den Nachteil, daß Texte und Zusammenhänge nur anhand des Wortlauts zu finden sind. Das dokumentationsorientierte Prinzip beruht darauf, daß Personen mit juristischem Fachwissen bestimmte Informationen unabhängig von den unterschiedlichen Möglichkeiten ihrer Formulierung nach bestimmten Klassifikationsmerkmalen einordnen. Hier gibt es mehrere mögliche Klassifikationssysteme, die sich aber sinnvoll miteinander über verschiedene Merkmalskataloge verbinden lassen. Sehr plausibel erscheint die Begründung für die Entscheidung zugunsten des Dokumentationsprinzips, das erfindlicherweise aber zusätzlich mit der Möglichkeit der Textwortsuche nach dem Wortlautprinzip verbunden ist: Das deutsche Recht orientiert sich im Gegensatz zum nordamerikanischen Rechtssystem nicht am case-law, sondern an Rechtsnormen. »Sie enthalten abstrakte Regeln, nach denen sich Staat und Bürger zu verhalten haben. Rechtsprechung und Literatur dienen dazu, diese Regeln auszulegen und zu interpretieren. Dem entspricht auch die Arbeitsweise des deutschen Juristen: als erstes zu prüfen, unter welcher Rechtsnorm ein bestimmtes Problem zu subsumieren ist. Erst in einem zweiten Schritt, wenn nämlich fraglich ist, welche Norm im konkreten Fall anzuwenden ist oder was eine bestimmte Norm inhaltlich überhaupt besagt, wird die Rechtsprechung – und gegebenenfalls die Rechtsliteratur – als *Interpretationshilfe* zu Rate gezogen.«<sup>12</sup> Das Dokumentationsprinzip kommt auch in den Anweisungen an die Dokumentare zum Ausdruck: Es gibt Schlagwortrichtlinien, Sachgebietsrichtlinien, Normkettenrichtlinien und Kurztextrichtlinien.

Nachdem in die Rechtsprechungsdateien von juris ursprünglich aus pragmatischen Gründen nicht die Volltexte der gerichtlichen Entscheidungen aufgenommen worden waren, ging man erst mit wachsender Erfahrung und den sich schnell vergrößernden Speichermöglichkeiten zur Volltextdokumentation über. Daher werden nun zunehmend auch die Entscheidungen der obersten Gerichte von vor 1990 im Volltext gespeichert.

### III. Die CD-ROM Verwaltungsrecht

Die Rechtsprechungsdatei Verwaltungsrecht hat den größten Umfang aller von juris angebotenen CD-ROMs. Entgegen dem ersten Eindruck, den der Titel erwecken kann, enthält sie auch die Rechtsprechung von Gerichten anderer Gerichtszweige, insbesondere zum Staats- und Verfassungsrecht, zum Recht der Amtspflichtverletzungen und der Staatshaftung, zum Sozialrecht samt Wohngeldrecht, zum Jugendhilferecht und zum Sozialhilferecht. Der Datenumfang ist seit der 1995 erschienenen 5. Auflage stark vermehrt worden: Die Zahl der aufgenommenen Gerichtsentscheidungen wuchs um mehr als 22.000 auf ca. 131.400 an. Etwa 28 % dieser Entscheidungen sind im Langtext aufrufbar. Vorher waren das nur etwa 16 %. Das hat seit der 7. Auflage dazu geführt, daß die bisher auf einer CD-ROM mittels Datenkomprimierung gespeicherten Entscheidungen auf zwei CD-ROM verteilt werden mußten. Während die CD-ROM *Verwaltungsrecht* Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts und sonstige verwaltungsrechtliche Entscheidungen seit 1988 wiedergibt, enthält die CD-ROM *Archiv Verwaltungsrecht* Gerichtsentscheidungen zum Verwaltungsrecht von vor 1988. Von besonderer Bedeutung ist der Datenbestand der Datei Verwaltungsrecht auch deshalb, weil sich hier eine große Anzahl von Entscheidungen findet, die sonst nirgendwo veröffentlicht sind. Das gilt zum Beispiel für etwa 17 % der hier veröffentlichten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts. Ähnlich sieht wohl die Lage bei den instanzgerichtlichen Entscheidungen aus. Für die wissenschaftliche juristische Tätigkeit und für die praktische Rechtsarbeit ergibt sich daraus die Notwendigkeit, die Datei Verwaltungsrecht zur Information heranzuziehen. Darüber hinaus sind die zahlreichen zeitsparenden Möglichkeiten verlockend. Eine gründliche Rechtsarbeit sollte juris, sei es in Form der On-line-Information oder der CD-ROM, nicht außerachtlassen.

