

*Paul Noack: Carl Schmitt. Eine Biographie, Berlin; Frankfurt/Main; Propyläen, 1993, 360 S., DM 58,-*

»Ein Buch wie dieses ist seit langem überfällig«, lobte vor gut zehn Jahren Stefan Breuer seinen Beitrag in der KJ (1/1984, S. 110–113) ein, in dem er die erste umfassende Carl Schmitt-Biographie (Carl Schmitt. Theorist for the Reich, Princeton 1983), verfasst von dem amerikanischen Historiker Joseph W. Bendersky, rezensierte. Umso mehr mußte man es begrüßen, daß nach dem Tod Schmitts im Jahre 1985 sich nunmehr ein deutscher Wissenschaftler diesem schwierigen Unterfangen stellte. Der 1925 geborene Paul Noack, in den 50er und 60er Jahren Redakteur bei der F.A.Z. und dem Münchner Merkur, danach Politikprofessor an der Universität München, hat nach seiner Emeritierung eine solche Untersuchung gewagt. Im Unterschied zu Bendersky, der sein Buch noch zu Lebzeiten Schmitts verfaßte, stand ihm dabei der gesamte Nachlaß Carl Schmitts zur Verfügung. Dies allein und die Tatsache, daß ein Wissenschaftler mit politologischem Hintergrund die Voraussetzungen mitbringen durfte, die diffizile Einordnung des Schmittschen Werkes in den Kontext der neueren deutschen Geschichte unter Einbezug der kontroversen Diskussion um Person und Rolle Schmitts im Nationalsozialismus zu meistern, ließ eine spannende Untersuchung erwarten. Um es vorwegzunehmen, trotz der guten Anfangsvoraussetzungen kann Noacks Untersuchung die an sie gestellten Erwartungen nicht erfüllen.

Zunächst zum Aufbau des Buches. Nach einer kurzen Vorbemerkung (S. 9–13) läßt Noack ein Kapitel mit dem Titel »Die Frühzeit« (S. 15–96) folgen, das die Zeit von der Kindheit Schmitts bis zur Berufung des

40jährigen (!) an die Berliner Handelshochschule im Jahre 1928 umfaßt. Das folgende Kapitel »Berlin 1928–1933: Der Zwang zur Dezision« (S. 97–163) behandelt die anschließende Zeitspanne bis zu Hitlers Machtergreifung. Anschließend wird die NS-Zeit unter der Überschrift »Carl Schmitt unter dem Nationalsozialismus« (S. 164–234) abgehandelt. Bernd Rüthers hat in seiner Besprechung der Noackschen Arbeit bereits auf den Gebrauch des Wörtchens »unter« – statt »im« – hingewiesen (NJW 1994, S. 1683). Möglicherweise ist Noacks Präpositionswahl hier nicht nur ein Stil-, sondern auch eine Einstellungsfrage. Es schließt sich ein kurzer Abschnitt an, der mit »Zwischen den Lagern« tituliert ist (S. 235–248) und Schmitts vorübergehende Internierung in Berlin und seine späteren Befragung bei den Nürnberger Prozessen enthält, eine Periode, die von Noack als »Schmitts Leidensweg« (S. 242) bezeichnet wird. Das letzte große Kapitel ist für »Die Zeit nach 1945« reserviert (S. 248–303). Die Untersuchung wird abgeschlossen durch ein kürzeres Kapitel mit der Überschrift »Biographische Nachbetrachtung« (S. 304–312), in dem so etwas wie ein Resümee versucht wird.

In der Bibliographie (S. 328–341) nennt Noack seine Primärquellen, zu denen neben dem Schmitt-Archiv in Kalkum auch seine Gesprächspartner gehören. Wer mit der Schmitt-Diskussion nur einigermaßen vertraut ist, wird die Namen Rüdiger Altmann, Johannes Groß, Joseph Kaiser, Günter Maschke, Eberhard Freiherr von Medem, Armin Mohler, Helmut Quaritsch und Piet Tommisen unschwer als den engeren Kreis der Schmitt-Jünger identifizieren. (Außer mit ihnen hat Noack nur mit Schmitts Wirtschafterin Anni Stand gesprochen.) Selbst Schmitt durchaus nahestehende Personen wie Ernst-

Wolfgang Böckenförde oder Ernst Jünger wurden nicht konsultiert. Nun muß die gezwungenermaßen beschränkte Auswahl der Gesprächspartner die Untersuchung nicht notwendigerweise beeinträchtigen. Man wird dem Autor nicht unbedingt vorhalten können, daß er nicht auch mit Schmitt-Kritikern wie Ingeborg Maus, Volker Neumann, Hasso Hofmann oder Bernd Rüthers Kontakt aufgenommen hat. Was man aber erwarten durfte, war, daß er sich mit den Interpretationen dieser Autoren, die zum Teil erheblich von denen der Schmitt-Jünger abweichen, in gebotener Weise auseinandersetzen würde. Das ist aber mitnichten der Fall. Das insoweit aufgeblätterte Literaturverzeichnis führt zwar z. B. Maus' Untersuchung auf. In den Anmerkungen wird aber kein einziges Mal auf sie Bezug genommen. Rüthers wird in der Bibliographie zweimal genannt und zweimal in den Anmerkungen, das eine Mal um zu belegen, das Schmitt den Ausdruck »zölibatäre Bürokratie« für die katholische Kirche gebraucht hat (Anm. 39 S. 45 mit S. 314), das andere Mal, wenn Noack Schmitt nach Rüthers zitiert (Anm. 49, S. 195 mit S. 321). Das gesamte Kapitel über Schmitts Verhalten in der NS-Zeit setzt sich aber kein einziges Mal mit dem speziell diesem Thema gewidmeten Rüthers-Buch (»Carl Schmitt im Dritten Reich«, 2. Aufl., München 1990) auseinander. Dafür wimmelt es von Zitaten aus den Schriften Tommisen, Maschkes und Quaritschs sowie aus dem von letzterem herausgegebenen »Complexio Opppositorum« (Berlin 1986), einem Symposium, auf dem die Schmitt-Jünger nahezu unter sich waren (siehe die Besprechung von Stefan Breuer, KJ 4/1989, S. 500–503). Schon diese unzureichende Arbeitsbasis läßt damit nichts Gutes vermuten, und der kritische Leser wird in der Untersuchung Noacks in seinen Befürchtungen auch nicht enttäuscht.

So karg wie die wissenschaftliche Grundlage von Noacks Untersuchung ist, so nebulös sind teilweise die Bemerkungen des Autors, geradezu als wollte er die sprachliche Esoterik Schmitts nachahmen. Nachdem er – wie dies bei manchen Schmitt-Jüngern schon fast zur Manie geworden ist – die auch von Schmitt-Kritikern so kaum je vorgebrachte Fragestellung verwirft, ob persönliches Lehverhalten den Wahrheitsgehalt einer denkerischen Leistung antaste, und seinen eigenen Ansatz dahingehend definiert, die Schmittschen Ideen »in kritischer Weise auf ihren

begrifflichen Inhalt hin« befragen zu wollen, verfällt Noack im letzten Abschnitt seiner Vorbemerkungen in einen genauso feuilletonistischen wie nichtssagenden Stil: »Carl Schmitt, das waren und sind auch weiterhin wir selbst. ... Das, was man ihm vorwarf, wird Jahrzehnte später zu seiner Stärke: das seismographische Gespür für wechselnde Lagen. So überdauert sein Typus am Ende die Tat.« (S. 13)

Durchaus interessant sind die Ausführungen Noacks über die frühen Prägungen Schmitts, den er als einen Verunsicherten »beim Übergang von der Vor-Moderne zur Moderne« (S. 25) charakterisiert, als jemanden, der an der Zeit leidet – demnach also als einen Bürgerlichen, dem die industrielle Revolution die Sicherheit genommen hat. Für Noack versuchte Schmitt, »dieses Leiden mittels des Rechtes zu bewältigen« (S. 27). Der Autor schildert die tiefe Verwurzelung Schmitts im Katholizismus, die selbst dann kaum erschüttert wird, als ihm die Kirche die beantragte Aufhebung seiner ersten Ehe (mit einer Hochstaplerin) verweigert. Schmitt sei »viel zu intelligent, viel zu sehr Jurist und auch viel zu katholisch gewesen«, als daß ihn ein kirchliches Fehlurteil hätte zum Skeptiker werden lassen. Hier schon müssen leichte Fragezeichen an der Charakterisierung Schmitts angebracht werden. Stand Schmitt über den Dingen? Die von Noack geschilderte Prägung seines etatistischen, nach Ordnung strebenden Wesens in der Zeit der Münchner Räterepubliken (S. 53 f.), wo Schmitt erlebt haben soll, wie bei seiner Arbeit in einer Art militärischer Zensurbehörde – Schmitt leitete am Ende des Krieges die für die Friedensbewegung und die USPD zuständige Abteilung (S. 42) – ein Offizier von Revolutionären neben seinem Schreibtisch erschossen wurde, deutet nicht darauf hin, denn Schmitts einseitige Perzeption einer Gewalt von links entspricht nicht den historischen Tatsachen. Der Terror der Freikorps wird von ihm anscheinend nicht wahrgenommen (so auch Benderky, a. a. O., S. 22).

In einer Reihe seiner Ausführungen und Charakterisierungen ist Noack einfach zu knapp (oder sollte man sagen zu oberflächlich?), als daß man seine Gedankengänge nachvollziehen könnte. Was bedeutet z. B. seine Aussage, Schmitt sei zu seiner Zeit ganz »normal« gewesen, nur prägnanter (S. 63)? Will Noack sagen, daß die Mehrzahl der Weimarer Staatsrechtslehrer autoritär gesinnt war? Aber auch

bei seinen Faktenschilderungen erfüllt Noack oft nicht den Informationsbedarf, so etwa wenn er den Bruch zwischen dem zu Katholizismus konvertierten Dadaisten Hugo Ball mit Schmitt beschreibt. Warum wollte Schmitt nicht, daß dessen Buch über die Folgen der Reformation veröffentlicht würde (S. 68)? Ebenfalls zu lapidar sind manche Wertungen Noacks. Was meint er, wenn er – Schmitts Worte über den von ihm hochgeschätzten Theoretiker der Gegenrevolution Donaldo Cortés auf ihn selbst anwendend – davon spricht, daß Schmitt in seinem privaten Wesen »etwas im besten Wesen Liberalen« gehabt habe, »sogar besser und wesenhafter liberal als seine humanitär moralisierenden Gegner« und daß Heimstatt des Liberalen das Individuell-Persönliche, nicht die Sphäre staatlicher und politischer Ideen sei (S. 76)? Solche Worte werden den Lesern einfach ohne Erläuterung vor die Füße geworfen. Dabei hätte man gerne gewußt, worin Schmitts – wenn auch nur persönliche – Liberalität lag, warum der Autor offensichtlich mit Schmitt die Bedeutung staatlicher Liberalität so gering schätzt und wen er mit den humanitär moralisierenden Gegnern Schmitts meint. »Carl Schmitt at his best« (sollte es nicht heißen »worst?«) nennt Noack dessen virtuos eingesetzte Polemik gegen den Parlamentarismus (S. 78), nachdem er auf der vorangehenden Seite festgestellt hat, daß der Antiparlamentarismus Schmitts bereits zu einem frühen Zeitpunkt der Weimarer Republik vorgebrach wurde (und damit die antidemokratische Tendenz Schmitts unterstreicht). Die Faszination für den Faschismus (»Mussolini zu bewundern war damals Mode«), die zugegebenermaßen bei vielen Staatstheoretikern der Zeit zu finden war (z. B. bei Rudolf Smend), versucht Noack dadurch abzuschwächen, daß er hervorhebt, Schmitt habe sich mit dem italienischen Faschismus nie wirklich beschäftigt (S. 82 f.). Die sich damit aufdrängende Frage, ob diese mangelnde Realitätswahrnehmung durch Schmitt nicht ein fahles Licht auf seine gesamte Staatstheorie wirft, wird von Noack nicht gestellt, wohl auch nicht als solche erkannt.

Als »schwer verständlich« beschreibt es Noack, daß viele Kollegen Schmitts sich der »Offenheit und Liberalität« der 20er Jahre nach dem Krieg nicht mehr erinnern wollten. Als »Musterbeispiel einer nachträglichen ›Dämonisierung‹« zitiert er (nach Tommisen, wobei sich die entsprechende Stelle in

den Schmittiana III und nicht in den angebundenen Schmittiana II befindet – überhaupt bedient sich der Autor des Zitierens aus zweiter Quelle etwas zu oft) den Nationalökonom Edgar Salis, wobei die Mehrzahl der von Noack angeführten Äußerungen Salis' über Schmitt (»Geistige Missetaten wie die seinen wiegen mindestens so schwer wie die Morde der geborenen Verbrecher«; »wilder Antisemit«; »politisches Chameleon«) (S. 90 f.) sicherlich nicht auf die Bonner Zeit, sondern auf das Verhalten Schmitts in der NS-Zeit gemünzt gewesen sein dürften. Indem Noack Salis' Wertungen von vornherein als »Auswüchse und biographische Verbiegungen« (S. 90) klassifiziert, offenbart er an einer frühen Stelle seiner Untersuchung, wo er selbst steht. Ist es so schwer verständlich, wenn einige frühere Kollegen nach dem Krieg nichts mehr mit Schmitt zu tun haben wollten und vielleicht in ihrer Abscheu sogar – was Noack an Hand der geliebten Zitate nicht einmal besonders eindrucksvoll zu belegen vermag – zur Schwarz-Weiß-Malerei neigten? Da bringt Noack weit weniger Verständnis für das Verhalten der Schmitt-Gegner auf, die wie die jüdischen Emigranten, die Schmitt nach 1933 als »ausgespien aus Deutschland für alle Zeiten« (Rüthers, *Entartetes Recht*, 1. Aufl., München 1988, S. 132 – Taschenbuchausgabe nach der 2. Aufl., S. 133) bezeichnete, zu den Betroffenen der Schmittschen Entgleisungen gehörten, als für Schmitt.

Die Darstellung von Schmitts Berliner Zeit vor der Machtergreifung zeugt von den reichhaltigen Kontakten Schmitts in der Wissenschafts- und Kulturszene. Erwähnt wird die Beziehung zu Walter Benjamin, dessen Bezugnahme auf Schmitt von Theodor Adorno bei der Herausgabe seiner Schriften unter den Tisch fallen gelassen wurde, von Noack zu Recht als »Zitierverbot« bezeichnet (S. 112). Allerdings sollte angemerkt werden, daß viele derjenigen, die ein »Quasi-Zitierverbot« Schmitts in der Nachkriegszeit anprangerten, heute darangehen, Schmitts Schriften aus der NS-Zeit einem – wenn nicht Zitierverbot, so doch – »Verwertungsverbot« zu unterziehen. Zum Bruch der Beziehung zwischen Heller und Schmitt, ausgelöst durch Schmitts Freund-Feind-Kategorisierung im »Begriff des Politischen«, vermißt man eine Stellungnahme des Autors. Heller hatte nämlich durchaus recht, wenn er Schmitt vorhielt, er propagiere die existen-

tielle Vernichtung des Feindes, auch wenn Schmitt dies in einem Brief an ihn bestreitet (S. 119). Wie anders sollte es verstanden werden, wenn Schmitt in seiner Schrift äußerte: »Die Begriffe Freund, Feind und Kampf erhalten ihren realen Sinn dadurch, daß sie insbesondere auf die reale Möglichkeit der physischen Tötung Bezug haben und behalten.« (S. 33 im Text von 1932, 3. Aufl. der Ausg. von 1963, Berlin 1991) Selbst wenn man Schmitt aber in der haarspalterischen Auslegung seiner eigenen Worte folgen wollte, sollte man von seinem Biographen ein Wort über die praktische Wirkung solcher Satze erwarten können. Die »Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen« hatte Schmitt überdies schon zuvor in seiner Schrift über »Die geistesgeschichtliche Grundlage des heutigen Parlamentarismus« propagiert (S. 14 in der 1926 erschienenen 2. Aufl., unveränd. Nachdr., 6. Aufl., Berlin 1985), wenn auch nicht auf die existentielle Vernichtung von Menschen bezogen. Als Beispiel werden aber die »radikale Aussiedlung der Griechen aus der Türkei und die »rücksichtslose Türkisierung des Landes« genannt. Noacks Feststellung, daß Schmitts spätere »biographisch unverständlichen antisemitischen Ausfälle« nicht auf seinem Verständnis des Politischen beruhten (S. 120), scheint auf diesem Hintergrund etwas voreilig.

Noack zeigt auf, daß Schmitt durchaus eine differenziert zu betrachtende Persönlichkeit war, beispielsweise daran ersichtlich, daß er den Kontakt mit »entarteten« Malern wie Werner Gilles und Emil Nolde mindestens bis 1938 aufrechterhielt (S. 134). Solche Feststellungen sind durchaus wichtig, um einer Dämonisierung Schmitts vorzubeugen, verlieren aber dadurch beträchtlich an Wert, daß Noack die andere Seite von Schmitts Charakter verharmlost. An einigen Stellen seines Buches scheint er geradezu die Nachkriegskritik an Schmitt als etwas Ungehöriges oder Unge- rechtfertigtes suggerieren zu wollen, oder ist es nur schlechter Satzbau, wenn er schreibt: »Ernst Friesenhahn, ... der ihn in den fünfziger Jahren wegen seiner Haltung in der NS-Zeit heftig attackiert hat, schreibt ihm 1976, alterweise geworden, eine Art Versöhnungsbrief ... (S. 135, Hervorh. hingefügt).

Interessant zu lesen sind die Ausführungen über Schmitts Rolle im Prozeß um den Preußenschlag, auch deshalb, weil man nebenbei erfährt, daß auf der anderen Prozeßseite neben Nawasky der junge Privatdozent Theo-

dor Maunz saß, der – wie wir wissen – sein Mäntelchen bald darauf dem neuen Winde zuwendete. Solche Informationen, die vielleicht auch für die Bewertung von Schmitts Opportunismus von Wichtigkeit sind, vermisst man allerdings bei Noack. Maunz lebte ja noch, als das Buch verfaßt wurde, und Noack hatte just an derselben Universität wie jener seinen Lehrstuhl gehabt. Die neuesten Erkenntnisse über Maunz' Verbindung zur rechtsradikalen Szene (siehe Michael Stolleis, KJ 4/1993, S. 393–396) mögen vielleicht rechtfertigen, daß man zumindest nicht allen (auch Schmitt nicht), die in der NS-Zeit Karriere machten, vorschnell und ohne Eingeständnis ihrer Schuld verzieh. Daß Schmitt allerdings bis 1933 kein Förderer der Nationalsozialisten war, wird von Noack u. a. durch die noch vor dem Preußenschlag ausgesprochene Warnung vor der Wahl der NSDAP belegt (S. 143). Ob man deshalb pauschal davon sprechen kann, Schmitt sei kein »Quartiermacher« der Nazis gewesen (S. 154), hängt ganz von der Interpretation dieses Begriffes ab. Wenn man nur die zielgerichteten Förderer darunter versteht, wird man auch Hugenberg & Co. nicht als Quartiermacher ansehen können.

