

Buchbesprechungen

Das wahre Verfassungsrecht. Zwischen Lust und Leistung. Gedächtnisschrift für F. G. Nagelmann. Hrsg.: Umbach, Dieter C.; Urban, Richard; Fritz, Roland; Böttcher, Hans-Ernst; von Barga, Joachim. Baden-Baden (Nomos Verlagsgesellschaft) 1984, 538 S., DM 96,-

Die Autoren - dies zum tieferen Verständnis des Werkes - sind 50 ehemalige oder amtierende »wissenschaftliche Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts«. Es handelt sich dabei um sog. beamtete Hilfskräfte, die die Entscheidungen der Bundesverfassungsrichter vorbereiten, ihnen hier und da wohl auch die Feder führen und ihnen persönlich zugeordnet sind. Auf diese Arbeit, die keiner sieht, folgt ziemlich regelmäßig ein steiler beruflicher Aufstieg. Soviel zum Milieu, in dem dieses Buch entstand.

Es gilt dem Gedächtnis Friedrich Nagelmanns. Sohn eines höheren Beamten, studiert er Jura, wird Beamter, entnazifiziert und erster wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht. Entgegen späteren Gepflogenheiten bleibt es dabei. Seine letzten Jahre verbringt er als juristischer Schriftsteller. Nach einem Besuch bei seinem Verleger ist er 1958 verschollen.

Aus der Anlage dieses Ulks um ein Phantom, mit dessen Vorfahren (»E. A. Dölle«, »E. F. Dräcker«) schon unsere Ministerialbeamten in Bonn in einem Zustand progressiver bürokratischer Regression sich ihre Zeit vertrieben haben, müssen die 538 Seiten ihren Witz beziehen. Zugegebenermaßen kein leichtes Geschäft, denn was verleiht dem Schicksal Nagelmanns - von seinem originellen Ende einmal abgesehen - Komik? Die Mühe, die es die Verfasser kostet, der Gefahr einer Verwechslung mit ihrer Witzfigur zu entgehen,

bringt es an den Tag: Das Phantom ist keins, Nagelmann ist mitten unter uns. Zwicker und Vatermörder, mit dem man den Geehrten auf dem Schmuckblatt verkleidet, schaffen zwar historische Distanz, aber das bringt den Gegenstand nicht aus der Gefahrenzone. Die zahlreichen Veröffentlichungen Nagelmanns zum Forstverwaltungsrecht, Besoldungsdienstalterberechnungsrecht usw., die in die Festschriftbeiträge eingewirkt werden, scheinen nur auf den ersten Blick übertrieben. Wenn das komisch ist, wäre der juristische Ausstoß unserer Tage Realsatire. Oder worin soll man den Unterschied zu einer Situation sehen, in der ein Heer von Universitäts- und anderen Juristen rastlos dogmatische Weisheiten auf den Markt wirft, nach denen keiner fragt, die keiner liest und die sich in dem Zweck erschöpfen, ihre Autoren mit dem angenehmen Gefühl von Produktivität auszustatten?

Nun könnte das Buch als Sammlung mehr oder weniger verstiegener Verfassungsexegesen, ja als hintersinnige Persiflage auf eben diese Situation gelesen werden. Daran hindert nun wiederum ein anderer Umstand. Bei der Verbindung von Verfassungsgericht, Humor und Karriere kann nämlich eins auf Kosten des anderen gehen. Das ist das Problem dieses Buches. Am besten hat es die Karriere überstanden. Die meisten Autoren hatten sie bis zur Drucklegung schon geschafft. Um die Nachgebliebenen braucht man nicht zu fürchten. Denn auch die Verfassung und ihr Gericht sind heil davongekommen. Nicht daß das Gericht kein dankbares Objekt politischer Satire wäre. Wer allzuoft aus den Geweiden der Opfertiere, und dabei - anders als das historische Vorbild - seine Miene nicht einmal zu einem Augurenlächeln verzieht, müßte mit mehr Gelächter zu kämpfen haben. Aber wir haben keinen Tucholsky.

Dafür haben wir den Nagelmann. Das ist die zeitgemäße Form staatstragenden Humors, die das Gegenteil von Satire ist. Aber man darf den Verfassern nicht unrecht tun. Sie wollten keine Satire schreiben, und das meiste dürfte in seiner Weise den Geschmack der h. M. treffen. Es hält das Niveau einer gebildeten Damenrede des örtlichen Juristenballs. Manche Beiträge hingegen würden in der NJW keinerlei Verdacht erregen.