Anders als im Zivilrecht ist im Verwaltungsrecht kaum von Konkurrenz zu sprechen: Zu nennen sind hier nur aus dem Heymanns-Verlag die CD-ROM BVerwG-DAT («konzentrierte Darstellung von nahezu allen» Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts seit 1988)<sup>13</sup> und aus dem Verlag C. H. Beck die

<sup>12</sup> In den USA wird in den großen Informationssystemen die automatische Indexierung verwendet. Vgl. juris. Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland. [Saarbrücken 1995], 21f.

<sup>13</sup> Ursprünglicher Preis DM 620.–; nunmehr DM 298.–

NVwZ-Volltext CD-ROM.<sup>14</sup> Sowohl vom Preis als auch vom Inhalt her ist nur die NVwZ auf CD-ROM als eine gewisse Alternative anzusehen; sie enthält vollständig alle Aufsätze und Entscheidungen der NVwZ (erschienen seit 1981), des NVwZ-Rechtsprechungsreports (erschienen seit 1988) und der Zeitschrift Landes- und Kommunalverwaltung sowie darüber hinaus alle Texte mit verwaltungsrechtlichen Bezügen (seit 1981) aus den Zeitschriften NJW, NJW-Rechtsprechungsreport, aus der Zeitschrift für Immobilien- und Vermögensrecht und aus der Deutsch-Deutschen Rechtszeitschrift (seit 1990). Diese CD-ROM enthält 33.000 Entscheidungen, wobei festzuhalten ist, daß die in den Katalogen anzutreffende Bezeichnung »Volltext« sich auf die in den genannten Zeitschriften abgedruckten Texte und nicht auf die den Zeitschriften eingereichten Entscheidungen bezieht.<sup>15</sup> Insgesamt weist die NVwZ-CD-ROM nur ein gutes Viertel der Entscheidungen der juris-CD auf; sie macht zugleich den gesamten Aufsatzteil der Zeitschrift zugänglich.

Die CD-ROM Verwaltungsrecht läuft mit ihrem Programm »juris Formular« unter Windows. Leider läßt sie sich auch mit Emulationen von Windows nicht auf Macintosh-Computern zum Laufen bringen, so daß Apple-Benutzer benachteiligt sind. Dies ist um so bedauerlicher als die sehr viel verständlicher zu benutzende – Konkurrenz von C. H. Beck, die NVwZ in der DOS-Version, ohne größere Probleme in der Mac-Welt einzusetzen ist. Das ist allerdings nicht den Verlegern anzulasten, sondern ein Problem des immer noch fortbestehenden Zwiespalts zwischen der DOS- und der Apple-Welt.

Eine gute Arbeitsanweisung enthalten die Einführungen.<sup>16</sup> Sie erläutern die einfach strukturierte Arbeitsweise in leicht faßlicher Weise, so daß ein unmittelbarer Einstieg in die Nutzung für diejenigen sofort möglich ist, die auch nur geringe Erfahrung mit Computerarbeit haben.

Der Inhalt der CD-ROM Verwaltungsrecht

hat enzyklopädische Ausmaße: Zu jedem von mir eingegebenen Stichwort und zu allen Suchkombinationen fanden sich – eine hinreichend genaue Definition vorausgesetzt – präzise treffende Entscheidungsmengen. So war zum Beispiel leicht eine Gesamtmenge von 62 Scientology und Religionsfreiheit betreffenden Entscheidungen zu erhalten. Eine kurze Suche ließ die schon recht lange Geschichte der Klagen und Verfahren um und von Scientology in Deutschland entstehen. Die besonderen Qualitäten der CD-ROM Verwaltungsrecht erweist eine sehr genau und gründlich gearbeitete Entscheidung des OVG Hamburg zur Gewerbepflichtigkeit scientologischer Tätigkeiten.<sup>17</sup> Zwar ist, wie sich aus dem Fundstellennachweis ergibt, das Urteil bereits mehrfach veröffentlicht worden.<sup>18</sup> Diese Veröffentlichungen enthalten aber nur einen Kurztzitat: Die Entscheidung selbst umfaßt 32 ausgedruckte Seiten; davon nimmt allein der Tatbestand 12 Seiten ein. Der umfangreichste Abdruck beinhaltet nur etwa ein Viertel des Texts. Der Gesamttext enthält aber zahlreiche tatsächliche Feststellungen und Zitate, die für die Entwicklung von Scientology und ihre Beurteilung durch die Gerichte wesentlich erscheinen. Wer sich also genau mit sehr komplexen Rechtsfragen befassen will, ist sowohl für die wissenschaftliche als auch für die praktische Rechtsarbeit auf die Nutzung der Angebote der juris GmbH angewiesen. Sie sind für eine tiefgehende Auseinandersetzung und gründliche Information kaum verzichtbar und sparen Geld und Zeit, die bei der Anforderung von Gerichtsentscheidungen erfahrungsgemäß aufzuwenden sind.