Das Kernstück des Buches ist sicherlich der Teil über die Zeit von 1933–1945, und so sollte es auch sein, denn biographisch geschen ist dies der am meisten zur Kontroverse Anlaß bietende Lebensabschnitt Schmitts. Noack glaubt feststellen zu können, daß Schmitt sich erst nach dem Ermächtigungsgesetz »ohne rückversichernde Hintergedanken« der »Bewegung« zur Verfügung gestellt habe (S. 167). Anscheinend als Indiz für den nichtopportunistischen Charakter von Schmitts Engagement gemeint, ist diese Aussage aber tatsächlich ein Beleg für dessen Opportunismus. Mit dem Ermächtigungsgesetz war es klar, daß vorläufig eine Rückkehr zu den alten (demokratischen) Verhältnissen nicht erfolgen würde. Ergo brauchte man sich vor dem Mitmachen auch nicht mehr zu gieren. Schmitt rechtfertigte seinen Stellungswechsel später mit den Worten: »Ich habe Hitler nicht ermächtigt.« (S. 169) Eine solche eher von einem Positivist zu erwartende Verteidigung läßt aber eines unbeachtet. Sie mag zwar herhalten für eine Gehorsamshaltung gegenüber den neuen Machthabern, nicht aber für eine Protagonistenrolle, wie Schmitt sie flugs einnehmen sollte, oder wie Rüthers (Carl Schmitt, S. 80) es in anderem

Zusammenhang bezüglich Schmitt betonte: »Niemand ist wegen seines Schweigens etwa verfolgt worden. Wer schrieb, wollte – wie auch immer – dabei sein.« Als Movens von Schmitts »Berührung« [!] mit dem Nationalsozialismus sieht Noack vor allem »intellektuelle Neugierde«, »intellektuelles Abenteuerturn« (S. 177). Da scheint einer seiner Gesprächspartner auf ihn abgefärbt zu haben, nämlich der selbstberufene Gralshüter der Schmittschen Ehre Günter Maschke, der Schmitts Engagement für den Nationalsozialismus in einem Nachruf verklausuliert: »Doch Schmitt wollte den politischen Schaltzentralen nahe sein, um die Waffen des großen Tiers en detail zu betrachten. Ein Imperialismus der Neugier ...« (F.A.Z., 11.4.1985, S. 25) Die anfängliche, von ihm als »Selbstgleichschaltung« (S. 181) bezeichnete Verhaltensweise Schmitts erscheint Noack – mit Quaritsch – deshalb als kaum vorwerfbar, weil im Frühjahr 1933 noch niemand den verbrecherischen Charakter des Regimes habe erkennen müssen (S. 182). Er folgt damit der schon fast stereotypen Strategie der Schmitt-Jünger, Schmitts Verteidigung an Stellen vorzunehmen, die nicht den Kern des Vorwurfs treffen. Es geht nicht um eine anfängliche Fehleinschätzung des Nationalsozialismus durch Schmitt, sondern u.a. um die Art und Weise seines Engagements für das neue Regime.

Das Verhalten Schmitts gegenüber seinem Kölner Fakultätskollegen Kelsen wird von Noack nur gestreift: »Und da ist da auch seine Weigerung, einen Brief zu unterschreiben, in dem die Regierung gebeten wird, seinen jüdischen Kollegen Hans Kelsen zu halten.« (S. 185) (Kelsen, der es zuvor ermöglicht hatte, daß Schmitt von der Handels hochschule in Berlin wieder an eine juristische Fakultät hatte wechseln können, wurde nach der Machtergreifung die Lehrbefugnis entzogen. Schmitt war das einzige Fakultätsmitglied, das eine Eingabe ans Ministerium nicht unterzeichnete. Siehe dazu Rüthers, Carl Schmitt, S. 66 ff.) Im gleichen Satz wie die Randbemerkung über die Kelsen-Eingabe versucht Noack gleich wieder, Schmitts Sonnenseite herauszustellen. Schmitt sei bis Ende 1933 »weiter als autonome Person, nicht als Funktion des neuen Systems betrachtet« worden (S. 185), was er mit einer Reihe von Briefen an Schmitt belegt. Seine Schlußfolgerung: »Schmitt wird durchaus richtig ‚geortet‘.« (S. 187). Dabei sind diese Briefe, in denen u.a. jüdische Intellektuelle Schmitt um

Hilfe und Rat baten, von denen Noack aber nicht zu sagen weiß, ob Schmitt sie beantwortete, eher ein Indiz dafür, wie sehr sich eine Reihe von Personen in Schmitts geistiger Unabhängigkeit vom Regime täuschten. Nur kurz widmet sich Noack dem Erklärungs- (Rechtfertigungs)mustern für Schmitts Verhalten in der NS-Zeit, wobei er auch die Meinung (ohne Beleg, gemeint ist aber wohl Quaritsch) erwähnt, Schmitt habe »in seiner Wortwahl derart übertrieben, daß diejenigen, die ihn kannten, aus der Übertreibung die Persiflage hätten herauslesen können.« (S. 187 f.) Anstatt das Hanebüchene einer solchen Deutung herauszustellen, heißt es bei Noack schlicht: »Derartige Interpretationen scheinen mir den Kern seines Charakters nicht zu berücksichtigen.« (S. 188) Weiter unten akzeptiert er im Grunde Schmitts Einlassung, er habe den die Röhm-Morde rechtfertigenden Artikel in der DJZ 1934 (Sp. 945–950) geschrieben, um Hitler zum Eingreifen gegen Aktionen zu veranlassen, die mit der innerparteilichen Abrechnung nichts zu tun gehabt hätten (S. 196). Rüthers (Enartetes Recht, S. 123) hat die Unhaltbarkeit einer solchen These bereits deutlich gemacht und hervorgehoben, daß der Aufsatz für jeden unbefangenen Leser als »Rechtfertigungsplädoyer« verstanden werden mußte. Der von Schmitts Gegnern inszenierte Plot, der im Jahre 1936 zu seinem Sturz führte, genauer zum Verlust seiner Parteiamter, ist ebenfalls von Rüthers (Carl Schmitt im Dritten Reich) schon wesentlich aufschlußreicher als bei Noack analysiert worden. Die besonders infame Veranstaltung des Kongresses zum »Kampf gegen den jüdischen Geist« und das in der DJZ 1936 (Sp. 1193–1199) abgedruckte Schlußwort Schmitts auf dieser Tagung, die seinen Ruf als charakterloser Opportunist wesentlich mitbegründet haben, werden von Noack nicht eingehender untersucht. Noack »erklärt« sich diese und andere Schriften Schmitts (»entschuldigt« sie aber nicht) durch den Druck, der es Schmitt »1936 geraten erscheinen ließ, sich verstärkt einer völkischen und rassischen Argumentation zu bedienen.« (S. 203) Von Schmitts Einlassung, daß er zur Zeit der SS-Kampagne existentiell gefährdet war, scheint sich Noack an dieser Stelle (S. 204) vorsichtig zu distanzieren (»Dabei muß offen bleiben, ob er damals – 1936! – wirklich gefährdet war ...«). Anscheinend ist er sich aber selbst nicht im klaren, wie er die Ereignisse werten soll, denn einige

Seiten später (S. 220) geht er offenbar vom Gegenteil aus (»Sturz, der wohl nur durch Görings Protektion nicht mit seiner Vernichtung endete«). Eine tatsächliche Gefährdung hatte er im übrigen auch schon zuvor insinuiert (S. 106). Laxheit im Umgang mit den für die Bewertung des Schmittschen Verhaltens zentralen Fragen zeigt sich auch, wenn er nach der Schilderung von Schmitts Sturz lapidar feststellt: »Damit ist der Abschnitt intensivster Verflechtung mit dem Nationalsozialismus beendet.« (S. 206) War er das tatsächlich? Hatte Schmitts »neues Wirkungsgebiet« im Völkerrecht wirklich nichts mehr mit nationalsozialistischer Politik zu tun? Eine sehr zweifelhafte These, selbst wenn man Bendersky (a. a. O., S. 259) zustimmt, daß Schmitts Großraumtheorie nicht den gleichen rassischen Zuschnitt hatte wie Hitlers Lebensraumtheorie. Mehr als Noacks Äußerung, die zu assoziieren scheint, daß Schmitt sich selbst vom Nationalsozialismus lossagte, trifft die Darstellung Rüthers' (Entartetes Recht, S. 154) den Kern: »Nicht er hat sich 1936/37 vom Nationalsozialismus abgewandt. Ein Teil der NS-Machthaber hatte sich von ihm abgewandt. Er wurde Opfer seines zu stürmischen Ehrgeizes ...« Das Verhalten Schmitts im Nationalsozialismus einem Resümee unterziehend, lehnt Noack die gängige These, Schmitt sei ein prinzipienloser Opportunist gewesen, ab (S. 208). Allerdings nimmt seine versimplifizierte Fragestellung, ob Schmitts Charakter grundsätzlich opportunistisch gewesen sei, die negative Antwort vorweg. Wenn man Schmitts Verhalten in der NS-Zeit als charakterlosen Opportunisten beurteilt, muß man damit indes keineswegs ein Urteil im Sinne »einmal Opportunist, immer Opportunist« fällen, wie Noack suggeriert (S. 208). Daß Schmitt nicht immer Opportunist war, zeigt bereits, daß er nicht willens war, dem neuen (demokratischen) Regime nach dem Krieg auch nur annähernd die Referenz zu erweisen wie dem NS-Regime in seinen Anfangsjahren. Hatte sich die verfassungsrechtliche Situation für ihn hier nicht in einer vergleichsweise fundamentalen Weise gewandelt wie nach dem Ermächtigungsgesetz? Noack findet die Erklärung für Schmitts Verhalten eher in einem Überlegenheitsgefühl (S. 208) und einer »politischen Weltfremdheit« (S. 209). Schmitts Einlassung vor dem Nürnberger Ankläger Robert W. Kempner, er habe aus seiner Verquickung mit dem Nationalsozialismus

»keinerlei materiellen oder karrieremäßigen Vorteil gezogen« (S. 244), läßt er ohne weiteres durchgehen, obwohl er selbst an anderer Stelle seines Buches (S. 188) festgestellt hatte, daß das neue Regime Schmitt das gebracht habe, was das alte ihm vorenthalten habe, nämlich den Lehrstuhl an der (renommierten) Berliner Kaiser-Wilhelm-Universität, und daß er außerdem von Hermann Göring zum Preußischen Staatsrat ernannt worden sei. Von einem Biographen sollte man erwarten können, daß er solche losen Enden der von ihm ermittelten Fakten zusammenknüpft.

Das Kapitel über Schmitts Leben nach 1945 wahrt etwas mehr Distanz zur Schmitts Selbstanalyse bzw. »Selbstmystifikation« (S. 256). Schmitt sei der Meinung gewesen, daß, sollte er versagt haben, sein Versagen durch die persönliche Gefährdung im Jahre 1936 bei den Attacken der SS und durch seinen Kriegsgefangenlageraufenthalt nach dem Krieg aufgewogen sei (S. 255 f.). Die Ursache von Schmitts »Unbußfertigkeit« sieht Noack darin, daß Schmitt sich nicht schuldig fühlte (S. 258). Schmitt habe sich als »Gejagter« gesehen, gar als »Gefühlter« in der Nachfolge Christi (S. 263). Eine solche Selbsteinschätzung scheint geradezu pathologisch. Noack spricht zurückhaltender davon, daß Schmitt zu Bildern gegriffen habe, »die er bei kühlem Verstande nicht verantworten könnte.« Eine weitere Kostprobe Schmittscher Nachkriegspsyche aus dem Jahre 1950: »Die Déserteure erklären die Frontkämpfer zu Feiglingen ... die Davonläufer erklären die Statthalter zu Mitläufern.« (S. 264) Aus dem gleichen Jahr stammt die Äußerung, daß er nicht authören könne höflich zu sein, während um ihn herum »erst die Nazis und dann die Entnazifizierung [man beachte den Vergleich] ihre Fußplattler aufführten ...« (S. 269) Während in diesem Buchabschnitt die Wagenburgmentalität Schmitts gut zum Ausdruck kommt, ist die akademische Rezeption Schmitts nach dem Kriege Noack nur eine »Andeutung« wert, sprich einen Absatz (S. 287). Er interessiert sich mehr für die feuilletonistischen Aspekte in Schmitts Nachkriegsdasein. Dazu gehört sicherlich dessen Selbstcharakterisierung als »christlicher Epimetheus« und daß er das sauerländische Plettenberg, seine Heimatstadt und sein Refugium, »San Casciano« nannte nach dem Ort, an dem Macchiavelli im Alter Zuflucht vor Verfolgung fand und seine »Discorsi« und seinen »Principe« schrieb (S. 296). Besonders

liebte es Schmitt, seine Situation im Dritten Reich mit der des Kapitäns »Benito Cereno« im gleichnamigen Roman Melvilles zu vergleichen (S. 297). Dessen Schiff war von den an Bord befindlichen Sklaven in ihre Gewalt gebracht worden. Der Kapitän eines vorbeifahrenden Schiffes konnte sich das merkwürdige Verhalten des anderen Kapitäns nicht erklären, bis es Benito Cereno schließlich gelang, von Bord zu springen. Dieses Schmittsche Selbstbildnis ist ein Musterbeispiel für dessen verfehlte Aufarbeitung seiner eigenen Vergangenheit. Schmitt ist nicht gezwungen, sondern aus eigenem Antrieb in die Fänge des NS-Regimes geraten, und im Gegensatz zu Cereno hat er den Sprung von Bord nie gewagt.

Noacks Schlußbetrachtung startet erneut mit einer verfehlten Fragestellung (»Gehört Carl Schmitt in das Reich des Bösen oder in das Reich des Guten oder zumindest Akzeptablen«), einer Frage, die Noack nicht beantworten will, weil sie genau auf die Schmittsche Freund-Feind-Unterscheidung ziele (S. 304). Bei jeder kritischen Hinterfragung des Schmittschen Verhaltens den Kritikern eine Freund-Feind-Sichtweise zu unterstellen, ist übrigens typisch für eine Reihe von Schmitt-Apologeten. Auch Schmitt hat dies hin und wieder getan, z. B. gegenüber Heller (Bendersky, a. a. O., S. 93). Man muß sich fragen, ob die Schmittianer sich dabei immer der ursprünglichen Schmittschen Unterscheidung zwischen persönlichem Feind (*inimicus*) und öffentlichem Feind (*hostis*) treu bleiben. Die eigentlichen Fragen, wie Carl Schmitts persönliches Verhalten im Nationalsozialismus zu werten ist, ob seine Theorien für die damalige Zeit und – für uns noch wichtiger – für die heutige Zeit adäquat waren bzw. sind, werden von Noack offengelassen. Trotzdem hat das Fasziniertsein von Schmitt für ihn einen Namen: »Es ist die Ästhetik der Argumentation, ... Carl Schmitts Begriffe sind ... in Begriffe gepackte Mythen. ... Bilder ergreifen uns dann, wenn sie stimmig sind. Seine Bilder waren stimmig. ... Dieser Jurist, der über seinen Verstand an die Bilder kam, fand Chiffren der politischen Existenz, die um wirksam zu werden, beim Empfänger nicht erst den Umweg über das Gehirn suchen mußten.« (S. 311 f.). Das Buch Noacks schließt also, wie es begann: feuilletonistisch-verbrämend. Der Autor zeigt sich als Bewunderer der Schmittschen Sprache. Gerade auf dieses Kriterium ziehen sich seine Anhänger

ja oft zurück, wenn man sie nach der Schmittschen Faszination befragt. Wenn das der eigentliche Punkt ist, sollte man Schmitt allerdings zukünftig in literarischen Magazinen diskutieren, anstatt ihn mit dieser nebulösen Begründung für den heutigen juristisch-politologischen Diskurs zu entmotten.

Noack hat mit seinem Buch nicht viel zur Klärung der umstrittenen Person Carl Schmitts beigetragen, sie in mancher Hinsicht sogar verzeichnet, und – was bei einem Politologen noch erschreckender ist – nicht einmal die politischen Implikationen von Schmitts Leben und Werk deutlich genug herausarbeiten können. So ist sein Buch denn so, wie er es im letzten Satz selbst charakterisiert: »Und deshalb diese Biographie, die nicht vorgibt, den Geheimnisvollen zu entschlüsseln, sondern sein Leben erzählt – was immer die Historiker unter »erzählen« verstehen mögen.« (S. 312) Damit hat Noack seine Aufgabe allerdings gründlich verkannt. Von einer historischen Aufarbeitung, die eine so wichtige Periode wie die des Nationalsozialismus betrifft, erwarten wir nicht, daß sie Geschichte[n] erzählt, sondern eine kritische Analyse. Eine diesen Erwartungen gerecht werdende Biographie Carl Schmitts harrt weiter der Realisierung. Der nächste Versuch sollte allerdings besser von einem Nachgebo- renen gestartet werden. Wichtiger aber noch ist, daß sich ein solcher Biograph frei macht von dem unguten Einfluß der notorischen Schmitt-Apologeten.

Manfred H. Wiegandt

H. Heinrichs, H. Franzki, K. Schmalz, M. Stolleis (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1993, 866 Seiten, 148,- DM

Juristen lassen sich in unterschiedlichste Gruppen unterteilen: In Praxis- und Theoriejuristen; in Strafrechtler, Zivilrechtler oder diejenigen, die sich dem öffentlichen Recht verschrieben haben. Es gibt die Minderheit der »streitbaren Juristen«, die für eine Rechtsentwicklung von unten eintreten und auf der Seite derjenigen stehen, denen das

herrschende Recht zum Unrecht ausschlägt.<sup>1</sup> Andere stellen ihre Streitbarkeit als Kronjuristen in den Dienst der jeweils Herrschenden. Oft sind die Grenzen fließend.

Inhalt des hier zu besprechenden Bandes sind 43 Lebensbilder von bekannten und weniger bekannten Juristen jüdischer Herkunft, die sich zwischen den Anfängen des 19. Jahrhunderts und dem Ende der Weimarer Republik um die Wissenschaft und/oder Praxis des deutschen Rechts besonders verdient gemacht haben (S. XI). Den Rahmen für diese Portraits bilden drei Querschnittsbeiträge: R. Rürup liefert eingangs einen Überblick über »Die Emanzipation der Juden und die verzögerte Öffnung der juristischen Berufe« (S. 1–25). P. Landaus Gegenstand ist eine *fast* enzyklopädische Darstellung der »Juristen jüdischer Herkunft im Kaiserreich und in der Weimarer Republik« (S. 133–213). Und obwohl in dem Buch bewußt mit dem Jahr 1933 eine Grenzziehung vollzogen wird, setzt W. Benz, seines Zeichens Leiter des Berliner Zentrums für Antisemitismusforschung, nach dem Aufsatz über den stellvertretenden Hauptkläger der Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse, Robert M. W. Kempner, den Schlußpunkt mit seiner Schilderung über den Weg »Von der Entrechtung zur Verfolgung und Vernichtung. Jüdische Juristen unter dem nationalsozialistischen Regime« (S. 813–852).

Geboren wurde das Projekt aus der Idee heraus, den überproportionalen Anteil jüdischer Juristen, welchen diese an der Entwicklung des Rechts bis zu ihrer Verfolgung und Vernichtung im nazifaschistischen Deutschland besaßen, der Vergessenheit zu entreißen (S. IX, XIII). Zugleich wollen die Autoren des Buches auf ihrem ureigensten Feld einem Antisemitismus entgegentreten, der heute wieder unübersehbar sein Haupt erhebt.

Zweifellos: Die vier Herausgeber haben unter der Mitwirkung von 44 weiteren Autoren ein Werk im besten Sinne des Wortes vorgelegt. Unter Berücksichtigung der ausgebreiteten und verarbeiteten Material- und Quellenfülle kann getrost von einem Kompendium gesprochen werden. Doch besteht in dem gewählten Einteilungskriterium der »jüdischen Herkunft« gleichzeitig das konzeptionelle Hauptproblem der akribischen Arbeit, mit

dem sich die Herausgeber auch im Vorwort auseinandersetzen. Dieses liegt in dem Einwands, die Einteilung beruhe auf den durch den Antisemitismus hervorgebrachten Vorstellungen und übernehme quasi wider Willen dessen Abgrenzungskriterien; nur jetzt unter umgekehrten Vorzeichen. Dem wird entgegengehalten, daß derjenige, der die von Menschen jüdischer Herkunft für unsere Gesellschaft und Kultur erbrachten Leistungen würdigen will, keine andere Wahl habe, als sich auf die Abgrenzungskriterien des Antisemitismus einzulassen (S. X).