Das Buch beginnt mit einem Vorwort des Gerichtspräsidenten Zeidler. Er legt den Finger auf einen der wundesten Punkte unseres Verfassungslebens: Stellenkürzungen und Wiederbesetzungssperren im Bundesverfassungsgericht. Auch sein Nachfolger Herzog faßt in einem »Zwischenwort« ein heißes Eisen an und kühlt es mit mildem Spott. Seine methodischen Reflexionen verheddern sich in einer »Theorie des Zwischenworts«. Es ist schon wahr: Wie oft geht uns Juristen in der grauen Theorie der Blick für das Eigentliche verloren. Und in einem »Nachwort« ulkt Altpäsident Benda über Empfängerhütung und Quarzuhren.

Scherzniveau und die Grenzen des Erlaubten sind damit autoritativ bestimmt. Aber auch in diesem Rahmen haben die Hilfsrichter vor den Spaß viel Schweiß gesetzt. Etliche Beiträge präsentieren sich nämlich so, wie uns auch normale Beiträge zum Verfassungsrecht die Zeit lang werden lassen. In der schweren Herrenzimmerhetorik juristischer Habilitationsschriften werden Grundrechtskerne geschält, Silben gestochen, Schranken verschränkt, aus einem Satz fünfzig gemacht - kurz: es wird all das getrieben, was wir Juristen gegen das ahnungslose Gespött unserer Kritiker eben wissenschaftliche Forschungen nennen. Alles ist seriös und läppert sich mit Fußnoten reich garniert dahin. Irgendwann müßte der Leser in die erste Falle dösen. Aber wann? Nicht notwendig dann, wenn die Exegese besondere Blüten treibt. Das ist bekanntlich ein ziemlich unsicheres Unterscheidungsmerkmal von Scherz und Ernst im Verfassungsrecht. Diese Unsicherheit macht sich das Buch ja gerade zunutze. Einen gewissen Anhalt bieten die Fußnoten. Namen wie »Brosämle«, »Schäberle«, »Werry v. Dementel« usw. indizieren gewissermaßen die Rechtswidrigkeit des Textes. Letzte Sicherheit bieten sie nicht (»Quaritsch«). So bleibt die Lektüre von der anstrengenden Furcht

begleitet, an der falschen Stelle zu lachen. Wenn beim nächsten Betriebsausflug des Bundesverfassungsgerichts aus dem »Nagelmann« vorgelesen wird, warte man am besten auf den Einsatz des Präsidenten.

Joachim Nocke

Klaus Marxen: Rechtliche Grenzen der Amnestie. Heidelberg (C. F. Müller Juristischer Verlag) 1984. X, 68 S., DM 28,-

Marxen befaßt sich in seiner auf seinen Habilitationsvortrag in Frankfurt zurückgehenden Schrift mit einem Thema, das trotz seiner gewichtigen, theoretischen wie praktischen, Bedeutung literarisch wenig beachtet worden ist. Die Wichtigkeit des Themas war zudem zur Zeit der Entstehung der Schrift durch eine geradezu beneidenswerte Aktualität unterstrichen: Amnestiebegehren hatten nicht nur alternative Parteien für Hausbesetzer und Demonstranten in Berlin und für Startbahngegner in Hessen gestellt, sondern auch die Regierungsparteien für Steuersünder in Bonn. Doch damit nicht genug: M. erörtert die Amnestie als ein Beispiel einer Reihe von »Straflosigkeitgründen«, etwa der §§ 59, 60 StGB und der §§ 153 ff. StPO, den Erlass des Hessischen Justizministers über die Halbierung der Freiheitsstrafe eingeschlossen. M. behandelt seinen Gegenstand durchgehend anhand von lehrreichen Fällen aus der jüngsten sowie der weiter zurückliegenden Vergangenheit Deutschlands, aber auch des Auslands (Argentinien, S. 42). Er trifft hilfreiche, begriffliche Unterscheidungen: Begnadigung bzw. (General-)Abolition einerseits, Amnestie andererseits; rechtskonstituierende und rechtsperpetuierende Amnestie; Jubel- und Zweckamnestie (S. 8-16). Schließlich begründet er formale (Gesetzesform, Gesetzgebungskompetenz des Bundes) und sodann inhaltliche Grenzen: Vorauswirkungsverbot, Verbot der Individualamnestie, Verbot der Selbstbegünstigung, Verbot der Ungleichbehandlung und »Grenzen aufgrund staatlicher Strafpflichten« (S. 17-58). Die Arbeit M.s durchzieht eine - durchaus berechtigte - Skepsis. Seine Sorge gilt der Geltung des allgemeinen Gesetzes und damit Grundfeilern des Rechtsstaates wie der Ge-