Die große Zahl unveröffentlichter Entscheidungen ermöglicht nicht nur eine sehr viel umfassendere Information. Sie gibt zugleich einen wissenschaftlich interessanten Überblick über Entscheidungen der Justiz, die aus den unterschiedlichsten Gründen nicht in den Druckmedien veröffentlicht worden sind. Es werden weiße Flecke auf der Landkarte der Rechtsprechung ausgefüllt. Wissenschaftlich eröffnet das neue Perspektiven. Am Computer bearbeitbare Volltexte juristischer Entscheidungen ermöglichen viele neue wissenschaftliche Fragestellungen.<sup>19</sup> Ein Beispiel

<sup>14</sup> Ursprünglicher Preis DM 2.998 –; nunmehr DM 1.398 – (für Bezahler der gedruckten Ausgabe DM 998.–) Diese CD-ROM ist – anders als die NJW-Volltext-CD-ROM – bislang noch nicht in der Windows-Version zu erhalten. Eine Windows-Version soll aber bald vorliegen.

<sup>15</sup> Auf die dokumentarische Bearbeitung und die Besonderheiten der DOS-Version, die auch unter Windows läuft, ist hier nicht einzugehen.

<sup>16</sup> juris GmbH (Hrsg.), juris formular für windows Handbuch Saarbrücken 1998. Für einzelne noch präzisere Hintergrundinformationen und Fragestellungen vgl. die Beiträge in: Standort juris (Fn. 10).

<sup>17</sup> OVG Hamburg, Urt. v. 6. 7. 1993, Az.: Bf VI 12/91.

<sup>18</sup> Gewerbesch. 1994, 15 – 19; NVwZ 1994, 192 – 193; DVBl. 1994, 413 – 416. Nur die Leitsätze: DOV 1994, 441; MDR 1994, 740.

<sup>19</sup> Vgl. M. Herberger, Von der Unentbehrlichkeit der juris Datenbanken für die rechtswissenschaftliche Arbeit, in: Standort juris (Fn. 10), 287 (303f.).

dafür ist das Problem der Methodenfragen bei Auslegung und Konkretisierung von Rechtsnormen. Schon die letztgenannten Begriffe, ergänzt durch die vier oder fünf Kanones der Auslegung und einige Begriffe dieses Umfelds, führen zu einem hinreichend großen Rechtsprechungsmaterial, um einen grundlegenden Überblick zu gewinnen.

Für die juristische Praxis besonders anregend sind neben den umfassenden Fundstellennachweisen die Angaben über vorangehende und nachfolgende, sowie über zustimmende, ablehnende oder nur bezugnehmende Entscheidungen. Diese Funktion der CD-ROM Verwaltungsrecht erfüllt schon Aufgaben, die bislang nur wissenschaftlicher Suche und Kommentierung vorbehalten waren. Auch insoweit handelt es sich um ein ungemein brauchbares Arbeitsmittel, das allerdings die – in jedem Einzelfall eigenhändig mögliche – Überprüfung nicht ausschließen darf und soll. Das keiner Wissenschaft fremde, aber jede Wissenschaft gefährdende Abschreiben ohne eigene Überprüfung erhält mit immer besseren Arbeitsinstrumenten immer mehr Anreize. Für regelmäßig mit juris Arbeitende ist die Kenntnis der zu den Dateien führenden Arbeitsschritte sinnvoll.<sup>20</sup>