Aber das Resultat dieser Auffassung ist auch, daß in diesem Buch völlig gegensätzliche Impulse für die Rechtsentwicklung und inhaltlich gänzlich diametrale Leistungen, erbracht von unterschiedlichsten Persönlichkeiten, *unvermutet* gewürdigt werden. Beispielsweise folgen hintereinander die Lebensbilder von Eduard Gans (1797–1839), dem aufmüpfigsten aller *Linkshegelianer* und Mitbegründer als auch zeitweiligen Präsidenten des Vereins für Cultur und Wissenschaft der Juden, und Friedrich Julius Stahl (1802–1861), dem *Philosophen der Historischen Rechtsschule*.

Gans, dessen Interesse mehr der Verbesserung als der Darstellung des geltenden Rechts, mehr der Rechtspolitik und -kritik als der Dogmatik galt (S. 51), legte in seinem Werk *Bausteine für eine radikale Rechtsphilosophie*. Zwangsläufig attackierte er unerbittlich die Historische Rechtsschule und deren Haupt: Friedrich Carl von Savigny (S. 48), um der scheinbaren Entpolitisierung durch diese Schule entgegenzuwirken und den engen Rahmen, in den diese das Recht einschloß, zu sprengen (S. 54). In seinen Naturrechtsvorlesungen an der Berliner Universität gab er dabei den Hegelschen Positionen eine ungewohnt »progressive« Note (S. 51), die aber leider in dem Aufsatz nicht weiter benannt wird. Jedoch zumindest in zwei Punkten ist Gans über seinen großen Lehrer hinausgegangen: *Einerseits* begann er, die Thesen Hegels mit denen Saint-Simons zu amalgamieren. Das gipfelte wiederum in der Feststellung, daß gegen den Zustand der Unfreiheit, der sich im Gegensatz von Herr und Knecht, Patrizier und Plebejer zeige, *nur* das Mittel der Vergesellschaftung helfe. *Andererseits* ist dies die Bedeutung der politischen Opposition, die Gans für das Verfassungsleben der Völker sah: »Hat der Staat es nicht mit der Opposition zu tun, so verfällt er in

<sup>1</sup> Vgl. Kritische Justiz (Hrsg.), *Streitbare Juristen. Eine andere Tradition*, Baden-Baden 1988, S. 11.

Faulheit«.<sup>2</sup> Von diesen Gansschen Einsichten aus läßt sich die Brücke zu zwei weiteren Juristen jüdischer Herkunft aus jener Zeit schlagen, die als *Juristen* im vorgelegten Opus gar nicht oder nur marginal Erwähnung finden. Der eine, Karl Marx (1818–1885), er schloß sich Hegel erst durch die Brille der Gansschen Interpretation und stellte die rechtliche und politische Gleichstellung der Juden ebenso in den Kontext der menschlichen Emanzipation.<sup>3</sup> Der andere ist der promovierte Jurist Heinrich Heine (1797–1856), wie Gans ein erbitterter Gegner der Historischen Rechtsschule, der sich immer wieder zu bemerkenswerten juristischen Einwürfen hinreißen ließ.<sup>4</sup>

Die berufliche Laufbahn von Gans, der nach Sigmund Zimmern (1796–1830) einer der ersten Rechtsprofessoren jüdischer Herkunft in Deutschland wurde, ist symptomatisch für die widersprüchliche, von Rückschlägen begleitete Emanzipation der Juden als Bestandteil der leidvollen Rechts- und Verfassungsgeschichte in diesem Land. Nachdem Gans die Promotion in Berlin verweigert wurde, beantragte er – mittlerweile im liberaleren Heidelberg glanzvoll promoviert (1819) – die Zulassung zur akademischen Laufbahn beim preußischen Kultusminister Altenstein. Die Rechtslage schien mit dem Emanzipationsedikt von 1812, Resultat des mit der Niederlage Napoleons verknüpften Sieges der Reformpartei in Preußen, günstig, da diese Rechtsvorschrift den Juden ausdrücklich die »akademischen Lehr-Ämter« öffnete. Jedoch wurde das Gesuch 1822 auf der Basis einer königlichen Kabinettsordre (»Lex Gans«), die den Gesetzestext näher »interpretierte«, abgelehnt. Welchen Anteil an der Ablehnung des Gansschen Ersuchens sein Gegen Spieler Savigny mit seinen antisemitischen Ausfällen hatte, kann heute im Original nachgelesen werden.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> N. Waszek, Eduard Gans (1797–1839): Hegelianer – Jude – Europäer. Texte und Dokumente, Frankfurt a. M./Bern/New York/Paris 1991, S. 34, 155; vgl. auch ebenda, S. 25, 29, 146; H. Klenner, Deutsche Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert, Berlin 1991, S. 153 f., S. 158.

<sup>3</sup> Vgl. N. Waszek (Fn. 2), S. 40; vgl. auch Marx/Engels. Gesamtausgabe (MEGA), Bd. I/2, Berlin 1982, S. 141–165, S. 155, 168.

<sup>4</sup> Vgl. beispielsweise zum Strafrecht H. Heine, Samtliche Werke, herausg. von E. Elster, Bd. 6 Leipzig 1889, S. 426–432; vgl. auch H. Klenner, Zur Stellung Heinrich Heines in der Geschichte der Staats- und Rechtstheorie, in: Staat und Recht, 6/1956, S. 696 ff.

<sup>5</sup> Vgl. H. Klenner/G. Oberkofler, Zwei Savigny-Voten über Eduard Gans nebst Chronologie und Bibliographie, in: Topos 1/1993, S. 123–148.

Damit war das preußische Universitätswesen (und das Schulwesen) auf der Ebene der Dozenten für die Juden wieder fest verschlossen (S. 19), was ganz der restaurativen Entwicklung und Grundstimmung seit 1815 entsprach (S. 9). Bis in die vierziger Jahre des 19. Jahrhunderts ist zu beobachten, daß den Juden in Deutschland eher Rechte entzogen als zusätzlich gewährt wurden (S. 13). Auch die Revolution von 1848/49 brachte nicht den anhaltenden Durchbruch. Doch erhöhte sich zwischen 1848 und 1870 sukzessive die Zahl der jüdischen Jurastudenten (S. 134 f.). Aber erst 1869 wurde gesetzlich der Weg in die Richterlaufbahn für Juden eröffnet. Trotzdem unterlagen sie weiterhin Zurücksetzungen (S. 142 f.). Von daher nimmt es nicht Wunder, daß vor allem mit der Freigabe der Advokatur (1878) jüdische Juristen sich verstärkt als Rechtsanwälte niederließen<sup>6</sup> (S. 135 f.). So spiegelt sich in der Geschichte der Judenemanzipation in Deutschland, wie sie in den ersten beiden übergreifenden Darstellungen nachgezeichnet wird, etwas wider von jenem unrevolutionären – anders als in Frankreich nach 1789! – historischen Aufstieg der Bourgeoisie zu (offener) ökonomischer und (verdeckter) politischer Macht unter dem Schutzmantel monarchischer Institutionen.

Noch weit in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bestand für Juden die einzige Chance für eine juristische Universitätskarriere in der Taufe (S. 134), die Gans beispielsweise im gleichen Jahr wie sein Jugendfreund Heine (1825) in Paris vollzog. Der Auffassung, daß sich Gans vom Christentum angezogen fühlte (S. 48 f.), kann schwerlich gefolgt werden. Anpassung oder subversives Verhalten? Das wäre wohl eher die Frage, die nicht erst heute Aktualität besitzt. Die Gansschen Schriften und Vorlesungen sprechen da eine deutliche Sprache. Und Gans blieb auch dem Anliegen der Juden treu! Nicht nur darin unterschied er sich von seinem Nachfolger auf dem Berliner Lehrstuhl. Denn Stahl war ein prinzipieller Gegner jeglicher Emanzipations- (aber auch Restaurationstheorie!), der das streng monarchisch-legitimistisch zentrierte Bild eines Rechtsstaates auf christlicher Grundlage entwarf und als Politiker um dessen Durchsetzung in der preußischen Restaurationsepoke kämpfte (S. 59).

<sup>6</sup> Vgl. auch die Lebenserinnerungen des Rechtsanwalts Paul Muhsam (Ich bin ein Mensch gewesen, Berlin 1989).

Aber auch für das Kaiserreich und insbesondere die Weimarer Zeit lassen sich solche, in Richtungskämpfe verwickelte Antipoden benennen. Herausgehoben werden soll hier nur auf der einen Seite Erich Kaufmann (1880–1972), der seine Dissertation zu Stahl schrieb und noch im letzten Weltkriegsjahr (1918) mit fragwürdigen Argumenten eine Lanze für den nichtparlamentarischen Konstitutionalismus brach (S. 697). In der in den 20er Jahren geführten Diskussion um den Gleichheitssatz (Art. 109 Weimarer Verfassung) im Zusammenhang mit legislativen Enteignungsakten (1) stellt Kaufmann die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz als eine völlig selbstverständliche Forderung heraus (S. 700). Dahinter verbirgt sich jedoch – was in dem Aufsatz zu Kaufmann nicht problematisiert wird –, daß die »Gleichheit vor dem Gesetz«, die der Rechtspositivismus als Anwendungsgleichheit für alle rechtsanwendenden Instanzen und zentrales Moment formaler Rechtsstaatlichkeit sah, nun zuerst an den Gesetzgeber und nicht an Exekutive und Verwaltung adressiert wurde. Die Konsequenz solchen Denkens ist eine in Ausübung eines vindizierten richterlichen Prüfungsrechts geführte Justizkontrolle darüber, ob sich der inzwischen *demokratische* Gesetzgeber in den Bahnen des Gleichheitsgebots bewegt. Danach beansprucht die Justiz, die mit der Wahrung »höherer«, vom sozialen Verteilungskampf abgehobenen Rechts betraut ist, eine höherrangige Legalität gegenüber dem Gesetzgeber. Denn zugleich unterlegt Kaufmann dem Gleichheitssatz einen neuen Inhalt, wodurch die Relativierung positiver Gesetze durch höheres Recht möglich wird. Damit entwirft Kaufmann, der Forderungen nach Herstellung materieller Voraussetzungen der Chancengleichheit ablehnt, eine theoretische Argumentation für die Beschränkung des gesetzgeberischen Einflusses bezüglich von Enteignungsakten und ähnlichen Interventionen.<sup>7</sup>

Der bald herrschenden konservativen Staatsrechtslehre und ihren verschiedenen Strömungen, die durchaus einen intellektuellen Anteil an der Auflösung der Weimarer Republik besitzen, stand eine Reihe sozial-liberaler und sozialistischer Staatsrechtler gegenüber,

<sup>7</sup> Vgl. ausführlicher I. Maus, Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des burgerlichen Rechtsstaates, in: M. Tohidipur (Hrsg.), Der burgerliche Rechtsstaat, Frankfurt a. M. 1978, Bd. 1, S. 40 ff.

von denen einige herausragende Köpfe jüdischer Herkunft sind. Leben und Werk von Hermann Heller (1891–1933) und Hans Kelsen (1881–1973) werden dabei in ausführlichen Artikeln in diesem Buch beschrieben. Andere, wie der Autor des »Doppelstaates« Ernst Fraenkel (1898–1975) oder Franz L. Neumann (1900–1954), finden keine Erwähnung. Gerade Heller zählte, anders als die meisten Verfassungsrechtler, die der Republik distanziert oder gar feindlich gegenüberstanden, zu den wenigen verfassungstreuen und republikanisch gesinnten Staatsrechtlern von Weimar (S. 767). Aus der Kritik des »ökonomischen Liberalismus« heraus ging sein Verständnis von der »Gleichheit vor dem Gesetz« über die formale Rechtsgleichheit (ohne diese damit auszuhebeln!) hinaus und zielte auf eine gerechte Teilhabe derer, die den ungleich verteilten Reichtum gemeinsam erarbeiten und auf eine »Berücksichtigung der Lebenszwecke Aller« (S. 774). Heller suchte nach Möglichkeiten, den liberalen in einen sozialen Rechtsstaat, dessen Begriff er prägte, weiterzuentwickeln und dabei die Instrumente des Parlamentarismus und des Rechtsstaates zu nutzen. Insbesondere im Beitrag über Heller, an dessen Intentionen auch *ursprünglich* das Grundgesetz mit der Formel vom »demokratischen und sozialen Rechtsstaat« (Art. 28) anschloß<sup>8</sup>, wird die Aktualität früherer theoretischer Überlegungen herausgearbeitet (S. 775 ff.).

Aber möglicherweise gewinnt der Band auch aus dem aufgezeigten Kontrast heraus seinen besonderen Reiz und einen Zugewinn an Qualität? Zeichnet das Buch doch ein facettenreiches Bild der widersprüchlichen deutschen Rechts- und Justizgeschichte über anderthalb Jahrhunderte, an denen Juristen jüdischer Herkunft<sup>9</sup> in verschiedenster Art und Weise mitwirkten. Landau unterstreicht in seinem Querschnittsbeitrag, daß die Mehrzahl der jüdischen Juristen durch ein mit weltbürgerlichen Ideen verbundenes lebhafte deutsches Nationalgefühl, eine Synthese von Weltbürgertum und Vaterlandsstolz geformt waren (S. 212). Diejenigen von ihnen,

<sup>8</sup> Dazu immer noch lesenswert W. Abendroth, Der demokratische und soziale Rechtsstaat als politischer Auftrag, in: M. Tohidipur (Hrsg.) (Fn. 7), S. 265 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Sittlichkeit und Strafrecht – Gegen-Entwurf zu den Strafbestimmungen des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches über geschlechtliche und mit dem Geschlechtsleben in Zusammenhang stehende Handlungen, hrsg. vom Kartell für Reform des Sexualstrafrechts, Berlin 1927. An diesem Entwurf war Hitler u. a. maßgeblich beteiligt.

die sich politisch engagierten, taten dies vorrangig in der SPD. Sie waren aber auch unter den »streitbaren Juristen« eins – wenn auch nicht besonders große Minderheit (S. XII). Und natürlich bedeutet eine Auswahl auch Verzicht, der durch die profunden Übersichtsdarstellungen kompensiert werden sollte. Trotzdem sollen hier neben den bereits erfolgten Ergänzungen wenigstens noch drei Namen angeführt werden: einmal der unbedeutende Querdenker und Liszt-Schüler Kurt Hiller (1885–1972), der sich wie Johannes Werthauer (S. 190f.) mit substantiellen Beiträgen in der Strafrechtsreformdebatte von linksaußen zu Wort meldete. Zum anderen wäre der Kenner des Sowjetrechts und Rechtsanwalt Heinrich Freund (1885–1948)<sup>10</sup> zu nennen. Schließlich ist auf den 1937 in der Sowjetunion ermordeten Felix Hallé (1884–1937)<sup>11</sup>, den Syndikus der KPD-Reichstagsfraktion und scharfen Justizkritiker, hinzuweisen. Berücksichtigt man dessen Arbeiten und die von Emil Julius Gumbel (1891–1966), so kann natürlich die verdienstvolle Schrift von Moritz Liepmann (1867–1928) zu den »Kommunisten-Prozessen« (1928) nicht als erste Analyse des politischen Strafrechts aus der Feder eines deutschen Autors charakterisiert werden (S. 189).

Gerade die politisch gegen die faschistische Gefahr agierenden Juristen jüdischer Herkunft waren die ersten, die nach dem 28. 2. 1933 von den Nazis verhaftet wurden und/oder auf der Grundlage des Berufsbeamten gesetzes oder des Rechtsanwalts gesetzes ihren Beruf verloren, in die Emigration gezwungen wurden bzw. die ersten Ausbürgerungslisten »zierten«. Später machte die Ausgrenzung, Diskriminierung oder Vernichtung kaum mehr vor einem jüdischen Juristen halt. Ein Prozeß, der auf bestimmten Feldern einherging mit dem Umbau der Rechtsordnung und des Rechtssystems. Benz beschreibt diese Entwicklung, an der sich viele Juristen aktiv beteiligten, von der Reichstagsbrandverordnung, über das Ermächtigungsgesetz, die Aufhebung des Rückwirkungsverbots, die Nürnberger Gesetze bis hin zu den auf jeden rechtsstaatli-

chen Schein verzichtenden Deportationen und Massenmorden. Der Protest ihrer Kollegen gegen diese barbarischen Praktiken hielt sich von Beginn an in Grenzen und verstummte bald völlig (S. 828 f.). Die willige Hinnahme dieser Politik durch die überwiegende Mehrheit der Standesgenossen findet Benz zu recht noch *erschreckender* als jene Maßnahmen selbst. Ein weiterer Grund, an gehenden und etablierten Juristen dieses Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte und Rechtskultur der letzten zwei Jahrhunderte anzuempfehlen.

Volkmar Schöneburg

*Die Quotenfrage – Dogmatik und Dogmatismus der Befürworter- und KritikerInnen. Be sprechung von:*

*Sibylle Raasch, Frauenquote und Männerrechte, Baden-Baden 1991;*

*Ute Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Unter suchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundge setzes, Baden-Baden 1991;*

*Bernd Gräfrath, Wie gerecht ist die Frauenquote? Eine praktisch-philosophische Unter suchung, Würzburg 1992;*

*Beate Rössler (Hrsg.), Quotierung und Ge rechtigkeit. Eine moralphilosophische Kon troverse, Frankfurt/M.–New York 1993.*

#### *I. Ein Plädoyer für mehr Philosophie in der Verfassungswissenschaft.*

Die Einführung von Frauenquoten stellt die Grundrechtsdogmatik vor völlig neue Aufgaben. Erstmals geht es im Verfassungsrecht nicht um die Gleichberechtigung von Individuen, sondern um die Gleichstellung gesellschaftlicher Gruppen. Ob die mehr oder weniger weitgehende Herstellung von Gruppenparität selbst das Ziel oder nur ein Mittel ist, das letztlich wiederum der Verwirklichung individueller Chancengleichheit dient, gehört dabei ebenso zu den bisher ungeklärten Problemen wie die in der rechtswissen schaftlichen und öffentlichen Diskussion be sonders brisante Frage, ob Frauenquoten entgegenstehende Gleichheits- oder sonstige Rechte der Männer verletzen.

Die Verfassungsrechtswissenschaft hat sich der Quotenproblematik zumindest in quantitativer Hinsicht mit Hingabe gewidmet, wie

<sup>10</sup> Vgl. R. Kosewahr/G. Quilitzsch, Verschollen in der Geschichte – Vom Schicksal des Heinrich Freund und seiner Werke, in: Recht in Ost und West, 5/1989, S. 266 ff.

<sup>11</sup> Vgl. V. Schöneburg, Menschenrechte, Strafrecht und Ar beiterbewegung, in: Philosophie des Rechts und das Recht der Philosophie, Frankfurt a. M./Berlin/Bern 1992, S. 81 ff.

die Vielzahl der Veröffentlichungen beweist. Von einer Klärung der einschlägigen Probleme kann indes noch keine Rede sein. Dies betrifft nicht nur – natürlich – die Frage, ob und ggf. welche Quoten zulässig sind; in noch weit stärkerem Maße gilt es für die Frage, wie die Quotenproblematik grundrechtsdogmatisch angemessen verarbeitet werden kann. Zwei rechtswissenschaftliche Neuerscheinungen belegen, daß man insoweit die Anstrengung des Begriffs nicht scheuen darf (II.).

Für eine begriffliche Analyse dieser Art bietet sich ein vergleichender Blick auf die praktische Philosophie an. Nachdem die deutsche Rechts- und Moralphilosophie zur Quotenfrage bisher noch nichts beisteuern konnte, ist es sehr erfreulich, daß nun zwei Bände erschienen sind, die einen guten Überblick über die umfangreiche anglo-amerikanische Diskussion geben und diese in die Bundesrepublik transportieren (III.).

## *II. Die verfassungsrechtliche Diskussion der Quotenfrage*

### *1. Sibylle Raasch, Frauengquoten und Männerrechte*

*Sibylle Raaschs* Schrift, entstanden aus einer von Bieback betreuten Hamburger Dissertation, benennt gleich im Vorwort ihr Anliegen: »die gesellschaftspolitische und rechtsförmige Auseinandersetzung über Frauengquoten ein Stück weit im Sinne der Frauen (zu) beeinflussen« (5). Diese Ergebnisorientierung ist dem Buch nicht gut bekommen; seinem Anspruch, »eine Anwendung der gebräuchlichen rechtswissenschaftlichen Argumentationsmethoden auf Fragen des Art. 3 Abs. 2 GG« vorzunehmen (19), wird es nicht gerecht.