waltenteilung, der richterlichen Unabhängigkeit, dem Gleichheitsprinzip oder der Rechtssicherheit. Er will den (Nicht-)Einsatz von strafrechtlichen Sanktionen dem Einfluß wechselnder Zweckbestimmungen entziehen und die von ihm richtig diagnostizierte Vorgehensweise (S. 6) ablehnen, wonach das Vorsehen oder die Verhängung von Strafen durch die Aussicht auf einen möglichen Strafverzicht erleichtert wird.

Der Grad der Zurückhaltung gegenüber der Amnestie und dementsprechend die weite oder enge Ziehung ihrer Grenzen sind naturgemäß von dem Ausmaß der Aufgaben abhängig, mit denen das Institut bedacht wird. Mit der Beschreibung der möglichen sinnvollen Aufgaben geht M. aber äußerst sparsam um. Die Funktionszuweisung, »durch Straftaten bedrohte politische Verhältnisse zu stabilisieren« (S. 48, ebenso S. 9 ff.), ist eigentlich die einzige von M. anerkannte Aufgabe, die eine einigermaßen positive Bewertung verdient. Wenn M. auf S. 48 Bezug auf »Sachgerechtigkeit« nimmt, bezieht er zwar eine Position, die über Zweckverfolgung hinausweist, dies wird aber nicht konzeptionell aufgehoben; es ist weder vorher herausgearbeitet worden, noch wird es nachfolgend weiter aufgenommen. Einem präventiv orientierten Strafrecht wird von M. – diese Deutung für die verkürzte Aufgabenbestimmung sei mir gestattet – nichts anderes zugetraut als der instrumentale Einsatz des Amnestiemittels (vgl. S. 11–16).

Dabei wird Gewichtiges außerhalb des Blickfelds gelassen. Ohne Rücksicht auf Systematik könnten z. B. folgende weitere Aufgaben der Amnestie in Betracht gezogen werden: einen zu weit geratenen Strafrechtsschutz rückgängig zu machen; das Fehlen der Notwendigkeit der Strafe wegen einer anderweitigen Verarbeitung des Konflikts zu realisieren; bei einer nachträglichen Einsicht über außerordentliche Ausschließungsgründe der Unrechts- oder Schuldzurechnung »Sachgerechtigkeit« walten zu lassen; eine obsolet gewordene Norm schrittweise abzuschaffen, indem die Folgen jeweils beobachtet und überprüft werden. (Das Letztere ist die positive Wendung der von M. kritisierten »Amnestiegewöhnung«, S. 27 ff.)

Daß mit der Erweiterung der Aufgaben der Amnestie ihre Grenzen anders abgesteckt werden müssen, als M. dies sieht, liegt auf der Hand. Hinzu kommt, daß eine Amnestiefreundlichkeit, die M. von sich weist, mit der

Einsicht über Legitimationsdefizite des Strafrechts einhergeht: Ein Strafrecht, das »sein gutes Gewissen verloren hat« (Radbruch), sollte die Vorbehalte zurückstellen und den Weg der Amnestien, aber auch der Begnadigungen, Strafaussetzungen und Strafmilderungen bereitwilliger beschreiten. Dementsprechend steht eine restriktive Haltung gegenüber Strafflosigkeitsgründen vor Begründungsanforderungen, die die Legitimation des Strafrechts betreffen. Diesen Anforderungen kommt M. dadurch nach, daß er die »staatlichen Strafpflichten«/Unverjährbarkeitsvorschriften und den Topos »Opferschutz« ins Feld führt. Diese Begründung ist unzureichend, zuweilen stimmt sie sogar nachdenklich:

Auch wenn man grundsätzlich *staatliche Strafpflichten* (S. 50 ff.) annehmen wollte, wäre zusätzlich zu begründen, warum diese absolut, d. h. unabhängig von jeder Besonderheit der Handlungssituation, gelten sollten. Mit ihrer Annahme ist ferner nicht ausgemacht, daß eine Korrektur des Strafurteils für immer ausgeschlossen sein muß; es ist möglich, ja es ist zu hoffen, daß der Konflikt mit der Zeit derart verarbeitet worden ist, daß die Fortsetzung des Strafvollzugs entbehrlich wird. Außerdem: warum sollte der Gesetzgeber an die Unverjährbarkeitsvorschriften, die übrigens auch politisch motiviert sein können, gebunden sein?