Kritische und weiterführende Anmerkungen sind bei einem derart ausgereiften Produkt nur für Teilbereiche möglich. Sie gelten der Dokumentationsphase, die als rechtswissenschaftlich strukturierte Arbeit immer sehr viel stärker Einwänden oder auch Wünschen für die zukünftige Entwicklung ausgesetzt sein wird. Es wäre bei der Arbeit hilfreich, wenn der Beginn der Entscheidungsgründe und der Tatbestände durch Überschriften hervorgehoben würde. Beim Textausdruck von Entscheidungen sollten die Nutzerinnen und Nutzer jeweils Formatierungen vornehmen. Denn zum Teil – insbesondere bei älteren Entscheidungen – fehlt der Randausgleich.<sup>21</sup> Bei einem Ausdruck einer mit einem linksbündigen Zeilenumbruch versehenen Entscheidung wird ansonsten viel Papier verschwendet.<sup>22</sup> Bei den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wird nicht angegeben, ob es sich um ein Urteil oder einen Beschluß handelt. Vereinzelt finden sich – wohl versehentlich eingegebene – Doppelangaben bei

Fundstellen.<sup>23</sup> Fraglich erscheint mir die wörtliche Übereinstimmung von Leitsatz und Orientierungssatz in einigen Fällen.<sup>24</sup> Daß das von der Rechtschreibreform gefährdete »daß« manchmal ein kurzes Nachdenken erfordert, hätte kein Grund sein sollen, es schon vorzeitig entfallen zu lassen.<sup>25</sup> Grundsätzlich bleibt der Wunsch bestehen, daß die rückwärts gerichtete Dokumentationsarbeit zu mehr Volltext bei Entscheidungen aus Zeiten führt, für die anfangs nur im Kurztext erfaßt wurde.

Die wenigen kritischen Anregungen zeigen: Die vorliegende CD-ROM Verwaltungsrecht verdient höchstes Lob. Sie wird in kurzer Zeit zu einer unentbehrlichen Arbeitshilfe. Zahlreiche einzelne Vorzüge, die hier nicht alle aufgezählt werden können, zeigen sich bei der Nutzung. So wird beispielsweise immer die Fassung der zitierten Gesetze genannt (z. B. GemO RP 1973 für die Gemeindeordnung von Rheinland-Pfalz von 1973). Daß lange Erfahrungen und tiefgreifende rechtswissenschaftliche Überlegungen in das Produkt eingegangen sind, zeigt sich bei der alltäglichen Arbeit immer wieder von neuem.

Zum Schluß eine Antwort auf die schwierig zu beantwortende Preisfrage: die Frage nach dem Verhältnis zwischen Preis und Leistung. Abgesehen davon, daß der Preis nicht zu sehr ausgeprägter privater Nutzung führen wird, weil sich das nicht alle leisten können: Das exzellente Arbeitsmittel ist seinen Preis wert. Es ist zu berücksichtigen, daß seitens der Dokumentationsstellen bei den Gerichten und Behörden ein sehr großes Arbeitspensum in juris investiert werden mußte und wird. Für diese Investitionen der öffentlichen Hand erscheint das hier geforderte Entgelt als durchaus angemessen und von der Leistung her gerechtfertigt. Auch im demokratischen Staat kostet die Rechtskenntnis etwas; davon, daß die Unkenntnis des Rechts noch teurer werden kann, lebt auch die Rechtskultur.

Wolfgang Bock

<sup>20</sup> Vgl. dazu die bei juris erhältliche Broschüre »juris. Das juristische Informationssystem 10 Jahre Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland« [Saarbrücken 1995], 52 S.

<sup>21</sup> Z. B. BVerwG v. 26. 4. 1984 (Az.: 1 WB 32/82).

<sup>22</sup> So die Entscheidung BVerfG v. 31. 10. 1990 (Az.: 2 BvF 3/89).

<sup>23</sup> So z. B. »Buchholz 42: 2 Nr. 86« neben »Buchholz 42: 2 Hochschulrecht Nr. 86«, oder: »HmbJVB 1979, 29–30« neben »HmbJVB 1979, 29–35«.

<sup>24</sup> Zum Beispiel im Fall der Entscheidung des VGH Baden-Württemberg vom 9. 10. 1991.

<sup>25</sup> Dieses Plädoyer für Artenschutz richtet sich gegen die Dokumentation von BVerfG v. 8. 7. 1980 – 1 BvR 1472/78 (in den Entscheidungsgründen unter C. III 2).