#### *a) Die Benachteiligung von Frauen im Erwerbsbereich*

*Raasch* interessiert sich für die Funktion von Quoten im »Erwerbsbereich«. In einem breit angelegten ersten Teil (21–118) versucht sie den Einwand, daß Quoten für die »Gleichstellung der Frau im Erwerbsleben« weder geeignet noch erforderlich seien, durch empirische Hinweise zu entkräften: Frauen seien gegenüber Männern in vielerlei Hinsicht benachteiligt (längere und häufigere Arbeitslosigkeit, niedrigere Löhne, niedrigere Erwerbsquote, Beschränkung auf bestimmte Berufe, Aufstiegsbarrieren), und diese Benachteiligungen seien durch die traditionelle Frauenpolitik, die auf der Durchsetzung des

Diskriminierungsverbotes und der individuellen Förderung beruhe, nicht beseitigt worden. In absehbarer Zeit erreiche nur ein umfassender Quotierungsansatz, für den *Raasch* begriffliche Klassifizierungen und ein Bündel flankierender Maßnahmen vorschlägt (107–118), diesen »Sprung vom eingeklagten Einzelfall zum gesellschaftlichen Strukturwandel« (76).

Man liest diese Zusammenfassung sozialwissenschaftlicher Forschungsergebnisse – obwohl keineswegs neu – mit einem beachtlichen Informationsgewinn. In einem weiteren Schritt fragt man sich allerdings, was *Raasch* damit wirklich gewonnen hat. Denn daß Frauen in vielen Bereichen unterrepräsentiert sind, ist unbestreitbar; die Frage ist nur, warum das so ist. Eine direkte rechtliche Diskriminierung kann dafür – das sieht wohl auch *Raasch* so – nicht mehr verantwortlich gemacht werden. Das entscheidende Stichwort lautet daher »strukturelle Diskriminierung« als Zusammenfassung derjenigen Faktoren, »die in ihrem Zusammentreffen aufgrund spezifischer gesellschaftlicher Grundstrukturen Frauen benachteiligen, ohne daß persönlich Verantwortliche dafür herangezogen werden könnten« (24). Aus diesem Faktorenbündel – zu dem u.a. gehören: geschlechtsspezifische Sprachverzerrungen, Sozialisationen, Arbeitsplatzgestaltungen und Qualifikationsbeschreibungen; die überkommenen Ideale typischer Weiblichkeit uvm. – kristallisiert sich schnell ein archimedischer Punkt heraus: »Der entscheidende Ausgangspunkt aller Frauenbenachteiligung ist die bisherige Verteilung der unbezahlten (...) privaten Reproduktionsarbeit (also Gebären, Kindererziehung, Hausarbeit und Zuständigkeit für das emotionale Wohl aller Familienmitglieder) zwischen den Geschlechtern« (47).

Man wird dieser Aussage, wenn man sich an ihrem sprachlichen Duktus nicht stößt, zustimmen müssen. Sie wirft allerdings Fragen auf, die von *Raasch* nicht diskutiert werden. Zunächst: Die Entscheidung für oder gegen Beruf oder Familie ist eine höchst private Frage der Lebensplanung jeder individuellen Frau; und insoweit liegt es vorrangig an den Frauen selbst, die gegenwärtige Situation zu verändern, indem sie »die Arbeitsteilung individuell mit ihrem Lebenspartner neu aushandeln« (27). *Raasch* scheint zu vermuten, daß Frauen dazu aufgrund des traditionellen Rollenverständnisses nicht in der Lage sind

(27), also hinterrücks durch ihr eigenes Selbstverständnis gehemmt werden (vgl. auch 109, 112). Nun wird man aber fragen dürfen, ob sich zum einen die Familienorientierung von Frauen derartig pauschal unter Ideologieverdacht stellen lässt oder ob die ausgeprägte Erwerbsorientierung, die Raaschs gesamten Ansatz durchzieht, nicht selbst ein etwas einseitiger, an »männlichen« Standards orientierter Entwurf persönlicher Selbstverwirklichung ist, den viele Frauen aus guten Gründen nicht (mehr) teilen.

*Ferner:* Auch wenn man Raasch darin zustimmt, daß Frauen Beruf und Familie vereinbaren wollen und insoweit vor beträchtlichen Schwierigkeiten stehen – die weniger durch ihre eigenen Bewußtseinsdefizite und mehr durch die tatsächliche Organisation von Arbeit und Familie in unserer Gesellschaft verursacht sein dürften –, fragt man sich, ob das Hauptaugenmerk nicht auf staatliche Maßnahmen gerichtet werden müßte, die den Frauen die Möglichkeit eröffnen, diese Lebensbereiche zu vereinbaren oder sich ohne Nachteile für einen Bereich zu entscheiden; dies gilt insbesondere für die mit der Erwerbslosigkeit verbundenen sozialversicherungsrechtlichen Nachteile. Insofern könnte jeder Kindergartenplatz und jede rentenversicherungsrechtliche Aufwertung der Hausfrauenarbeit die Situation der Frauen stärker verbessern als eine Frauenquote. Raaschs Quotenmodell drängt die Frauen in die Erwerbsarbeit, weil sie nur so die mit ihr verbundenen Vorteile wahrnehmen können; dies stärkt nicht die Entscheidungsfreiheit der Frauen – und natürlich auch der Männer –, sondern lenkt ihre Entscheidung lediglich in eine andere Richtung.

Raasch selbst gesteht schließlich ein, daß Quoten direkt an den diskriminierenden Strukturen nichts ändern (47) und »das Hauptproblem (...), die Unvereinbarkeit von Beruf und Familie«, nicht einmal berühren (309); sie schreibt ihnen jedoch eine gewisse Ermutigungsfunktion und eine Funktion als Katalysator sozialer Lernprozesse zu. Insgesamt bleiben die Auskünfte an dieser Stelle jedoch vage (vgl. z. B. 106); und man kann sich nicht ganz des Eindrucks erwehren, daß es der Autorin letztlich weniger auf diese mittelbaren Wirkungen ankommt, sie sich vielmehr mit der unmittelbaren Wirkung, der statistischen Erhöhung der Frauenanteile auf allen Ebenen des Erwerbsbereichs, zufrieden gibt.

#### *b) Art. 3 Abs. 2 GG als Gleichstellungsgebot*

Im zweiten Teil ihrer Arbeit (119–192) bietet Raasch eine Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG an. Die Ergebnisse sind schnell zusammengefaßt: Die in Art. 3 Abs. 2 GG geforderte Gleichberechtigung bedeutet nicht nur, daß die Gleichwertigkeit von Männer- und Frauenpositionen gewahrt bleibe, sondern verlange die Einräumung gleicher Rechte; dogmatisch wird diese Forderung – im Anschluß an Dürig und viele andere<sup>1</sup> – umgesetzt, indem eine rechtliche Gleichbehandlung der Geschlechter bis zur Willkürgrenze gefordert wird (121–129). Dabei wird innerhalb des Art. 3 GG eine strenge Trennung von Abs. 1 einerseits, Abs. 2 und 3 andererseits vorgenommen. Da die Rechtsgleichheit sowohl im Parlamentarischen Rat als auch in der Frauenbewegung nur als Mittel zu einer umfassenden Gleichstellung der Geschlechter und nicht selbst als Endziel der Bemühungen verstanden worden sei, sei Art. 3 Abs. 2 GG auch das Gebot der Herstellung realer Gleichheit der Geschlechter zu entnehmen, das notfalls durch rechtliche Ungleichbehandlung zu erreichen sei (129–142). Art. 3 Abs. 2 GG enthalte insoweit einen kollektiven Veränderungsanspruch der Frauen als Gruppe, während Art. 3 Abs. 3 GG als individualrechtliches Diskriminierungsverbot zu verstehen sei (142–151). Ziel dieser Veränderung sei die Gleichstellung im Sinne der Machtbalance zwischen den Geschlechtern.

Art. 3 Abs. 2 GG enthalte schließlich einen bindenden – wenn auch nicht individuell einklagbaren (190 f.) – Verfassungsauftrag, im Sinne der Gleichstellung tätig zu werden, auf den sich nur Frauen berufen können (187–190) und der sich unmittelbar (»originär«) aus dieser Norm entnehmen lasse (161–172); dieser »originäre« Charakter des Verfassungsauftrags hat für Raasch den Vorteil, daß auf das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für die Einführung von Quoten weitestgehend verzichtet werden könne (180–187). Da andere Maßnahmen bisher nicht gegriffen hätten, sei die Einführung von Quoten zwingend geboten; ein Ermessensspielraum bei der Verwirklichung dieses Verfassungsauftrags bestehe insofern nicht mehr: Der Staat müsse »den schnellsten und effektivsten Weg wählen, die Gleichstellung

<sup>1</sup> Vgl. nur G. Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 3 Abs. III Rz. 3.

der Geschlechter im Erwerbsleben zu realisieren«; er müsse »alles zugleich: Die Diskriminierungsverbote verschärfen, kompensatorisch mit sonstigen Maßnahmen tätig werden und Frauenquoten einführen« (179).

*c) Kollidierende Gleichheitsrechte?*

Den »eigentlich neuen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Diskussion um Quoten« (17) verspricht die Autorin für den dritten Teil ihrer Schrift (193–307), in dem es um die Gretchenfrage geht, »ob die Umverteilungseffekte von Quotierung im Erwerbsbereich über einen unzulässigen Eingriff in Rechtspositionen konkurrierender Männer erzielt werden« (193). *Raasch* diskutiert zunächst, ob sich Frauenquoten in Analogie zu bereits vorhandenen kompensatorischen Regelungen – z. B. für Schwerbehinderte – verstehen lassen (193–200; 210–215); sie kommt dabei zu dem gewiß zutreffenden Ergebnis, daß Quoten kein kompensatorisches Recht in diesem Sinne darstellen, weil sie nicht auf individuelle Benachteiligungen abstellen. Trotzdem soll die Existenz kompensatorischer Regelungen die Bedenken gegen Quoten wohl irgendwie abschwächen (vgl. 199 f., 213, 294); dies läßt den Leser etwas ratlos zurück.

Nach einem – für die weiteren Ausführungen wenig ergiebigen – Ausflug in das amerikanische Verfassungsrecht (216–228) steuert *Raasch* auf die Diskussion der Position zu, die im Moment wohl überwiegend vertreten wird: Art. 3 Abs. 2 GG gebiete die reale, Art. 3 Abs. 3 GG dagegen die rechtliche Gleichheit der Geschlechter; und da beides zusammen nicht geht, müsse zwischen diesen Normen abgewogen werden (228–242). Dies ist nun alles reichlich ungereimt; vor allem dann, wenn man dies – wie auch *Raasch* (216 und *passim*) – als unvermittelten Rückgriff auf die Figuren der freiheitsrechtlichen Eingriffsdogmatik (Schutzbereich, Kollision von Grundrechten, Schrankenvorbehalt, Verhältnismäßigkeitsprinzip usw.) versteht: Denn die Gleichheitsrechte sollen nach herkömmlicher Auffassung diesem dogmatischen Modell gerade nicht folgen.<sup>2</sup> Zu diesem klärungsbedürftigen Grundproblem der Gleichheitsdogmatik findet sich bei *Raasch*

<sup>2</sup> Vgl. vor allem G. Lubbe-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffabwehrrechte*, 1988, S. 13 ff., 258 ff.; ferner H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz*, 2. Aufl. 1992, vor Art. 1, Rz. 14: »Bei Gleichheitsgrundrechten entfällt (...) die Unterscheidung von Schutzbereich und Beeinträchtigung.«

<sup>3</sup> Vgl. dazu jetzt S. Huster, *Rechte und Ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*, 1993.

kein Wort<sup>3</sup> sie entzieht sich weiterer Überlegung mit dem wiederum rein ergebnisorientierten Argument, »Verhältnismäßigkeitskalküle in der Gleichberechtigungsdebatte« brächten eine »gefährliche Relativierungsmöglichkeit« – gemeint ist: für die Durchsetzung der Gleichstellung – mit sich (239).

Einen Höhepunkt in jeglicher Hinsicht bildet die nun folgende Entwicklung von *Raasch*s eigener Position (242–248). Auf gerade sechs Seiten soll die These begründet werden, daß Quotenregelungen weder an Art. 3 Abs. 1 GG noch an Art. 3 Abs. 3 GG zu überprüfen seien: »Kompensatorisches Recht in Erfüllung des Art. 3 Abs. 2 GG berührt den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 GG nicht und ist auch kein Fall des allgemeinen Gleichheitssatzes« (245). Das überraschende Ergebnis lautet also: In verfassungsrechtlicher Hinsicht sind Quoten für die Männer überhaupt kein Gleichheitsproblem!

Das Argument für diese Behauptung besteht in einer ausgesprochen fragwürdigen grundrechtsdogmatischen Konstruktion. Es beginnt mit der – wiederum unreflektiert aus der Eingriffsdogmatik übernommenen – These, vor der Annahme einer Grundrechtskollision sei präzise der Schutzbereich der jeweiligen Grundrechte zu bestimmen (242). Der »Schutzbereich« des Art. 3 Abs. 3 GG verbiete nur diskriminierende, nicht aber differenzierende Ungleichbehandlungen von Mann und Frau. Und da der Begriff der Diskriminierung eine »negativ zu wertende Tendenz« enthalte, ein »Sich-Hinwegsetzen über die persönliche Wertigkeit der Einzelperson«, die Quotenregelungen gerade fehle, sei Art. 3 Abs. 3 GG insoweit gar nicht einschlägig. Für den allgemeinen Gleichheitssatz gelte das gleiche; er trete von vornherein hinter die spezielleren Absätze des Art. 3 GG zurück.

Die Autorin sieht nicht, daß sie mit dieser Interpretation des Art. 3 Abs. 3 GG ihrerseits »gefährliche Relativierungsmöglichkeiten« heraufbeschwört. Die bisherige Interpretation dieser Norm als eines nahezu absoluten Anknüpfungsverbotes hatte ja gerade die Funktion, allen »separate but equal«-Ansätzen und Diskussionen darüber, welche rechtliche Ungleichbehandlung von Frau und Mann – und allen anderen in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Gruppen! – nur differenzierend und welche diskriminierend ist, den Bo-

den zu entziehen.<sup>4</sup> Läßt man die Frage, ob eine Ungleichbehandlung im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 GG mit »negativer Tendenz« erfolgt, wieder in das Verfassungsrecht hinein, bedarf es keiner prophetischen Gaben, um voraussagen zu können, daß diese Norm ihre fruchtbare emanzipatorische Stringenz in Kürze verlieren wird. Um dogmatische Aufklärung – z. B.: was bedeutet eigentlich das »wegen« in dieser Norm?<sup>5</sup> – weitgehend unbekümmert scheint *Raasch* das strikte Gebot der Gleichbehandlung von Menschen anderer Rasse, anderer Herkunft, anderen Glaubens und anderer politischer Anschaufungen verabschieden zu wollen, um die Frauenquote zu retten.

Es mag ja noch angehen, daß man Art. 3 Abs. 2 und 3 GG aufgrund seiner historisch verbürgten Ausrichtung allein zugunsten der Frauen interpretiert. Aber daß die allerorten geführte Gleichheitsdiskussion um Quoten mit dem rein formalen Argument, der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG trete nun einmal hinter seine folgenden spezielleren Absätze zurück – »vgl. BVerfGE ...!« (245) –, vollständig aus dem Verfassungsrecht hinauskomplimentiert wird, ist schon ein starkes Stück.

Das ganze Dilemma dieses Buches zeigt sich nochmals komprimiert in einem seiner letzten Abschnitte, in dem *Raasch* die Frage diskutiert, wie sich das Ziel der Geschlechtergleichstellung zu den Gleichstellungsinteressen anderer sozialer Gruppen verhält (300–304). Einerseits will *Raasch* dabei »allgemeine Gerechtigkeitserwägungen« vermeiden, da diese »leicht Gefahr (laufen), als unbewußtes Einfallstor höchst subjektiver Wertungen und Vorurteile in dieser schwierigen Frage zu fungieren« (302). Nach ihrer Ansicht ergibt sich die verfassungsrechtliche Präponderanz der Geschlechtergleichstellung allein daraus, daß Art. 3 Abs. 2 GG einen »ausdrücklichen« (»originären«) dahingehenden Auftrag enthalte; dadurch seien »Frauen aus allen sonstigen benachteiligten Gruppen, wie sie in Art. 3 Abs. 3 GG noch genannt sind, verfassungsrechtlich herausgehoben« (302 f.). Ganz abgesehen davon, daß man an der These, Art. 3 Abs. 2 GG enthalte einen

»ausdrücklichen« Auftrag zur Herstellung von tatsächlicher Gleichheit, seine Zweifel haben kann und zudem das ständige Gegeneinander-ausspielen der beiden letzten Absätze des Art. 3 GG auf die Dauer reichlich unbefriedigend ist: Nur eine Seite nach ihrem methodologischen Plädoyer für einen Verzicht auf »allgemeine Gerechtigkeitserwägungen« und nur eine Zeile nach ihrer verfassungsrechtlichen Argumentation beginnt *Raasch* einen Absatz mit den schönen Worten: »Diese verfassungsrechtliche Sonderstellung der Frau ist auch gerechtfertigt« (303); und es folgt eine Aufzählung der Benachteiligungen, unter denen Frauen zu leiden haben (303 f.). Ein letztes Mal reibt sich der Leser verwundert die Augen: Soll das heißen, die Interpretation der Normen des Verfassungsrechts sei eine, die »Rechtfertigung« des Ergebnisses eine andere Sache? Sollen die Benachteiligungen von Frauen und die entsprechenden »allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen« nicht bereits bei der Auslegung des Art. 3 GG berücksichtigt werden?

*Raaschs* Buch bringt die verfassungsrechtliche Aufarbeitung der Quotenfrage nicht voran. Dazu ist es zu sehr am Ergebnis orientiert und bedient sich der Instrumente der Grundrechtsdogmatik mit einer gewissen Beliebigkeit; die Argumentation wirkt häufig unabgesichert und ignoriert offensichtliche Folgeprobleme. Auch bleiben grundätzliche Fragen von vornherein ausgespart oder gehen in der Fülle des sozialwissenschaftlichen Materials unter. Nie gelingt es der Autorin, die empirische Bestandsaufnahme in einen angemessenen begrifflichen Zusammenhang mit den normativen Vorgaben des Verfassungsrechts zu bringen; philosophische Literatur, die bei der Strukturierung der normativen Fragen hätte helfen können, wird ausweislich des Literaturverzeichnisses ausnahmslos ignoriert. Dies alles hat nichts mit der Frage, was man von Quoten hält, dagegen sehr viel mit der Qualität eines wissenschaftlichen Textes zu tun.

## 2. Ute Sacksofsky, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*

Von einem anderen Format ist insoweit die Arbeit von *Ute Sacksofsky*. Diese Schrift – ebenfalls entstanden aus einer Dissertation, die von *Böckenförde* in Freiburg betreut wurde – erkennt die Herausforderungen, vor die die Grundrechtsdogmatik durch Quotenregelungen – aber auch z. B. durch die Figur

<sup>4</sup> Zu diesem Zusammenhang vgl. *Huster* (Fn 3), S. 313 ff., *ders.*, Frauenforderung zwischen individueller Gerechtigkeit und Gruppenparität, *AoR* 118 (1993), S. 109 (110 ff.).

<sup>5</sup> Vgl. dazu umfassend *M. Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, S. 390 ff.

der »mittelbaren Diskriminierung<sup>6</sup> – gestellt ist (19–22); sie reagiert darauf aber nicht mit kurzsinnigen ad hoc-Konstruktionen, sondern mit sorgfältiger dogmatischer Analyse (a). Leider hält sich dieser gute Eindruck nicht bis zum Ende durch (b, c).