Bedenken sind anzumelden, wenn sich M. mit dem Argument »Opferschutz« (S. 7, 17, 25, 28) gegen eine »Machtunterschreitung« des Staates wendet. Meines Wissens ist dieser Topos neueren Datums (früher: Rechtsgüter, Normen), aber wie es scheint, ist er so selbstverständlich geworden, daß der reichlich zitierende M. keinen Beleg für nötig hält. Mit Rücksicht auf das Verhalten des Opfers sollte eigentlich im Rahmen der sog. Viktimo-Dogmatik der Strafbarkeitsbereich reduziert werden. Bei der Reaktion auf diese dogmatische Richtung ist aber nun zu beobachten, daß die Berufung auf das Opfer kurzerhand die Lücken bei den Straftheorien schließen soll. Man versucht außerdem, damit einen Widerpart zum Täter zu schaffen: Das Opfer ist eine Art Argument aus »Fleisch und Blut«, das ähnlich wie das plakative »Steuerzahlerargument« betroffen machen soll. Dadurch können Emotionen erweckt werden, die die Beachtung neutralisieren können, die im Rahmen der Täterorientierung der neuesten Zeit dem Täter zugekommen ist (vgl. die Klage

Spendels, JZ 1984, S. 507, über den »heutigen Zug der Zeit«, die »fast mehr Verständnis für den Verbrecher als für sein Opfer aufbringt«).

Übersehen wird dabei, daß die simple Dichotomie von Tätern und Opfern, insbesondere bei den politisch motivierten Straftaten – dem Hauptanwendungsbereich der Amnestie –, künstlich ist. Übersehen wird auch, daß für das Opfer der Schutz des Strafrechts meistens zu spät kommt und daß bei den Bestrafungsbedürfnissen der Opfer auch andere »Produzenten« am Werke sind. Vor allem wegen dieser Nähe zum law-and-order-Lager – einem für Marxen mit Sicherheit fremden Betätigungsfeld – ist aber eine Distanzierung von dieser Argumentationsweise geboten.

Dimitrios Pitsounis

Wiltraut Rupp-v. Brünneck: Verfassung und Verantwortung. Gesammelte Schriften und Sondervoten. Herausgegeben von Hans-Peter Schneider. Baden-Baden (Nomos Verlagsgesellschaft) 1983, 501 S., DM 98,-

1. Zunächst: Diese Rezension ist ein Akt in einem Stück »Pflichtübung«: Wenn Schriftensammlungen, Festschriften, akademische Ehrungen von Richtern und für Richter des Bundesverfassungsgerichts so zu Normalitäten werden, wie es derzeit der Fall ist, dann ist es nur *uste et decorum*, auch eine der bisher drei Richterinnen zu Wort kommen zu lassen. Wenn in fast allen Äußerungen so weitgehender Konsens zu vernehmen ist, gibt es umso bessere Gründe, die abweichenden Meinungen und Schriften eines Mitgliedes des Bundesverfassungsgerichts zur Kenntnis zu nehmen, das oft in der Minderheit geblieben ist. Man mag dann zwar – und ich will daher im folgenden – fragen, ob ein so repräsentativer Band mit der gehaltvollen und ehrenden Gedenksprache des damaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, *Benda* (S. 473 ff.), nicht die Gesichtspunkte der Opposition relativiert, integriert und damit falsifiziert. Aber selbst wenn das der Fall sein sollte: der Band repräsentiert ein Stück Rechtsgeschichte und Rechtskultur der Bundesrepublik Deutschland. So gebührt ihm auch die Würdigung in dieser Zeitschrift.