Axel Schack, *Gruppenarbeit, Mitarbeiterverhältnis und die Arbeitsrechtsordnung. Auswirkungen der Einführung von Gruppenarbeit unter besonderer Berücksichtigung eines Mitarbeiterverhältnisses und gesellschaftlicher Elemente im Arbeitsverhältnis*, Berlin (Duncker & Humblot, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 154) 1997, 270 S., DM 124,-

Wissenschaftliche Bücher können positiv in die Rechts- und Unternehmenspraxis wirken, wenn sie ein Bewußtsein von Ansätzen beginnenden Fortschritts schaffen und so vermitteln, daß die beobachtete Avantgarde dem adressierten Mainstream eine neue Fließrichtung weist. Auf dem von Schack in seiner von Klaus Adomeit betreuten Dissertation behandelten Gebiet, das auch bezeichnet sein könnte: »Von der Überwindung des Gegensatzes von Kapital und Arbeit«, bedarf es solcher Vermittlung dringend.

Der genannte Bezug wird gleich im ersten Kapitel deutlich: Es handelt von der »Entstehung der Arbeitsrechtsordnung im Lichte der Mitarbeiterbeteiligung« in den bekannten Formen der Gewinn- und der Kapitalbeteiligung. Der historische Abriss soll dazu dienen, »einen Überblick über die Entwicklungsgrundlagen und die möglichen Querverbindungen zu gewinnen« (S. 25).

Schacks Ausgangs- sowie der Fixpunkt, um den seine in den folgenden vier Kapiteln entwickelte Argumentation kreist, ist die etwa von Adomeit und Beuthien bereits des öfteren formulierte Überlegung, die vielfachen Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer in Betrieb und Unternehmen (Gegenstand der Untersuchung ist nur die mitbestimmte Aktiengesellschaft bzw. der Betrieb mit in der Regel mehr als 2000 beschäftigten Arbeitnehmern, a. a. O.) hätten die »eigentliche« arbeitsrechtliche Ebene im Grunde bereits verlassen und näherten sich unter der Hand einem Gesellschaftsverhältnis an. Durch die in den letzten Jahren zunehmende Einführung von Gruppenarbeit, bei der die Gruppe »gleichsam zum Vorgesetzten und Weisungsempfänger in einer Position« werde (S. 109), sieht Schack diesen Trend noch weiter vorangetrieben. Mit der Gesellschaftserstellung kraft Arbeitsvertrags (zusammen mit den diesen überlagernden Regelungen des kollektiven Arbeitsrechts) verbindet sich nach Schack zwingend die Beteiligung des Arbeitnehmers, der ein sol-

cher auch bleiben müsse (S. 180), am wirtschaftlichen Risiko der unternehmerischen Tätigkeit (S. 217 ff.). Hierfür eigne sich die Kapitalbeteiligung nicht (S. 226), wohl aber eine Gewinnbeteiligung bei gleichzeitiger deutlicher Absenkung der tariflichen Löhne.

Die These, die Kapitalbeteiligung eigne sich nicht für eine Beteiligung des Arbeitnehmers am wirtschaftlichen Risiko der unternehmerischen Tätigkeit, wird nun allerdings mit keinem Wort begründet. Dies ist sicher einer der größten Mängel des Buchs. Daß hier etwas nicht wirklich durchdacht wurde, zeigt sich auch in der ansonsten durchaus eingehenden Argumentation, die weder insgesamt noch in den Einzelheiten überzeugt: Solange die Arbeit in der Gewinn- und Verlustrechnung auftaucht statt (ausschließlich) bei der Gewinnverwendung, solange die Arbeit also betriebswirtschaftlich wie rechtlich als Kostenfaktor behandelt wird, ändert sich an dem strukturellen, dem Arbeitsrecht zugrundeliegenden Gegeneinander wie dem Über- und Untereinander nichts, auch wenn die Auswirkungen gemildert werden mögen. Die Behauptung eines von Arbeitgeber und Arbeitnehmer kraft Arbeitsrechts (vor allem Mitbestimmung) gemeinsam verfolgten Zwecks führt in einer solchen Situation weder wissenschaftlich noch rechtspolitisch weiter. Daß Schack es sogar fertig bringt, die mangelnde rechtliche Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und, daraus folgend, die »Parität« beider mit dem Vorhandensein arbeitsrechtlicher Schutzgesetze zu begründen (S. 171 und öfter), sei nur erwähnt.