*a) Die Defizite der alten Dogmatik angesichts der neuen Fragen*

*Sacksofsky* liefert zunächst eine ebenso subtile wie kritische Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht und der Literatur zu Art. 3 Abs. 2 und 3 GG (23–99, 100–205). Grundton ihrer Überlegungen ist die These, daß das Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als eines – mit Art. 3 Abs. 3 GG übereinstimmenden – Differenzierungsverbotes den heutigen Gleichberechtigungsproblemen nicht angemessen ist und nicht einmal in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung strikt durchgehalten wird. Nicht nur sei die Konstruktion eines strikten Differenzierungsverbotes durch die Formel von den biologischen und funktional-arbeitsteiligen Unterschieden relativiert worden (27–52); zunehmend ließe sich in der Rechtsprechung auch eine Umkehr von dem rein formalen zu einem materiellen Gleichberechtigungsverständnis feststellen (52–95). Für dieses Verständnis müsse ein neues dogmatisches Modell entwickelt werden.

Eine analoge Entwicklung weist *Sacksofsky* anhand einer historischen Rekonstruktion in der Literatur zum Gleichberechtigungssatz auf (101–205). Dabei sieht sie sehr deutlich, daß eine effektive verfassungsrechtliche Überwindung der alten Gleichwertigkeitsvorstellung (102–127) zugunsten formaler Rechtsgleichheit nur dann gelingen kann, wenn man Art. 3 Abs. 3 GG nicht durch materielle Kriterien – wie dies z. B. *Raasch* mit der Unterscheidung von differenzierenden und diskriminierenden Ungleichbehandlungen tut – relativiert, sondern ihn als striktes – vielleicht sogar absolutes (155 f.) – Anknüpfungsverbot versteht (127–157). Kern ihrer These ist aber auch hier wiederum, daß ein formales, auf Männer und Frauen gleichermaßen bezogenes Differenzierungsverbot in dem Moment als dogmatische Grundlage nicht mehr ausreicht – vielmehr sogar durch Abbau frauenspezifischer Schutzbestimmungen

gen zu Lasten der Frauen ausschlägt –, in dem die Unterschiede der sozialen Stellung von Mann und Frau ins Blickfeld rücken. Daß die dazu bisher – auch in der Quotenfrage (167–187) – vornehmlich angebotene Alternativkonstruktion, aus Art. 3 Abs. 2 GG einen objektivrechtlichen Verfassungsauftrag zur Herstellung realer Gleichheit zu entnehmen und mit dem subjektivrechtlichen Diskriminierungsverbot als traditionellem Gehalt dieser Norm in einer Abwägung zu konfrontieren, grundrechtsdogmatisch noch nicht das letzte Wort sein kann (157–205), dürfte ebenfalls zutreffend sein.

*b) Art. 3 Abs. 3 GG als Dominierungsverbot*

Der Neuansatz wird von *Sacksofsky* durch eine umfassende Darstellung der nordamerikanischen Gleichheitsdiskussion vorbereitet (207–303). Wie kaum anders zu erwarten, läßt sich aus der uneinheitlichen und durch zahlreiche Einzelvoten zersplitterten Rechtsprechung des Supreme Court zu Fragen der Rassen- und Geschlechterdiskriminierung kein unmittelbarer dogmatischer Gewinn ziehen (208–264). Etwas kurz und unengagiert fertigt die Autorin Versuche ab, die normative Struktur von Gleichstellungsproblemen dadurch zu erhellen, daß systematisch nach dem Zweck derartiger Maßnahmen – individuelle Kompensation oder Gemeinwohlförderung? – gefragt wird (264–274); dies scheinen ihr alles müßige Diskussionen um den richtigen Begriff der Gleichheit zu sein, die letztlich doch nur durch »politische Entscheidung und Wertung« (273) bestimmt seien und daher kein eindeutiges Ergebnis erbringen könnten. *Sacksofsky* zieht daraus zunächst die Konsequenz, zu untersuchen, ob das Verfassungsrecht durch eine an *Ely* verfahrensorientierte Deutung der verfassungsrechtlichen Gleichheitsforderung von den umstrittenen inhaltlichen Fragen entlastet werden kann (277–284). Im Ergebnis möchte sie wohl ganz klar wird das nicht (vgl. 284) – darauf bestehen, daß ein rein verfahrensorientierter Ansatz nicht ausreicht.

Bedeutsamer für den Ansatz *Sacksofskys* ist eine Position, die das Gleichheitsprinzip aus einer Opferperspektive als gruppenbezogenes Antidominierungsprinzip verstehen will (285–288). Dieses Prinzip – es erinnert stark an die »Machtbalance« bei *Raasch* – geht über ein Verbot der rechtlichen Diskriminierung hinaus; es bezieht mittelbare Diskriminierungen ein und vermag umfassende Maßnahmen zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit zu

<sup>6</sup> Vgl. dazu jetzt auch sehr instruktiv *J. Ebsen*, Zur Koordinierung der Rechtsdogmatik beim Gebot der Gleichberechtigung von Männern und Frauen zwischen Europäischem Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Verfassungsrecht, *RdA* 1993, S. 11 ff.

rechtfertigen oder gar vorzuschreiben. Die im letzten Teil der Arbeit angestellten Überlegungen der Autorin lassen sich als Versuch verstehen, ein derartiges Dominierungsverbot im deutschen Verfassungsrecht zu verankern und seine Konsequenzen anzudeuten (305–380).

Während das traditionelle Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG merkmalsbezogen sei und dem Schutz des Einzelnen diene (310–312), betone das Dominierungsverbot den Gruppenbezug von Differenzierungen und untersage sowohl rechtliche Ungleichbehandlungen als auch faktische Benachteiligungen der in der jeweiligen historischen Situation und Gesellschaft diskriminierten Gruppe (312–315). Allerdings gehe »es auch dem Dominierungsverbot letztlich um den Schutz der Menschenwürde des einzelnen« (314); allein der Begriff der Diskriminierung werde »aus der Perspektive der Gruppe analysiert« (355). Anhand von Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik und Zweck des Art. 3 Abs. 2 GG und in Auseinandersetzung mit anderen Ansätzen versucht die Autorin zu zeigen, daß diese Norm ein derartiges, ausschließlich zugunsten der Frauen wirkendes Dominierungsverbot enthält (316–349). Dieses gewährleiste eine Verbesserung der Lage der Frauen in zweierlei Hinsicht: Frauen dürften durch staatliches Handeln zum einen nicht auf ihre traditionelle Rolle festgelegt werden, zum anderen dürfe an die Wahrnehmung der traditionellen Rolle kein ungerechtfertigter Nachteil geknüpft werden (338, 352 ff.).

Abschließend bemüht sich *Sacksofsky* um eine dogmatische Präzisierung des Dominierungsverbots (349–380). Sie möchte dieses abwehrrechtlich und wohl weitgehend in Analogie zu den Freiheitsrechten und ihrer dogmatischen Struktur verstehen (354–359). Eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 2 GG liege danach vor, wenn eine Rechtsnorm die Frauen als Gruppe nachteilig betrifft (359–366); dies stelle einen Grundrechtseingriff dar und müsse einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen werden (366–371).

Das Verhältnis des Dominierungsverbotes zum Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG sei fallgruppenspezifisch zu konstruieren (372–380): »Klassische« – d. h. unmittelbar an das Geschlecht anknüpfende – Ungleichbehandlungen zu Lasten der Frauen seien sowohl nach Art. 3 Abs. 2 GG als auch

nach Art. 3 Abs. 3 GG unzulässig, während mittelbare Benachteiligungen nur von dem Dominierungsverbot erfaßt würden. Eine Kollision der Schutzzwecke beider Normen sei daher nur bei Frauenförderungsmaßnahmen denkbar, die – wie z. B. Quotenregelungen – an das Geschlecht anknüpfen, um die im Dominierungsverbot verankerten Ziele zu erreichen. Hier gelangt *Sacksofsky* zum gleichen Ergebnis wie *Raasch*: Eine genaue Abgrenzung ergebe, daß Art. 3 Abs. 2 GG in dem Sinne spezieller sei, daß Vorschriften, die den Gehalt dieser Norm zu verwirklichen suchen, nicht den Bindungen des Art. 3 Abs. 3 GG unterfallen. Allerdings gelte dies nur, so weit die jeweiligen Maßnahmen tatsächlich auf den Schutzzweck des Dominierungsverbotes gestützt werden können; sie dürfen insbesondere keine Überprivilegierung der Frauen zur Folge haben und nur Bereiche betreffen, die Frauen bisher tatsächlich oder rechtlich nicht zugänglich waren. Anhand dieses Maßstabs seien Quoten regelmäßig zulässig; ob man sie denn auch wolle, sei eine politische Frage.

### c) Kritik und Fazit

*Sacksofskys* Buch hinterläßt insgesamt einen zwiespältigen Eindruck. Während Darstellung und Kritik der bisherigen Dogmatik zu überzeugen vermögen, gilt dies für den Neuansatz der Autorin nur sehr begrenzt. Insbesondere die Konzeption des Art. 3 Abs. 2 GG als eines gruppenbezogenen Dominierungsverbotes läßt noch viele Fragen offen.

Dies gilt zunächst auch hier für die Frage, wie die »dogmatische Struktur« (354) des »neuen« Art. 3 Abs. 2 GG genau zu konstruieren ist. Soll es sich hier um eine Übertragung der freiheitsrechtlichen Eingriffs- und Schrankendogmatik auf die Gleichheitsrechte handeln? Dies wäre eine Konstruktion, die angesichts der entgegenstehenden ganz h. M. zu ihrer Begründung sehr viel mehr als ein paar äußerst vage Bemerkungen darüber verlangen würde, daß Freiheit und Gleichheit irgendwie zusammenhängen (vgl. 357). Auch die These, daß Art. 3 als Abwehrrecht aufgefaßt werden kann (354 ff.), hilft da nicht viel weiter, weil das schon immer so gesehen wurde. Und wie sieht es mit der Koordination von materieller und formeller Schutzwirkung des Grundrechts aus?

Dies gilt ferner für das Problem des Gruppenbezugs, das in der Quotendiskussion bekanntlich eine besonders umstrittene Rolle spielt. Der einschlägige Einwand lautet unge-

fähr: Wenn Quoten sich nicht als Maßnahmen der individuellen Nachteilkompensation auffassen lassen, führt die Bevorzugung einer konkreten Frau zunächst allein dazu, daß der Frauenanteil in dem jeweiligen Bereich erhöht wird. Es ist aber nicht zu sehen, wie die Verfolgung dieses Ziels die korrespondierende Benachteiligung des Mannes rechtfertigen kann: Denn die statistische Gleichheit verschiedener Gruppen ist kein Wert an sich, sondern nur von Bedeutung, so weit sie individuelle Benachteiligungen indiziert. Diese Benachteiligungen müssen dann abgebaut werden; Ziel der ganzen Veranstaltung kann nur die Herstellung individueller Chancengleichheit sein.

*Sacksofsky* will hier wohl ein Zwischenmodell vertreten: Das Dominierungsverbot sei zwar gruppenorientiert, letztlich aber doch auf den Einzelnen bezogen. Ihre Begründung für den Gruppenbezug besteht zunächst in der Behauptung, Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. 2 GG legten eine solche Deutung nahe. Hier kann man in mehrfacher Hinsicht Zweifel haben: Zum einen beweisen ihre entsprechenden Ausführungen wohl höchstens, daß Art. 3 Abs. 2 GG nicht nur im Sinne der Rechts-, sondern auch der realen Gleichheit der Geschlechter interpretiert werden kann; und dies hat noch keinen Gruppenbezug zur Folge, sondern bedeutet nur, daß staatlicherseits tatsächliche geschlechtsspezifische Barrieren, die Frauen z. B. im Beruf behindern, nicht errichtet werden dürfen und/oder abgebaut werden müssen. Zum zweiten sind die Argumente in sich z. T. nicht besonders überzeugend; den Begriff der Gleichberechtigung als Wortlautindiz für eine über die Rechtsgleichheit hinausgehende Forderung zu interpretieren (vgl. 319–321), ist schon recht gewagt. Und schließlich und vor allem handelt es sich um die falsche Art von Argumenten: In welche Richtung man den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. 2 GG versteht, hängt natürlich wesentlich davon ab, ob man einen Gruppenbezug für normativ sinnvoll hält; und gerade dies wird von der anderen Seite mit sehr beachtlichen Argumenten entschieden verneint.

Daß auch *Sacksofsky* dies so sieht, beweist, daß sie sich – unter dem etwas irreführenden Stichwort der „systematischen Auslegung“ – letztlich gezwungen sieht, diesen Gegenargumenten mit ihrem Zwischenmodell Rechnung zu tragen. Hier erwartet man nun

endlich eine inhaltliche Analyse, wie sich der Gruppenbezug mit dem ansonsten durch und durch individualistischen Zug des Grundgesetzes – und unserer gesamten Rechtskultur – vertragen soll. Leider fallen die Auskünfte an dieser Stelle (334 f.) sehr knapp und nicht besonders durchsichtig aus. Die These scheint zu sein, daß das Wohlergehen der einzelnen Frau wesentlich davon abhängt, wie es der Gruppe der Frauen insgesamt ergeht; aufgrund dieses Bezuges handele es sich bei dem gruppenorientierten Dominierungsverbot nicht um ein Gruppenrecht, sondern um den Schutz der „gruppenbestimmten Seite der Persönlichkeit“.

Ich will gar nicht bestreiten, daß sich eine These dieser Art gut vertreten läßt. Zwar liegen die kritischen Nachfragen auf der Hand: Reicht dieser Zusammenhang von individuellem und kollektivem Wohl der Frauen wirklich aus, um Gruppengleichstellungen zu rechtfertigen? Wie stark ist dieser Zusammenhang? Gilt er für alle Frauen in gleicher Weise? Und gibt es diesen Zusammenhang nicht auch bei anderen Gruppen, die deshalb ebenfalls ein Gleichstellungsinteresse geltend machen könnten? (Auf die Dauer wird der ständige Verweis darauf, daß nun einmal nur das Gleichstellungsinteresse der Frauen durch eine so „eindeutige“ Norm wie Art. 3 Abs. 2 GG geschützt sei, auch nicht viel helfen.) Was aber wirklich irritiert, ist das Mißverhältnis in der Argumentation: Nachdem man sich allein zehn Seiten über die wenig ergiebige Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. 2 GG hat informieren lassen, wird man in dieser zentralen Frage des Verhältnisses von Individuum und Gruppe, die in der Quotendiskussion heftigst kontrovers ist und deren Lösung das gesamte Konzept des gruppenbezogenen Dominierungsverbots letztlich inhaltlich tragen muß, in einem 400 Seiten-Buch mit knappen zwei Seiten abgespeist.

Ganz ähnlich stellt sich schließlich *Sacksofsky* – das Buch immerhin abschließende – Diskussion der Frage dar, ob sich Männer gegenüber – durch Art. 3 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich unterfütterten – Quoten auf Art. 3 Abs. 3 GG berufen können (374–379). Sie wird eingeleitet mit der reichlich blassen Bemerkung, daß sich hier „die Schutzzwecke der beiden Grundrechte“ „widersprechen“ (374). Man erwartet nun gespannt eine Stellungnahme zu den grundlegenden Fragen, ob und welche Gleichheitsrechte der Männer

Quoten im Wege stehen könnten, ob Art. 3 Abs. 3 GG überhaupt der richtige Standort für diese Rechte ist, wie der »Widerspruch« zu bewältigen ist usw. usw. Aber statt dessen erfährt man, daß besagter »Widerspruch« gar nicht bestehe, weil – wir ahnen es schon – man die Einschlägigkeit beider Normen nochmals ganz genau überprüfen müsse und dabei zu dem Ergebnis komme, daß Art. 3 Abs. 2 GG »spezieller« sei. Kein Wort zu dem Standardeinwand, daß Quoten durch die Benachteiligung der Männer nur eine Ungerechtigkeit durch eine andere ersetzen und dadurch individuelle Gleichheitsrechte verletzen – statt dessen wird ernsthaft die Frage diskutiert – systematische Auslegung! –, ob Art. 3 Abs. 2 GG nun eine »wichtiger«(!) Vorschrift als Art. 3 Abs. 3 GG sei, weil er im Text des Grundgesetzes vor ihm stehe, oder ob man das nicht doch genau umgekehrt sehen müsse, weil ja schließlich auch Art. 3 Abs. 2 GG den vor ihm stehenden allgemeinen Gleichheitssatz verdränge und daher auch selbst wieder von Art. 3 Abs. 3 GG verdrängt werden konnte. Die Entscheidung für den »Vorrang« und die »Spezialität« des Art. 3 Abs. 2 GG fällt schließlich mit der Begründung, daß ihn inzwischen auch die h. M. tendenziell als die »wichtiger« Vorschrift ansiehe – vor allem weil das Bundesverfassungsgericht ihn viel öfter als Art. 3 Abs. 3 GG erwähnt habe! – und auch im Parlamentarischen Rat keine Rede davon gewesen sei – die Quotendiskussion erreichte damals bekanntlich ihren ersten Höhepunkt –, daß »Art. 3 Abs. 3 GG verfassungsrechtliche Grenzen für die Durchsetzung der Gleichberechtigung enthalten konnte« (377 f.). Da sich alle realen Konflikte durch diese Kunstgriffe aufs schonste in ein verfassungsrechtliches Nichts auflösen, war es für die Autorin gewiß auch nicht mehr erforderlich, einen Rückgriff wenigstens auf den allgemeinen Gleichheitssatz in Erwägung zu ziehen.

Am Ende des Buches fragt man sich: Warum bricht die Argumentation einer Autorin, die über weite Strecken ihre Fähigkeiten und Kenntnisse nachdrücklich bewiesen hat, bei diesen hochspannenden Fragen auf diese Weise ein? Das gruppen- und doch individualbezogene Dominierungsverbot: ein faszinierendes Konzept, was hatte sich dazu nicht alles sagen lassen! Und in welchem Verhältnis dazu stehen die Gleichheitsrechte des Einzelnen? Statt dessen: Abs. 2 ist »wichtiger« als Abs. 3, weil er vor ihm steht; aber auch Abs. 3

ist »wichtiger« als Abs. 2, weil er hinter ihm steht; und entscheidend ist dann, daß vor knapp 50 Jahren zu dieser Frage niemand irgend etwas gesagt hat – all das kann auch die Autorin nicht für das letzte Wort gehalten haben!

### *III. Kontrastprogramm: Die philosophische Diskussion der Quotenfragen*

Wer nicht nur an politischen Zweckmäßigkeitsverwägungen und Durchsetzungsstrategien, sondern auch an den grundlegenden normativen Fragen – was ist Gleichberechtigung und inwieweit vermag sie Quotenregelungen zu rechtfertigen? – interessiert ist, wird von der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft offensichtlich im Stich gelassen. Er schaut deshalb, ob sich seine Fragen nicht in der Moral- und Rechtsphilosophie wiederfinden; und tatsächlich wird er nun auch im deutschen Sprachraum fündig.

#### *1. Bernd Grafrath, Wie gerecht ist die Frauenquote?*

Der Mutelstraße-Schüler Bernd Grafrath bietet auf knapp 200 Seiten einen ausgesprochen instruktiven Überblick über die Argumente, die sich in der Quotendiskussion vertreten lassen.<sup>7</sup> Seine Schrift ist nicht als Darstellung, sondern als eigenständiges systematisches Argument konzipiert; sie ist aber der amerikanischen Diskussion – insbesondere dem sehr ähnlichen Ansatz von Alan Goldman<sup>8</sup> – vielfach verpflichtet. Sie zeichnet sich daher weniger durch Originalität als durch intellektuelle Redlichkeit und argumentative Übersicht aus: ein ausgezeichneter »Grundkurs« zum Thema »Quoten und Gerechtigkeit«. Daß Grafrath Frauenquoten letztlich ablehnend gegenüberstellt, sollte angesichts der Sachlichkeit und begrifflichen Klarheit, die dieses Buch in die Debatte bringt, selbst denjenigen nur als ein Schönheitsfehler erscheinen, die anderer Meinung sind.

Grafrath setzt ein mit der – übrigens auch für die verfassungsrechtliche Gleichheitsdogmatik<sup>9</sup> – zentralen Unterscheidung von Gerechtigkeits- und Nützlichkeitserwägungen: Ist die Quote gerecht, weil sie vergangenheitsbezogen individuelle Nachteile kompensiert, oder ist sie gerechtfertigt, weil sie zukunfts-

<sup>7</sup> Vgl. jetzt auch die Rezension von P. Brautigam, Die Illegitimität einer Frauenquote, *Intern. Zeitschr. f. Philosophie* 1993, S. 189 ff.

<sup>8</sup> A. H. Goldman, *Justice and Reverse Discrimination*, 1979

<sup>9</sup> Vgl. dazu umfassend Huster (Fn. 3), S. 164 ff.

bezogen ein gesellschaftliches Ziel verfolgt (12–16)? Anders gesagt: Entweder der Quoten stehen von vornherein gar keine kollidierenden Rechte im Wege, oder eine Beeinträchtigung derartiger Rechte muß gerechtfertigt werden – auch dies eine Problemstellung, die offensichtlich grundrechtsdogmatisch relevant ist.

Daß Quotierung weder als individuelle noch als Gruppenkompensation aufgefaßt werden kann, begründet der Autor m. E. überzeugend (28–45). Es kann daher nur um eine zukunftsgerichtete Politik gehen, deren Ziel die »Gleichstellung der Frau in allen sozialen Bereichen« ist und deren Schranken die mit der Durchsetzung dieses Ziels möglicherweise kollidierenden Gerechtigkeitsnormen und Rechte sind (46–65). Diese Struktur wird durch eine – etwas hausbacken geratene – Diskussion von drei wichtigen Gerechtigkeitstheorien (Utilitarismus, *Rawls*, *Nozick*) bestätigt (66–102). Das Fazit lautet: Ein deutliches Ja zur Herstellung von Chancengleichheit durch umfassende Maßnahmen – inklusive der Umverteilung ökonomischer Güter –, ein ebenso deutliches Nein zu »umgekehrten Diskriminierungen«, da diese mit grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen nicht vereinbar seien.

Im folgenden weist *Gräfrath* auf die Schwachpunkte der Argumente hin, die gemeinhin für Quoten vorgebracht werden. So ist es tatsächlich zumindest unklar, ob von einer Unterrepräsentation immer und umstandslos auf den diskriminierenden Charakter ihrer Ursachen geschlossen werden darf; entsprechend vage wird gemeinhin das Verhältnis von individueller Chancengleichheit und den statistischen Gleichstellungszielen benannt (103–112). Auch das weit verbreitete – vgl. z. B. *Raasch* 68 f., 178 f. – Zeitargument (»es dauert ohne Quoten noch bis zum Jahre 2030, bis Frauen 50% ...«) steht auf schwachen Füßen (113–119).

Etwas schwieriger ist die Lage dort, wo empirische Zusatzannahmen ins Spiel kommen. So könnte man z. B. behaupten, Quoten tragen zur Stärkung des Selbstbewußtseins der Frauen und damit auch zur Herstellung von Chancengleichheit bei; außerdem sei die Erreichung dieses Ziels ohne Quoten gar nicht möglich. *Gräfrath*s Antworten auf diese und ähnliche Argumente gehören sicherlich nicht zu den stärksten Passagen in seinem Buch (120–141), aber selbst sie machen klar, worauf es hier ankommt. Das Buch endet in einer

Auseinandersetzung mit *Ronald Dworkins* Rechtfertigung von Quotenregelungen, die den zentralen Punkt m. E. richtig erfaßt: Wer auf der einen Seite »Bürgerrechte ernstnehmen« will, gerät in Schwierigkeiten, wenn er sie auf der anderen Seite in fast utilitaristischer Manier dem Ziel der Gleichstellung opfern will (158–175).<sup>10</sup>

Die Qualitäten des Buches können hier nicht einmal im Ansatz umfassend dargelegt werden; zu viele kluge Argumente werden im Laufe der Untersuchung entwickelt. Dazu gehört z. B. auch die Beobachtung, daß Quoten im politischen Bereich leichter zu rechtfertigen sind (118 f.): Denn hier geht es – anders als im »Erwerbsbereich« – nicht primär um die Verteilung individueller Lebenschancen, sondern um die Gewährleistung eines politischen Prozesses, in dem die Bedürfnisinterpretationen der Frauen möglichst authentisch zu Wort kommen müssen.<sup>11</sup> Derartige Differenzierungen, die sich aus »der Sache selbst« ergeben, vermißt man in der besprochenen verfassungsrechtlichen Literatur schmerzlich.

*Gräfrath*s Buch bedeutet – auch in seinem Selbstverständnis (vgl. 180) – gewiß nicht das Ende der Diskussion. Aber eine bessere Grundlage, auf der man sich zunächst einigen kann, worüber man eigentlich uneinig ist, läßt sich kaum vorstellen.

## 2. Beate Rössler (Hrsg.), *Quotierung und Gerechtigkeit*

Wer noch tiefenbohren und die Debatte nicht nur bei *Gräfrath* aus zweiter, wenn auch sehr zuverlässiger Hand wahrnehmen will, kann nun zu einem von der Berliner Philosophin *Beate Rossler* herausgegebenen und klug eingeleiteten (7–28) Band greifen, in dem die anglo-amerikanischen »Klassiker« zu diesem Thema versammelt sind.

Der traditionelle Kompensationsansatz wird von *Thomson* (44–48) vorgestellt und von *Simon* (49–57) und *Fullinwider* (104–111) kritisiert. Deutliches Übergewicht haben die zukunftsorientierten Rechtfertigungsansätze (*Dworkin* 74–95; ähnlich *Fullinwider* 111–119), die sich aber die Frage stellen lassen müssen, ob die Verfolgung des Ziels einer gerechten Gesellschaft mit dem Recht auf gleiche individuelle Berücksichtigung kollidiert und ggf. eine Beeinträchtigung dieses Rechts legitimieren kann. Als ausgesprochen frucht-

<sup>10</sup> Vgl. dazu auch unten unter 2.

<sup>11</sup> Vgl. dazu auch *Huster*, *AoR* 118 (Fn 4), S. 120.

bare und grundlegende begriffliche Klärung hat sich hier inzwischen *Dworkins* Unterscheidung von einer Behandlung als Gleicher und gleicher Behandlung herausgestellt (79): Fundamental ist das Recht auf gleiche Achtung und Berücksichtigung; dieses Recht kann im konkreten Fall eine tatsächlich gleiche, aber auch eine differenzierende Behandlung verlangen. Dies ist offensichtlich ebenfalls für die Dogmatik des Art. 3 GG von Bedeutung,<sup>12</sup> wird aber von *Raasch* und *Sacksofsky* souverän ignoriert. Gleiches gilt für die subtile Analyse von *O'Neill* zum Begriff der Chancengleichheit (144–157); man vergleiche diese mit den entsprechenden Ausführungen von *Raasch* (156 ff.). Ob man *Dworkin* darin folgen muß, daß z. B. die Kriterien für Universitätszulassungen allein auf gesellschaftlichen Zielvorstellungen beruhen und mit individuellen Rechten nichts zu tun haben, ist mir eher zweifelhaft; aber das hängt u. a. davon ab, welche Rolle man dem Verdienstgedanken zusprechen kann (dazu *Rachels* 158–175) – Überlegungen, die auch für die Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG herangezogen werden könnten. Eine feministische Kritik und Weiterentwicklung traditioneller Gleichberechtigungsvorstellungen bietet schließlich *Jagger* (193–215); auch dies ist von erheblicher verfassungsrechtlicher Bedeutung, wenn sich Frauen nicht einfach den männlichen Standards anpassen wollen.

Es ist hier nicht möglich, eine auch nur halbwegs umfassende Darstellung der in diesem Band gesammelten elf Arbeiten zu geben. Die Autoren kommen durchweg – abgesehen von *Lisa Newton* (96–102) – zu dem Ergebnis, daß Quoten zumindest grundsätzlich moralisch zulässig sind. Aber das ist nicht entscheidend; viel wichtiger ist es, daß auch dieses Buch mit der argumentativen Qualität seiner Beiträge den in der öffentlichen – und auch verfassungsrechtlichen – Debatte feststellbaren fatalen Zusammenhang von »starker Gesinnung und schwachem Denken« bei der Erörterung moralisch brisanter Fragen durchbricht.<sup>13</sup>

#### *IV. Die Grundrechtsdogmatik zwischen Scheinplausibilitäten und philosophischer Aufklärung*

Nach Durchsicht zweier rechtsphilosophi-

scher und zweier verfassungsrechtlicher Bücher ist ein Eindruck ganz vorherrschend: Während man in der Philosophie über die grundlegenden moralischen Aspekte eines aktuellen gesellschaftlichen Problems sachhaft informiert und intelligent belehrt wird, stochert die Rechtsdogmatik mit ihren Instrumenten ziemlich hilflos im Nebel der normativen Fragen. In jedem der Aufsätze des Rössler-Bandes erfährt man mehr über die Grundfragen der Gleichberechtigung und der Rechtfertigung von Quoten als in den verfassungsrechtlichen Arbeiten von *Raasch* und *Sacksofsky* zusammen. In ihnen wird nämlich die Diskussion dort, wo sie eigentlich beginnen müßte, mit einem Verfassungstechnizismus abgeschnitten, der nur noch eines erkennen läßt: eine ungeheure Scheu, sich mit diesen Fragen zu beschäftigen. Woran liegt das?

Zum einen ist es natürlich nicht einfach, neuartige normative Fragen zu strukturieren und in die Terminologie des Verfassungsrechts zu übersetzen. Es liegt dann nahe, die Sachprobleme zu ignorieren und sich durch Rückgriff auf Wortlaut, Entstehungsgeschichte und die formale Normsystematik weitergehenden Überlegungen zu entziehen. Dies gilt übrigens in ganz ähnlicher Weise für die verfassungsrechtlichen Gegner von Quotenregelungen; insoweit ist es fast ein Zufall, daß es in dieser Besprechung gerade zwei Quotenbefürworterinnen trifft.

Damit deutet sich zum anderen ein grundsätzlicheres Problem in der Verfassungsrechtswissenschaft an. Das Irritierende an den Arbeiten von *Raasch* und *Sacksofsky* besteht darin, daß und wie sie mit einem schier unglaublichen Vertrauen in die Savignyschen Auslegungscanones (vgl. *Sacksofsky* 317 f.) Verfassungsinterpretation betreiben – als habe es die Debatten um die »Gewißheitsverluste im juristischen Denken« und die »politische Funktion der juristischen Methode« nie gegeben.<sup>14</sup> Man muß nun wirklich nicht »methodisches Neuland betreten« oder »die Methodendiskussion entscheidend voranbringen« (*Sacksofsky* 318), um zu bemerken, daß sich die Frage, ob Quoten mit Gleichheitsrechten kollidieren, auf verfassungsrechtlicher Ebene nicht mittels Wortlaut, Entstehungsgeschichte und systematischer Auslegung beantworten läßt. Denn wie sollen

12 Vgl. *Hüster* (Fn 3), S. 41 ff.

13 Vgl. dazu die Besprechung von *W. Kersting*, FAZ v. 29. 1. 1994; ferner *Kl. Günther*, FR v. 3. 7. 1993, und *J. Guntner*, Zeit v. 8. 10. 1993

14 Vgl. *G. Haverkate*, Gewißheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode, 1977

derartige Argumente einen Quotengegner überzeugen? Er wird den Wortlaut anders verstehen, die Entstehungsgeschichte für nicht hinreichend eindeutig und die Systematik für unergiebig halten – solange man ihm nicht dargetan hat, daß Quoten anhand der in der Verfassung und unserer Rechtskultur enthaltenen normativen Grundentscheidungen nicht *ungerecht* sind. Diese inhaltliche Argumentation anhand »allgemeiner Gerechtigkeitserwägungen« (Raasch 302) kann von der juristischen Methode nicht ersetzt, sie kann nur in sie *integriert* werden. Und an dieser Integration fehlt es allerorten.

Dies führt in der Verfassungsrechtswissenschaft zu externen und internen Problemen. Das externe Problem besteht darin, daß die Geltungskraft des Verfassungsrechts geschwächt wird. Die in den Büchern von Raasch und Sacksofsky vorfindbare, schon fast kurose Gleichzeitigkeit von methodisch-schein Biedersinn und Traditionalismus einerseits, inhaltlicher Progressivität andererseits lebt natürlich von der alten juristischen Ideologie, daß sich noch so umstrittene Ergebnisse durch die Anwendung einer von normativen Erwägungen scheinbar unbeflissen Methoden legitimieren lassen. Aber das ist und bleibt – und im Verfassungsrecht allemal – eine Illusion: Zumindest das Verfassungsrecht lebt nicht nur von einer faktischen Geltung (»es steht nun einmal im Gesetz«), sondern auch davon, daß die Bürger und Bürgerinnen sich in ihm und seiner professionalen Aufbereitung mit ihren Anliegen wiedererkennen. Eine Rechtswissenschaft, die z. B. die mit Quoten kollidierenden Gleichheitsrechte durch die formale Konstruktion irgendwelcher Spezialitätsverhältnisse aus dem Verfassungsrecht hinausdefiniert, ohne dafür eine inhaltliche Begründung zu geben, trägt dazu nicht bei.

Da die von der Verfassungskommission zu Art. 3 GG beschlossene Formulierung wenig klärt,<sup>15</sup> ist es zu erwarten, daß die Quotenfrage die Verfassungsrechtswissenschaft noch lange beschäftigen wird. Man kann nur davor warnen, jetzt zu versuchen, aus den Beratungen der Kommission die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Quoten herauszulesen, anstatt die Sache selbst zu diskutieren. Das Ergebnis ist völlig offen: Mag sein, daß die

Quote von der Verfassung ge- oder verboten oder die Sache letztlich dem Gesetzgeber anheimgestellt ist. Aber zu welchem Ergebnis man auch kommt, immer muß sich die Verfassungsrechtswissenschaft darum bemühen, die jeweiligen Gegenargumente zu berücksichtigen und in ihrer Dogmatik angemessen und offen zu verarbeiten. Natürlich muß man dabei beachten, daß es sich um politisch hochumstrittene Fragen handelt, und darauf ggf. mit verfassungsrechtlicher Zurückhaltung reagieren. Aber selbst um diese Position begründen zu können, kann nicht einfach auf den politischen Streit verwiesen, sondern muß die normative Struktur dieser Fragen transparent gemacht werden. Auch politisch und moralisch umstrittene Fragen kann das Verfassungsrecht nicht ignorieren, indem sie sie durch formale Hilfskonstruktionen gar nicht in das Recht hineinläßt. Ganz im Gegenteil: Verfahrt die Verfassungsrechtswissenschaft so, wird sie sich höchstens den Vorwurf des Dognatismus einhandeln und sich mitsamt der Verfassung in Kürze am Rande des sozialen Lebens wiederfinden. Damit hängt der interne Zustand dieser Wissenschaft zusammen. Die Bücher von Raasch und Sacksofsky – und nicht nur diese – erwecken den Eindruck, als wolle man philosophische Überlegungen systematisch umgehen oder sogar ausschließen, weil sie die Reinheit der juristischen Methode und damit die Unangreifbarkeit der erzielten Ergebnisse beeinträchtigen könnten. Aber eine Rechtsdogmatik ohne philosophische Aufklärung ist blind – und en passant: auch langweilig –; sie ist nicht in der Lage, neu auftretende normative Probleme begrifflich zu erfassen; und für die Grundrechtsdogmatik des Art. 3 GG gilt dies allemal. Die Alternative lautet also nicht: juristische Eindeutig- vs. philosophische Vieldeutigkeit, sondern: oberflächliche Pseudoklarheit vs. angemessene Problemerfassung.

Die philosophische Debatte kann gewiß nicht umstandslos in Rechtsdogmatik übersetzt, das Verfassungsrecht nicht in Moral und Politik aufgelöst werden. Aber es geht nicht um das Übernehmen fertiger Antworten, sondern darum, die Grundrechtsdogmatik so einzurichten, daß sie überhaupt die Probleme erkennt und die richtigen Fragen stellt. Dabei kann die Philosophie helfen: »Es kann keinen echten Fortschritt im Verfassungsrecht geben, solange es nicht das Problem der Rechte gegen den Staat isoliert und dieses Problem in

<sup>15</sup> Sie lautet als Ergänzung zu Art. 3 Abs. 2 GG: »Der Staat fordert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.«

seine Tagesordnung aufnimmt. Das spricht für eine Verschmelzung von Verfassungsrecht und Moraltheorie, eine Verbindung, die unglaublicherweise erst noch stattfinden muß. Es ist ganz verständlich, daß Juristen sich vor einer Verbindung mit der Moralphilosophie fürchten; und insbesondere vor einer Verbindung mit denjenigen Philosophen, die über Rechte reden, weil die geisterhaften Oberlöne dieses Begriffs den Kirchhof der Vernunft bedrohen. Es steht jetzt aber eine bessere Philosophie zur Verfügung als diejenige, an die Juristen sich vielleicht erinnern.<sup>16</sup> Auf diese Philosophie darf die Verfassungsrechtswissenschaft nicht verzichten!

Stefan Huster

*Replik auf Stefan Huster*

»In der verfassungsrechtlichen, aber auch in der rechtspolitischen Diskussion hat derjenige einen beachtlichen Vorteil, dem es gelingt, seiner Position die Weihen des Verfassungsrechts zu verleihen; die Gegenposition, die auf die Bedeutung kollidierender Rechtsgüter aufmerksam macht, gerät dann in eine Frontstellung zur Verfassung. ... Wer ... diese Strategie verfolgt, muß sich aber besonders hartnäckig fragen lassen, ob seine Prämissen zutreffend sind.«<sup>1</sup>

Infofern können die Frauen Herrn Huster dankbar sein für die freundliche Bereitstellung einer »griffigen Sprechblase«<sup>2</sup>, die den Versuch anleiten könnte, den Text seiner Buchbesprechung mit selbst formulierten Fragen nach dem Strategiegehalt jurisprudentieller Einlassungen zu konfrontieren.

Welche Prämisse Herrn Huster allerdings nun bewegt, aus verfassungsrechtlichen Gründen ein Buch sehr schlecht, ein Buch schlecht und zwei Bücher gut zu finden, ist seiner Rezension allenfalls indirekt entnehmbar. Eigene Ausgangspunkte oder Bewertungsgesichtspunkte formuliert er nicht explizit, sondern beschränkt sich auf fünf in den Text eingestreute Thesen.

Die Heterogenität der im folgenden herausgegriffenen fünf Aussagen ist dabei einer

konsequent werkimmanenter Kritikperspektive zuzuschreiben, will heißen: Sie werden in der Reihenfolge aufgegriffen, in die sie sich in den Rezensionstext eingestreut finden. Vielleicht gelingt im Ergebnis die Kristallisation einer Prämisse, die der geforderten hartnäckigen Befragung zugänglich sein könnte.

1. Bei der Einführung von Frauenquoten geht es erstmalig nicht um die Gleichstellung von Individuen, sondern um die Gleichstellung gesellschaftlicher Gruppen.

Diese Aussage ist historisch offensichtlich unzutreffend. Der Gleichheitssatz ist von jeher durch kollektive Bezugspunkte definiert. Die Parität gesellschaftlicher Gruppen ist ein als verfassungsrechtliches Problem langst und in den verschiedensten Ausgestaltungen aufgegriffenes gesellschaftliches Anliegen, das in seinen unübersehbaren rechtsdogmatischen Artikulationen spätestens in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Allgemeinplatz wurde (RGZ 106!).

2. Kindergartenplätze und rentenversicherungsrechtliche Aufwertung der Hausfrauenarkeit verdienen im Vergleich mit Quoten den Vorrang bei Anstrengungen zur Verbesserung der Situation der Frauen. Denn es ist untnlich, Frauen in die Erwerbsarbeit zu drängen.