Schade ist vor allem, daß Schack bei der Zuspitzung auf das Ergebnis der Arbeit – die Forderung nach einer Beteiligung der Arbeitnehmer am wirtschaftlichen Risiko – den eigentlichen »Clou« seines Themas gar nicht erkennt. In der Entwicklung neuer arbeitsorganisatorischer Konzepte wie der Gruppenarbeit sieht Schack lediglich ein die institutionalisierte Mitbestimmung verstärkendes Moment. Richtig ist das Gegenteil: Das Prinzip, das sich bislang vor allem in der Gruppenarbeit zeigt, ist demjenigen der Mitbestimmung genau entgegengesetzt. Während die Mitbestimmung ein defensives Instrument zum Schutz spezifischer Arbeitnehmerinteressen ist und folglich den Gegensatz von Kapital und Arbeit zementiert, fördert und fordert das Prinzip der Gruppenarbeit in der Tat den »Unternehmer am Arbeitsplatz«, wie

Schack sogar selbst formuliert (S. 110). Dieses grundsätzliche Mißverständnis setzt sich konsequent darin fort, daß Schack den soziologischen und betriebswirtschaftlichen Schlüsselbegriff zum Verständnis der von ihm thematisierten neuen, zum überwiegen- den Teil gewiß erst im Entstehen begriffenen Arbeitsbeziehungen nicht kennt: den der »Zielvereinbarung«.<sup>1</sup> In diesem der (echten) Gruppenarbeit zugrunde liegenden *Prinzip* der *Vereinbarung* von Zielen zwischen Management – wenn man so will – »im engeren Sinne« einerseits und »(eher) operativer Ebene« andererseits (wirklich treffende Begriffe müssen erst noch gefunden werden) liegt die Kraft, mittel- bis langfristig die institutionalisierte Mitbestimmung zu sprengen – aber mit dieser auch ihren Grund: die Hierarchie im Unternehmen. Zu beobachten ist dies an Unternehmen, die in der modernsten Form der »Gruppe«, nämlich in »Teams« or-

ganisiert sind und ausschließlich über Zielvereinbarungen geführt werden: Eine Betriebsverfassung im herkömmlichen Sinn existiert dort (entgegen § 1 BetrVG!) nicht. Daß die Kapitalbeteiligung der Mitarbeiter in solchen Unternehmen teilweise stagniert, liegt vornehmlich am schwerfälligen deutschen Aktienrecht.<sup>2</sup>

Im Grunde hat Schack sein Thema also verfehlt. Der Unternehmenspraxis in dem Sinn des »Unternehmens«, in dem alle an der Wertschöpfung Beteiligten auch als Mitunternehmende begriffen werden – und das können sie dauerhaft nur als Gesellschafter, nicht als Arbeitnehmer –, vermittelt sein Buch höchstens falsche Impulse. Auch die Herausforderung von Kritik aber bringt Denken und Praxis voran und hat ihr eigenes, nicht hoch genug zu schätzendes Verdienst.

Boris Alexander Braczyk

Hans-Peter Hufschlag

## Einfügung plebiszitärer Komponenten in das Grundgesetz?

Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und verfassungspolitische Konsequenzen direkter Demokratie im vereinten Deutschland

Der Verfasser untersucht rechtliche Zulässigkeit und politische Zweckmäßigkeit von Volksabstimmungen auf Bundesebene sowie einer unmittelbaren Volkswahl des Bundespräsidenten – auch angesichts der in der Vergangenheit und auf Länderebene gemachten Erfahrungen.

1999, 327 S., brosch., 79,- DM, 577,- öS, 72,- sFr, ISBN 3-7890-5852-1



NOMOS Verlagsgesellschaft  
76520 Baden-Baden

<sup>1</sup> S. etwa H.-J. Braczyk/G. Schienstock, Im Lean-Express zu einem neuen Produktionsmodell?, in: dies. (Hrsg.), Kurswechsel in der Industrie. Lean Production in Baden-Württemberg, 1996, S. 269 ff., Institut für angewandte Arbeitswissenschaft e. V. (Hrsg.), Leistungsbeurteilung und Zielvereinbarung. Erfahrungen aus der Praxis, 1994; REFA (Hrsg.), Den Erfolg vereinbaren. Führen mit Zielvereinbarungen, 1995

<sup>2</sup> S. zu SAP in diesem Zusammenhang SZ vom 26. 3. 1998: entgegen der bisherigen Praxis nunmehr Einführung bloß »virtueller« stock options durch Koppelung der Gewinnbeteiligung an den Aktienkurs.