Diese These ist unrealistisch, deshalb ideologieverdächtig. Denn eine Verstärkung der staatlichen Anstrengungen um Kinderbetreuungsplätze oder gar Ganztagschulen gilt in Deutschland als nicht finanzierbar. Ebenso wenig ist eine weitere Erhöhung der Abschöpfung von Erwerbseinkommen zugunsten einer rentenversicherungsrechtlichen Aufwertung der Hausfrauenarkeit konsensfähig. Die Belastung der Erwerbseinkommen durch Pflichtversicherungsbeiträge gilt als am Punkt der höchsten Zumutbarkeit angelangt.

Immerhin weist die Forderung zugleich von sich fort wie in die richtige Richtung: Letztlich ist die Verbesserung der Situation der Frauen in einer Erwerbsgesellschaft nur durch Erwerbsarbeit möglich, und zwar, weil mit den geringsten Transaktionskosten verbunden, durch *eigene* Erwerbsarbeit und nicht indirekt durch fremde Erwerbsarbeit.

3. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird seine »fruchtbare emanzipatorische Stringenz in Kürze« verlieren, weil Frauenquoten nur zu Lasten seiner historisch verbürgten Ausrichtung (Gleichbehandlung von Menschen

<sup>16</sup> R Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, 1984, S. 251

<sup>1</sup> Wörtliches Zitat, Huster NJW 1995, 112

<sup>2</sup> Wörtlicher Kurzkommentar eines Vorsitzenden Richters am Verwaltungsgericht Frankfurt am Main zu Fn. 1)

anderer Rasse, anderer Herkunft, anderen Glaubens und anderer politischen Anschauungen) »gerettet« werden können. Ein »rein formaler« Gesichtspunkt ist demgegenüber der Hinweis auf den Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, der sich, das mag auch Herr Huster so direkt nicht bestreiten, allein auf Frauen bezieht.

Diese These ist ebenso schlicht und theatralisch wie verquast und unzutreffend. Zunächst einmal wäre eine terminologische Präzisierung, an sich ja Herrn Husters Metier, vonnöten, Was heißt im Zusammenhang mit dem Wortlaut der Verfassung »rein formal«? Abgesehen davon: Inwiefern werden Frauenquoten »in Kürze« zur Diskriminierung Andersgläubiger oder Andersrassiger führen?

4. Ein Ergebnis, das aus verfassungsrechtlichen Verbürgerungen oder Gewährleistungen abgeleitet wird, bedarf keiner weiteren Rechtfertigung in Gestalt einer Ergebniskorrektur. Eine solche verbietet sich vielmehr. Diese Aussage ist unzutreffend. Sie ignoriert ganz grundsätzlich die ubiquitäre Kollision verfassungsrechtlicher Gewährleistungen mit gegenläufigen Fügungen. Es ist schon ein Kreuz mit der kognitiven Verarbeitung von Kollisionen oder gar Mehrecken.

Bildend könnte insoweit die in jedem Lehrbuch des Verfassungsrechts mit umfänglichen Zitaten nachgewiesene und immer gerne und breit erörterte Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu »Schranken-Schranken« und »Beschränkungs-Beschränkungen« sein. Ferner kommt die Lektüre der höchstrichterlichen Entscheidungen generell als probates Mittel zur Beobachtung der typischen rechtsdogmatischen Argumentationsmuster in Betracht und kann Herrn Huster daher empfohlen werden. Insoweit wird als Lesehilfe darauf hingewiesen, daß jede Entscheidung, die die ausgetretene Pfade der Dogmatik verläßt, mit einer argumentativen Abgleichung des Ergebnisses endet. Eine rechtsfortbildende Argumentation ohne abschließend präsentierte Beobachtung der Umwelten mag aus der Perspektive der neuesten Systemtheorie wegen der befürchteten kognitiven Überforderung von Juristen angezeigt sein (Juristinnen oder gar JuristInnen kennt diese Perspektive nicht).

Sie findet gleichwohl immer statt und gehört damit zur Faktizität wie zur Geltung der juristischen, damit auch einer mit praxisleitendem Anspruch auftretenden jurisprudentiellen Begründungseinlassung.

*5. und zentrale Aussage:* »Wer ›Bürgerrechte ernstnehmen‹ will, gerät in Schwierigkeiten, wenn er sie (!) auf der anderen Seite in fast utilitaristischer Manier dem Ziel der Gleichstellung opfern will.« Will heißen: Die Bevorzugung einer konkreten Frau führt in nicht vertretbarer Weise vom kollektiven Ansatzpunkt der Begründung dieser Maßnahme weg und hin zu einem individuellen Vorteil. Notwendige und weiter verschlimmnernde Konsequenz: Diesem individuellen Vorteil korrespondiert ein mit Art. 3 Abs. 2 GG schlechterdings nicht mehr begründbarer Eingriff in die Rechte eines übergangenen Mannes.

Kommentar: Herr Huster hat das Diskriminierungsproblem nicht begriffen. Natürlich liegt es genau in dem Spannungsverhältnis der Auswirkung gruppenspezifischer Benachteiligungen auf Kompensation über Individualrechte. Hier innezuhalten, wie er es tut, heißt auch, schon den Anspruch, mit dem Arbeiten wie die von Raasch und Sacksofsky angetreten sind, zu ignorieren. Individuelle Ausrichtung der Grundrechte kann genau nicht bedeuten, daß gruppenspezifische gesellschaftliche Probleme damit bereits verfassungsrechtlich indifferent sind. Insofern spiegelt Herrn Husters Argumentstruktur, die fern an die Sätze der Logik erinnert, die Ebenenverwechslung.

Wie sind Herrn Husters Ergebnisse zu erklären? Warum kommen die im Rössler-Band versammelten Aufsätze trotz in Passagen vollständiger Deckungsgleichheit der Aussagen etwa mit der Arbeit Sacksofskys besser weg? Wohl allein aus perspektivistischen Gründen: Im Rössler-Band aufgegriffen werden überwiegend rassenbezogene und nicht geschlechtsbezogene Diskriminierungen in den USA, also ferne Situationen aus einem fernen Land. Außerdem bleibt natürlich die Alltagsrelevanz, damit das konkrete Bedrohungspotential der moralphilosophischen Perspektive Rösslers weit zurück hinter dem der juristischen und durchsetzungsorientierten Perspektive Raaschs und Sacksofskys. Für das Gräfrath-Buch spricht demgegenüber sein Ergebnis: Quoten seien im erwerbswirtschaftlichen Bereich nicht zu rechtfertigen, sondern allenfalls »im politischen«, will wie von jeho heißen: Die moralisch gerechtfertigte Frau engagiert sich karitativ und enthält sich der Konkurrenz.

In diesem Wunsch liegt dem auch ein Schlüssel zum Verständnis dessen, was junge Linkspatriarchen so denken: Endlich

hat es ein Mannsbild fertiggebracht, das, was alle denken, ungeschminkt, deutlich und in schlechtem Deutsch als böswillige und gehässige Schmähkritik zu präsentieren. Wir wünschen Herrn Huster für seinen weiteren beruflichen Werdegang alles Gute. Mögen vor allem Raasch und Sacksofsky niemals vor ihm auf einer Liste stehen.

Margaretha Sudhof

*Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2., grundlegend neu bearbeitete Auflage, Hrsg.: J. Listl/D. Pirson. Hier: Bd. I, Berlin 1994 (Duncker & Humblot), 1150 S., DM 79,-*

*Staatskirchenrecht (Religionsrecht) als Gegenstand heutiger Rechtswissenschaft*

I. Im Herbst 1994 ist Band I der Neuauflage des vor genau 20 Jahren von E. Friesenhahn/U. Scheuner herausgegebenen zweibändigen Handbuchs erschienen. Insgesamt werden es diesmal nicht weniger als 74 Beiträge von über 50 Spezialisten, darunter zahlreiche prominente Autoren, sein. Nun mag mancher einem solchen offensichtlich stark subventionierten Werk skeptisch gegenüberstehen: Handelt es sich doch schwerpunktmäßig um die Rechtsstellung der Kirchen und sind die Autoren von den nunmehrigen Herausgebern (ausschließlich) »aus den beiden großen christlichen Konfessionen« für die Mitarbeit gewonnen worden. Auch erfolgte die Redaktion im »Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands«, dessen Leiter einer der beiden Herausgeber ist. Gleichwohl kann nur empfohlen werden, möglichst unvoreingenommen an die Lektüre der einzelnen Beiträge heranzugehen. Dies nicht nur wegen der z. T. deutlich unterschiedlichen Auffassungen, sondern auch wegen des durchgängig hohen Informationswerts.

Band I enthält in einem Grundlagenabschnitt außer einer juristischen Übersicht (s. u.) eine schöne historische Abhandlung von Pirson, einen Aufsatz von Hans Maier über die politisch-gesellschaftliche Bedeutung der Kirchen von 1945 bis heute und Darstellungen zum Staat-Kirche-Verhältnis aus innerkirchlicher Sicht (P. Mikat, M. Heckel). Im Abschnitt über Rechtsquellen finden sich u. a. Darstellungen zum Vertragsrecht (A. Holler-

bach), eine recht nützliche, wenn auch z. T. etwas knappe Übersicht zum Staatskirchenrecht in der einfachen Gesetzgebung (J. Müller-Volbehr) sowie die besonders aktuelle Darstellung von G. Robbers zur Entwicklung im europäischen Recht.

Ein Band dieser umfassenden Konzeption bietet neben dem Grundsätzlichen thematisch so gut wie alles: von der kirchlichen Organisationsstruktur über das kirchliche Personenstandswesen mit Datenschutz, sogar das Archivwesen, das Recht der Ordensgemeinschaften. Auch sämtliche finanziellen Kirchenangelegenheiten werden (S. 867-1147) ausführlich in Band I behandelt, darunter durch H. Marré mit einer knapp zweiseitigen Übersicht über das Kirchensteuerrecht.

Ein zwangsläufig schon in der Auswahl notwendig unbefriedigender Versuch einer mehr als nur pauschalen Würdigung wird vorzugsweise bei Grundsatzbeiträgen von allgemeiner Bedeutung ansetzen. Dabei sei vorab die prägnante Abhandlung über die Gewissensfreiheit und ihre Einschränkbarkeit aus der Feder von M. Herdegen genannt, die man geradezu ein Kabinettsstück nennen kann. Es wird ergänzt durch einen kurzen Artikel zur Kriegsdienstverweigerung und zum Ersatzdienst, was man im Handbuch des Staatskirchenrechts nicht unbedingt erwarten würde.

II. Von den verfassungsrechtlich zentralen Beiträgen sei zunächst der von J. Listl über die individuelle und korporative *Religionsfreiheit* hervorgehoben, eine »Grundvoraussetzung für ein freies Geistesleben«. Sehr nützlich ist dabei insb. die Zusammenstellung von Einzelfällen der Rechtsprechung auf 11 Seiten. Im übrigen schlagen freilich mehrfach die kirchlichen Interessen des Autors durch, was an sich ja nicht zu beanstanden wäre. Aber immer dann, wenn die rechtlichen Interessen der – statistisch ja nicht gerade unbedeutenden – Minderheiten zu berücksichtigen wären (von den neuen Bundesländern ganz abgesehen), tut sich Listl sehr schwer. Das Toleranzgebot bezeichnet er als »eines der obersten Verfassungsprinzipien«, setzt sich mit ihm aber, insbesondere mit seiner Funktion als Minderheitenschutz, überhaupt nicht auseinander. Er verzichtet sogar, trotz der umfangreichen vor allem historisch-philosophischen Spezialliteratur, auf jeden Versuch einer aktuellen Definition, anstatt die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungs-

gerichts hier gelassene Lücke auszufüllen und wenigstens ein Minimum an Literatur zu nennen (S. 442 f.). Zur Erläuterung des Toleranzprinzips nennt Listl insbesondere die Problematik der Kreuze in Gerichtssälen und Klassenzimmern, die er offenbar für ohne weiteres zulässig hält. Eine Auseinandersetzung mit der Kritik, auch nicht mit der gar nicht erwähnten Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts von 1990, findet nicht statt, einen Zusammenhang mit dem Neutralitätsprinzip erwähnt Listl nicht (So wird weder die grundlegende »kritische« Arbeit von E.-W. Bockenförde zum Kreuz im Gerichtssaal, *ZevKR* 1975, 119–147, zitiert, noch der Ausatz von L. Renck in *JuS* 1989, 451–454 zur Religionsneutralität und Toleranz; zum Kruzifix im Klassenzimmer vgl. auch G. Czermak *KJ* 1992, 46/58–62.). Bei solcher Sichtweise steht die Aussage Listls, dem Staat sei es »schlechthin verwehrt«, »auf die Bildung von Glaubensüberzeugungen Einfluß zu nehmen«, etwas im luftleeren Raum. Auch die sogenannte negative Religionsfreiheit problematisiert Listl in keiner Weise (vgl. dazu aber die tief schürfende Monographie von J. Hellermann, 1993, zur sogenannten negativen Seite der Freiheitsrechte, die ausführlichen Darlegungen von E. Fischer in »Volkskirche ade!«, 1993, 65 ff. und schon in »Trennung von Staat und Kirche«, 3. A. 1984, 56 ff. und neuerdings sehr klar L. Renck, *NVwZ* 1994, 544–546; Listl erwähnt sie sämtlich nicht). Derartige Angriffspunkte bietet die ähnlich zentrale, aber breiter angelegte Abhandlung von K. Hesse zum *Selbstbestimmungsrecht* der Religionsgemeinschaften – mit einer Würdigung der verschiedenen Schrankenformeln – nicht. Bemerkenswert und von praktischer Bedeutung ist Hesses Auffassung (übrigens keineswegs isoliert im Kreis christlicher Autoren), das Bundesverfassungsgericht berücksichtige bei seiner Interessenabwägung im Rahmen des Art. 137 III 1 WRV zwar zu Recht das kirchliche Eigenverständnis, lege ihm aber zu Unrecht ein besonderes Gewicht bei (S. 555). Möglicherweise bestünde demnach zumindest im praktischen Ergebnis (Arbeitsrecht) kein allzu großer Unterschied mehr zur weithin demonstrativ abgelehnten kritischen Position von J. Wieland (*Der Staat* 1986, 321 ff.). Wenig einleuchtend erscheint die Behandlung des *Gesamtsystems des »Staatskirchenrechts«* – ein anerkannt problematischer Begriff, von

dem man sich gleichwohl nicht lösen will – in zwei Paragraphen, die noch dazu verschiedenen Abschnitten zugeordnet sind. So steht beidem Verfassern für die riesige Materie jeweils viel zu wenig Raum zur Verfügung. – P. Badura behandelt in seinem Hauptteil die Kirchenartikel mit Entstehung und Auslegung zur Weimarer Zeit, sodann jeweils nur kurz die Entstehungsgeschichte des Art. 140 GG, einige Grundfragen sowie das Landesverfassungsrecht und die jüngsten Beratungen der Gemeinsamen Verfassungskommission. Die Überblicksdarstellung von Badura bietet in ihrer nüchternen Art ohne besondere Schwerpunktsetzung wenig Angriffsflächen. Eigentümlich wirkt, daß das Trennungsprinzip lediglich kurz angesprochen (S. 232 f., 242), aber nicht weiter erläutert wird. – A. Frhr. v. Campenhausen eröffnet mit § 2 des ersten Bandes den juristischen Teil des Handbuchs mit einem Überblicksartikel, der wohl als Leitartikel gedacht, aber mit 38 Seiten angesichts des Gesamtumfangs der zwei Bände und des Umfangs des Religionsverfassungsrechts reichlich kurz geraten ist; so wird keines seiner Grundprinzipien vertieft dargestellt. Auch v. Campenhausen steht – wie die meisten konservativen Autoren – dem Trennungsprinzip (dazu lediglich S. 63 f. und knapp 71–74) als Auslegungsgrundsatzt sehr reserviert gegenüber (54 f.). Unterbelichtet bleibt auch bei v. Campenhausen das Toleranzprinzip und in Bezug auf Andersdenkende plädiert er gegen eine »verchilte Absolutsetzung« des individuellen Freiheitsrechts zugunsten einer Berücksichtigung der »kollektiven Situation«; ob das auch in den Ost-Ländern gelten soll, bleibt offen. Leider nicht mehr näher eingegangen werden kann auf die ganz vorzügliche Darstellung von M. Heckel zur *Parität* als Prinzip des egalitären Statusangebots (Privilegienabbau als Egalisierungsziel) und zu Art. 3 III GG, wo freilich ein Verständnis als absolutes Differenzierungsverbot abgelehnt wird. Die Folge ist, daß die öffentliche Hand – z. B. bei der Religionsforderung – im Ergebnis doch aus säkularen Gründen (?) differenzieren darf (S. 645 ff.; vgl. dazu aber neuerdings sehr streng BVerfGE 85, 191/206; a. A. ausführlich M. Sachs *HStR* V § 126). Mit dem ebenso zentralen wie schillernden und daher schwer faßbaren Begriff der *Körperschaft des öffentlichen Rechts* in Art. 137 V WRV tut sich auch P. Kirchhof schwer. Er neigt – bei fast demonstrativ kirchenbetonter

Grundeinstellung – zu einer Überhöhung des Körperschaftsbegriffs, was bei einem konkreten Vergleich mit den Möglichkeiten der privatrechtlichen Organisation der Religionsgemeinschaften und bei Berücksichtigung anderer Positionen (z. B. L. Renck) wohl deutlich würde. In diesem Zusammenhang sei auf die umstandslose Erläuterung von H. Weber zum Körperschaftsstatus und zur Beleihung mit Hoheitsfunktionen auf S. 277–279 und 584 ff. in seinem klaren Beitrag zur *Grundrechtsbindung* der Religionsgemeinschaften hingewiesen.

Besonderes Interesse verdient die Behandlung eines bisher trotz seiner enormen praktischen Bedeutung fast unbeachteter geblichenen Feldes durch G. Robbers: der *Kirchenförderung*. Die recht traditionelle Darstellung vermag freilich jemanden, der auch die Belange der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften außerhalb der Großkirchen im Auge hat, nicht zu befriedigen; viele Fragen, insbesondere zur Gleichheitsproblematik, bleiben offen (vgl. hierzu das – differenzierende – Kontrastprogramm bei G. Czermak, *Staat und Weltanschauung*, 1993, 309/317–335).

Nur erwähnt seien der äußerst instructive Beitrag von J. Isensee zu den *Staatsleistungen* (in dem freilich kein ernsthaftes Problem der Neubegründung von Staatleistungen gesehen wird; die Frage des Abgegoltenseins der 1919 bestehenden und seitdem an sich zwingend abzulösenden Staatsleistungen durch die zwischenzeitlich erbrachten Leistungen wird ignoriert) und die traditionelle Erörterung des *Vertragsrechts* durch A. Hollerbach, die übrigens in einem interessanten Gegensatz zur eher kritischen Grundeinstellung des Mitherausgebers D. Pirson (EvStL, 3. A. 1987 II, Arr. *Vertragsstaatskirchenrecht* IV) steht.

III. Abschließend kann man zu folgender *Gesamtwürdigung* kommen: Für denjenigen, der im Religionsrecht mitreden will, ist das neue Handbuch ein Muß. Einer großen herausgeberischen Leistung und riesigen Informationsfülle stehen aber unübersehbar Negativposten gegenüber: Die rechtlichen Interessen und Sichtweisen nichtchristlicher Gruppierungen aller Art werden bei der Rechtsauslegung dann, wenn es darauf ankommt, sehr weitgehend vernachlässigt. Das ist wohl eine (absehbar gewesene) Folge des – bei gewichtigen Unterschieden im einzelnen – meist kirchlichen Interessen verbundenen Bearbeiterkreises. Gegenmeinungen sind auch

bei den – meist recht aktuellen – Literaturnachweisen entschieden unterrepräsentiert. So findet das mittlerweile recht umfangreiche und vielfältige staatskirchenrechtliche Gesamtwerk von Ludwig Renck, dem derzeitigen Hauptvertreter eines säkularen Religionsrechts, das in besonderer Weise durch klare Begrifflichkeit und logische Stringenz geprägt ist, kaum Beachtung. Die in diesem Zusammenhang mögliche spekulative Frage, warum bestimmten Bearbeitern des Handbuchs bestimmte Themen übertragen wurden, mag unbeantwortet bleiben. Kein Zweifel besteht aber, daß das neue Handbuch des Staatskirchenrechts bei identischem Bearbeiterkreis wesentlich anders aussehen könnte! Bei den Einzelthemen fällt die mehr als nur stiefmütterliche Behandlung des Trennungsprinzips auf. Obwohl die Abschaffung der Staatskirche im Gesamtzusammenhang der WRV als »epochal« (S. 48) und Religionsfreiheit sowie die Trennung von Staat und Kirche als »die zwei Grunddaten der freiheitlichen Verfassungsordnung schlechthin« (S. 72) bezeichnet werden (jeweils A. v. Campenhausen), wird in Band I nirgendwo recht deutlich, welche Bedeutung Art. 137 I WRV – flankiert durch eine ganze Reihe weiterer verfassungsrechtlicher Bestimmungen – eigentlich hat. Bezeichnenderweise ist dem Grundsprinzip der Trennung von Staat und Kirche nicht ein einziger der 74 Paragraphen des Gesamtwerks gewidmet. Speziell auf die Bundesrepublik bezogen erscheint es lediglich unter § 2 V 7 als kleiner Unterpunkt. Ähnliches gilt für die religiös-weltanschauliche Neutralität.

*Insgesamt:* Viel Licht, aber auch viel Schatten.

*Ausblick:* Der für 1995 vorgesehene Band II wird die ebenfalls wichtigen Themen des öffentlichen Wirkens der Kirchen, der Religion im Bildungswesen, der kirchlich-sozialen Einrichtungen, des Dienst- und Arbeitsrechts im kirchlichen Bereich, der Militär- und Anstaltsseelsorge sowie des staatlichen Rechtsschutzes behandeln sowie die Register enthalten.

*Desiderat:* Ein alternatives Standardwerk auf breiterer Basis fehlt nach wie vor. Material wäre genügend vorhanden.

*Gerhard Czermak*

*Gerhard Czermak, Staat und Weltanschauung. Eine Auswahlbiographie. Mit einer Abhandlung zu Entwicklung und Gegenwartslage des sogenannten Staatskirchenrechts, IBDK Verlag, Berlin – Aschaffenburg 1993, 354 S., 88,-DM.*

Anzuzeigen ist ein ungewöhnliches Buch. Es umfaßt zwei Teile: eine Auswahlbibliographie und einen Essay über die gegenwärtige Situation des Religionsrechts. Es hat damit seinen Ort in zwei durchaus unterschiedlichen Literaturgattungen. Außerdem ist es eine parteiische Arbeit. Der Verfasser verzichtet ausdrücklich auf wissenschaftliche Distanzierung. Er bekennt sich expressis verbis zu seinem Vorverständnis als aufgeklärter Humanist, dessen Anliegen es ist, die Bundesrepublik auch als eine geistige Heimstatt aller Bürger zu erfahren. Damit unterscheidet er sich wohlzuwend von der Mehrheit der Vertreter der herrschenden sog. Staatskirchenrechtslehre, die ihr kirchliches Engagement hinter einer Maske wissenschaftlicher Abgeklärtheit zu verbergen trachtet, zur Rechtswissenschaftlichkeit im Religionsrecht jedoch ein vielfach höchst gebrochenes Verhältnis hat. Von ihrer Tendenz her ist die Arbeit von Czermak eher eine Kampfschrift, ein Beitrag zum rechtspolitischen Kampf ums Recht des bekenntnisneutralen Staates. Sie ist zu verstehen und zu bewerten auf dem Hintergrund einseitiger kirchlicher Interessenvertretung durch die im Religionsrecht vorherrschende Doktrin, die, wie nicht zuletzt die Integration der neuen Bundesländer zeigt, selbst durch einschneidende und weitgehende Änderungen der Rechstatsachen in ihrem historischen und doktrinären Beharrungsvermögen nicht zu erschüttern ist. Das Werk wendet sich an den Juristen, aber auch an den gebildeten und interessierten Laien. Die Auswahlbibliographie, gegliedert nach zwölf Sachbereichen, soll unter Verzicht auf Vollständigkeit und durch gelegentliche Hinweise auf eher randseitige Literatur als ein Hilfsmittel zur Stoffsammlung dienen. Ihr Hauptzweck ist daher mehr die Anregung des Lesers als seine umfassende Information. Dabei wird die Subjektivität der Auswahl bewußt in Kauf genommen. Allzu groß ist die Distanz zu den gängigen Arbeiten der herrschenden Staatsrechtslehre dabei nicht. Wer etwa vergleichsweise die Literaturnachweise der druckfrischen zweiten Auflage des Handbuchs des Staatskirchenrechts der Bundesre-

publik Deutschland heranzieht, in denen abweichende Ansichten meist mit Stillschweigen übergegangen werden, wird keinen Grund finden, sich über Czermak zu erheben. Die kritische Abhandlung zum Religionsrecht widmet sich dem gegenwärtigen Stand des Religionsrechts unter dem Aspekt des bekenntnisneutralen Staates. Selbst wer sich aus Gründen wissenschaftlicher Zurückhaltung mit dem kämpferischen Einsatz von Czermak nicht anfreunden kann, wird jedenfalls mit Erstaunen zur Kenntnis nehmen können, wie viele Fragen das geltende Religionsrecht doch offen läßt, wie sehr der bekenntnisneutrale Staat ein Entwurf geblieben ist, wie wenig Lehre und Praxis von den Veränderungen der Bekennnislandschaft beeindruckt werden. Czermak der sich als »nebenberuflichen Einzelgänger ohne wissenschaftlichen Stab« vorstellt, arbeitet ohne Netz und ohne Tarnung. Schon deshalb ist sein Beitrag als eine Leistung zu würdigen, die nicht nur herausfordern soll.

*Ludwig Renck*

*Jürgen Schwabe, Grundkurs Staatsrecht, 4. Auflage, Berlin, de Gruyter, 1991, 125 Seiten, DM 29,80*

Meist voller guter Vorsätze beginnt der durchschnittliche Studienanfänger sein Studium. Einer dieser Vorsätze ist es, ein Vorlesungsverzeichnis käuflich zu erwerben und einen Stundenplan zu erstellen, der brav alle angebotenen Veranstaltungen für das Semester umfaßt. In alter Schulmanier erhofft man, nicht nur eine Lehrveranstaltung zu besuchen, sondern auch einen entsprechenden Lerneffekt. Doch nach einigen Wochen vorsatztreuen Verhaltens ist man seiner Illusion beraubt und erhält ungeahnte Einblicke in den universitären Alltag. Ohne diese Buchbesprechung zu einer allgemeinen Universitätsschelte umfunktionieren zu wollen, steht die Erkenntnis über den Lernerfolg von Vorlesungen oder überfüllter Tutorien zu Beginn, um sich der Bedeutung von Lehrbüchern in der heutigen Juristenausbildung klar zu werden.

Neben Repetitorien, die wohl erst vor dem Examen bedeutsam werden, sind sie die einzige Möglichkeit, den Anforderungen der Übungen und Hausarbeiten zu entsprechen. Eine Lernmethode, die viel Disziplin abverlangt und den Studierenden fast zwangsläufig

zum Einzeltämplfier macht. Besonders dem Studienanfänger kann diese ernüchternde Einsicht schnell die Freude am Studium nehmen. Hinzu kommt der anspruchsvolle, teilweise komplizierte Stoff, der einem klaren, schnell begreifbaren und damit schnell erlernbaren Schema nur schwer zuzuordnen ist. Dies trifft aus der subjektiven Sicht des Studienanfängers am ehesten wohl für das Bürgerliche Recht, weitgehend auch für das Staats- und Verwaltungsrecht zu und erklärt vielleicht im Ansatz die Popularität des Strafrechts.

Somit ist nunmehr der Maßstab für die Bewertung eines Lehrbuches, das sich an Studienanfänger richtet, in seinen Grundzügen erkennbar:

1. Die Sprache muß dem im Lesen wissenschaftlicher Texte noch nicht sonderlich geübten Studienanfänger entsprechen und demzufolge leicht verständlich sein.
2. Der Verfasser darf die Kenntnis von Fachbegriffen oder über minimale Grundlagen hinausgehendes Wissen nicht voraussetzen, die der Student aus eben nach kurzer Zeit nicht mehr besuchten Vorlesungen beherrschen müßte. Darüber hinaus können zu viele Verfasser sich gar nicht mehr in den Studienanfänger hineindenken und hantieren von Beginn an mit Fachausdrücken, die für sie als langjährige Juristen einfach schon zum natürlichen Sprachschatz geworden sind. Daher werden diese erst gar nicht mehr erklärt.
3. Der Verfasser darf nicht von einer hochmotivierten Leserschaft ausgehen. Sicherlich kann man aufgrund der Entscheidung, Jura zu studieren, ein Mindestmaß an rechtswissenschaftlichem Interesse voraussetzen. Es beschränkt sich jedoch oft auf ein Gebiet des Rechtssystems. Dem Verfasser muß es deshalb gelingen, Interesse unter Umständen gar erst zu wecken, zu fördern und zu kanalisieren.
4. Der Verfasser darf sein Einstiegslehrbuch nicht zu einem auf Examensniveau befindlichen Lehrbuch mit abschließendem Anspruch überfrachten. Er muß einen Überblick verschaffen und ein Grundverständnis vermitteln. Fundament für die »Höhen« der juristischen Arbeit mit kniffligen Problemen, Meinungsstreit und den verschiedenen Theorien als Lösungsmodelle.
5. Lehre muß immer auch Methodik und Pädagogik beinhalten. Ein Lehrbuch ebenso.

Um das Ergebnis ganz unjuristisch, abwei-

chend von Gutachtensstil und Subsumtions-technik vorwegzunehmen: Schwabe wird all diesen Ansprüchen gerecht.

Schwabe schreibt durchweg in einer Sprache, die das Verständnis des zu erlernenden Stoffes erleichtert. Er verzichtet auf komplizierte Satzkonstruktionen und bedient sich überwiegend umgangssprachlicher Vokabeln. Durch direkte Ansprache des Lesers erhält dieser fast den Eindruck, als kommuniziere der Verfasser mit ihm persönlich. Der Grundkurs Staatsrecht liest sich, als sei es weniger Buch als vielmehr Skript einer Vorlesung oder eines Vortrags. Dabei verzichtet Schwabe ganz auf Fälle oder Fragen am Ende einer Lerneinheit, statt dessen baut er vereinzelt kleine Denkaufgaben und -anfälle zur Überprüfung des Erlernten ein. Diese durch direkte Kommunikation und Denkanfälle vermittelte Einbeziehung des Lesers läßt ein in Passivität fallendes und oberflächlich abhängendes Lesen nicht zu. Der Leser wird aktiv gefordert. Verstärkt durch ständige Verweise auf den Gesetzesstext und die Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen.

Dabei streicht Schwabe die Bedeutsamkeit der Lektüre von Gesetzesnorm und Originaltext der Entscheidung heraus, indem er nicht den Fehler begeht, selbständig zu zitieren oder nachzuerzählen. Der Studierende muß, um die weiteren Ausführungen verstehen zu können, selbständig die angegebenen Entscheidungen und Normen nachlesen. Meist wird hierbei nicht nur die Norm einfach angegeben, sondern auf die relevanten Sätze oder Absätze hingewiesen mit der entsprechenden Anweisung, einzelne Sätze der Übersichtlichkeit wegen einzuklammern oder auszustreichen. Unschätzbare Hilfen für die Gesetzesanwendung, weit über den Erwerb der Scheine hinaus!

Was die angegebenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts betrifft, sind diese in einer eigentlich zum Grundkurs Staatsrecht dazugehörigen Studienausgabe zusammengefaßt. Dies hat die Vorteile, daß die zeitraubende Suche nach der entsprechenden Entscheidung dem Studierenden abgenommen wird und nur die wesentlichen Passagen abgedruckt sind. Die Zusammenstellung kommt bis auf eine sachgerechte Gliederung ohne Zusätze des Herausgebers aus und wird so zu einem preiswerten kleinen Handapparat und Nachschlagewerk von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, deren Investition sich für das gesamte Studium

bezahlt macht. Die Auswahl reicht für den Studenten mit einem durchschnittlichen Interesse für das Staatsrecht aus, um die wichtigen Entscheidungen zu kennen und ein Grundverständnis für die Positionen des Verfassungsgerichts zu entwickeln.

Inhaltlich beschränkt Schwabe sich nicht nur auf die Darstellung materiellen Wissens, sondern bindet dieses in den dazugehörigen historischen und gesellschaftlichen Kontext ein. Die Entwicklungslinien des deutschen Staatsrechts werden aufgezeigt und erleichtern dadurch das Verständnis für die rechtliche Regelung, die stets Resultat eines Entwicklungsprozesses ist. Gleichermaßen gilt für die oftmals strittigen und problemorientierten Bereiche des Staatsrechts, die mit der nötigen Hintergrundinformation erklärt und gelöst werden. Dadurch wird Recht nicht nur abstrakt, sondern konkret begreifbar. Die vereinzelt komplexeren Ausführungen mit Bezug zu Staatstheorie und Philosophie betreffen eine gut vertretbare Auswahl von Grundlagen, die einen Gesamtzusammenhang vermitteln, und die die Konfrontation mit schwierigen Sachverhalten im Laufe des weiteren Studiums oder im Examen erleichtern. Dabei lässt Schwabe auch in der universitären Ausbildung nur zu Randgebieten gehörende Bereiche wie Staatskirchenrecht oder Notstandserfassung nicht aus. Diese Kapitel sind ebenso wie das immer wichtiger werdende Europarecht nur sehr kurz gehalten. Doch hat der Studierende damit einige Grundbegriffe zumindest einmal gehört. Sie können aufgrund des einmal entdeckten Interesses Anregung sein, sich mit einem der Bereiche vertiefend zu befassen. Zugegeben: Inhaltlich umfassen diese Kapitel noch nicht einmal annähernd fundiertes Grundwissen. Ein Einstiegslehrbuch muss diese Aufgabe aber auch nicht erfüllen. Es soll vor allem Interesse wecken und entwickelte Scheu vor einem juristischen Fachgebiet, wie es vor allem dem Staats- und Verwaltungsrecht entgegengebracht wird, abbauen helfen.

Interesse fördert Schwabe darüber hinaus mittels kleiner juristischer Spalten, Bemerkungen und persönlicher Stellungnahmen zur Politik, Gesellschaft und Staatspraxis. Der Forderung nach weitgehender Neutralität eines Lehrbuchautors genügt Schwabe dadurch zwar nicht. Doch wird damit erreicht, daß Formulierungen provozieren und herausfordern. Der Student ist gezwungen, selbstständig, wenn auch nur geistig, Stellung zu bezie-

hen und sich mit dem Gegenstand tatsächlich auseinanderzusetzen. Ebenso wird die Nähe von rechtlicher Stellungnahme und politischer Ausrichtung, überhaupt die Verflechtung von Staatsrecht und Politik deutlich.

Juristische Meinungen, gleich ob es sich um die sogenannte h. M., h. L. oder a. A. handelt, werden als Ergebnis einer subjektiven Position verstanden. Das Credo der Unantastbarkeit wird verworfen und dem Studierenden die Möglichkeit eröffnet, sich vorbehaltlos für eine eigenständig durchdachte Meinung zu entscheiden. Unabhängig davon, ob er dabei einer absoluten Mindermeinung folgt und sich gegen die »Autoritäten« der Rechtswissenschaft stellt. Dies ist die Herausforderung und das Interessante am juristischen Studium: ein Problem herauszufiltern, Meinungen gegenüberzustellen und sich dann selbstständig juristisch begründbar zu entscheiden.

Keine Buchbesprechung, auch eine noch so positive, kommt ohne Kritik aus. Das berühmte Haar in der Suppe findet sich auch bei Jürgen Schwabe. Gemeint ist der Grundrechtsteil.

Schwabe untergliedert in allgemeine Grundrechtslehren, die einzelnen Grundrechte und weitere allgemeine Grundrechtslehren. Die Aufteilung der Grundrechtslehren in zwei Teile erschwert das Verständnis. Wichtige Grundlagen und Probleme, die für das Verständnis der einzelnen Grundrechte wesentliche Voraussetzung sind, werden erst im zusätzlichen Teil der Grundrechtslehre behandelt. Am Beispiel der Erklärung der Grundrechtsträgerschaft wird dies besonders deutlich. Es erscheint mir unmöglich, den Bedeutungsgehalt des Schutzbereiches für die einzelnen Grundrechte zu schildern, ohne daß der Leser über Kenntnisse zum persönlichen Gewährleistungsbereich verfügt. Die Systematik der Grundrechte wird ebenso erst im Anschluß dargestellt. Die Ausführungen zu den einzelnen Grundrechten sind losgelöst von der didaktischen Kritik an der beschriebenen Dreigliederung auch inhaltlich unzureichend. Hinzu kommt, daß Schwabe auch sprachlich nachlässig wird. Das mag an der Absicht des Verfassers liegen, den Stoff komprimiert vermitteln zu wollen. Was für die Einführung und das Staatsorganisationsrecht an kurzer, aber dennoch inhaltlich ausreichender Darstellung gilt, muß bei der Fülle an Material zu den Grundrechten scheitern. Gerade in Anbetracht der Bedeutung, die dcn

Grundrechten im »richtigen Leben« und zum Erwerb des kleinen Scheins zukommt, wird dieser Kritikpunkt bedeutsam. Die Empfehlung für dieses Lehrbuch aufgrund der hervorragenden Einführung in das Staatsrecht und des Teils zum Staatsorganisationsrecht schließt daher den Hinweis ein, daß sich der Studierende in einem der anderen bekannten Lehrbücher das nötige Wissen zu den Grundrechten aneignen muß. Hierbei sei besonders auf Alfred Katz und Pieroth/Schlink verwiesen.

Der Abschluß des Buches mit Hinweisen zur Vorbereitung auf die staatsrechtliche Anfängerübung wiederum unterstreicht den Wert dieses Lehrbuchs. Die zu Beginn des Studiums unbekannten Anforderungen hinsichtlich Gutachtenstil, Formalien und Gestaltung einer Hausarbeit werden angesprochen und vermitteln so wichtiges Handwerkzeug für das erfolgreiche Bestehen einer Prüfung. Der Hausarbeits- oder Klausurenauflauf wird nicht wie oftmals üblich einfach schematisch abgehandelt, sondern mit den notwendigen Fragestellungen hergeleitet. Dadurch werden von vorhinein ein zu strenges an den einschlägigen Schemata haften bleiben verhindert und unnötige Ausführungen, die negativ in die

Bewertung einfließen, vermieden. Wer ohne Prüfungskatalog nicht auskommt und sich aufgrund der im Buch befindlichen Ausführungen zu unsicher fühlt, der bediene sich eines reinen Klausurenlehrbuchs. Ob er dadurch einen besseren Einblick in die Klausurtechnik erhält, sei dahingestellt.

Jürgen Schwabes »Grundkurs Staatsrecht« sollte aber in keiner privaten Lehrbuchsammlung fehlen. Zugang und Einstieg in das Staatsrecht werden trotz der Kritik am Grundrechtsteil erheblich erleichtert. Dieses Defizit kann aufgrund des relativ geringen Umfangs des Buchs leicht wettgemacht werden durch das Heranziehen eines anderen Lehrbuches zu den Grundrechten. Schwabe erfüllt alle Kriterien für ein gutes Lehrbuch. Der Studienanfänger erhält einen kompakten Überblick, fundiertes Grundwissen und wird durch die Lektüre dieses Buches Interesse an einer Vertiefung in das Staatsrecht entwickeln. Für höhere Semester stellt der Grundkurs Staatsrecht eine gute Möglichkeit dar, ein vernachlässigtes Fachgebiet zeitsparend aufzufrischen und noch einiges dazuzulernen.

*Marc Grünbaum*