2. Dennoch habe ich den Band auch und vor allem mit biographischem Interesse zur Kenntnis genommen. Bei der Bedeutung jedes Richters im Bundesverfassungsgericht und dem Defizit persönlicher demokratischer Legitimation des einzelnen Richters liegt das Interesse an der näheren Konturierung von »Richterbildern« nahe und paßt der Band gut zu neueren Fragestellungen in dieser Richtung! Woher kommt die Substanz der (S. 369 ff.) abgedruckten Sondervoten und der Mut dazu, sei es im Bereich der Meinungsfreiheit (*Mephisto*, BVerfGE 30,173, Filmeinfuhr, E.33,52, *Hetzblatt*, E.42,143), der Hochschulverfassung (E.35,79), der Abtreibung (E.39,1) oder des Sozialstaatsprinzips (Österreich, E.32,111, *Nachentrichtung*, E.36,237)? *Hans-Peter Schneiders* einführende biographische Einleitung (S. 13 ff.) enthüllt einerseits die fest etablierte Herkunft *Wiltraut Rupp-v. Brünnecks* aus einer ostelbischen Adelsfamilie mit Tradition der juristischen Ausbildung und der Tätigkeit im Staatsdienst, andererseits die Sondersituation der Frau, die sich vor diesem Hintergrund in der NS-Zeit solcher Ausbildung widmet und in der Kriegssituation ins Reichsjustizministerium, freilich ins Grundbuch- und Erbrechtsreferat, gelangt; einerseits die Richterkarriere in der SBZ und bald Beamtenkarriere in der Hessischen Staatskanzlei, andererseits den politisch prägenden Kontakt mit *G. A. Zinn* und *Adolf Arndt*, gipfelnd in der Wahl ins Bundesverfassungsgericht 1963. Aus der Phase davor ist in dem Band nur der allerdings eindruckliche, die Bedeutung der sozialistischen Elemente unbestechlich dokumentierende Bericht über die Entstehung der Hessischen Verfassung (1954) abgedruckt (S. 49 ff.); in der Tat neben der Kommentierung (mit *Zinn*) der Hessischen Verfassung und einigen ganz technischen Aufsätzen die einzige wichtige Veröffentlichung jener Jahre.

Erst auf dieser Grundlage, im Rahmen der Arbeit im Bundesverfassungsgericht, entstanden somit (1969 bis 1977) die sogleich zu referierenden Konzepte, Schriften, Urteilsanteile. Weder von einem Ausgangspunkt in der Arbeiterbewegung (welcher Richtung auch immer), noch neuerer kritisch-theoreti-

1 So *Schneider* in der Einleitung, S. 13 f.; vgl. *Häberle*, JöR 32,1983, S. III und die Beiträge von *Ritterspach* und *Fromme* a. a. O. S. 55 ff., 63 ff., *Maunz*, JöR 33,1984, S. 167 ff.; vgl. auch *Scheffold*, Anstöße 1/1983, S. 18 (28 f.).

scher Ansätze (etwa der Frankfurter Schule), noch umfangreicher parteipolitischer Tätigkeit oder einer ausführlich artikulierten wissenschaftlichen Position läßt sich daher sprechen, sondern Hintergrund der Richterin war eine sehr traditionelle Existenz in einer Juristen- und Beamteneelite, modifiziert einzig durch die Wandlungen der Stellung der Frau von der Nazi- über die Kriegs- und die Wiederaufbauzeit nach 1945. Das Bundesverfassungsgericht selbst war also das Seminarium des juristischen Werks *Wiltraut Rupp-v. Brünnecks* - schon dieser Befund mag überraschen und zugleich die Art der Publikation des Bandes rechtfertigen.

3. Zur inhaltlichen Würdigung kann man von den abgedruckten 11 Arbeiten und 7 Sondervoten ausgehen, sie entweder referierend oder, wie es *Schneider* in seiner Einleitung tut, systematisch in ihren Grundgedanken zusammenstellend. Letzteres Vorgehen ermöglicht, eine pragmatisch-vernünftige, in Einzelfragen (v.a. der Sondervoten) progressive Facette in der Staatsrechtslehre der Bundesrepublik darzustellen, die dank dem Band nun leicht faßbar ist; dabei sind die Einzelerkenntnisse allerdings größtenteils nicht aufregend und beeindruckt eher der durch den relativ homogenen Zuständigkeitsbereich des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts (klassische Grundrechte) geförderte innere Zusammenhang des Werks.

Wichtiger erscheint mir, von der in dem Band (S. 473 ff., insb. 476 f.) mitgeteilten Erkenntnisquelle der Gedenkansprache *Bendas* auszugehen; denn sie lüftet das sonst der Justizforschung entgegenstehende Beratungsgeheimnis insofern weiter, als auch die Beiträge der Richterin zu Entscheidungen und Entscheidungskomplexen des Bundesverfassungsgerichts referiert und die Schriften und Sondervoten dadurch in einen Zusammenhang gestellt werden.

Dabei entpuppt sich als zentraler Ansatzpunkt BVerfGE 21,362 zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen (insb. des öffentlichen Rechts) mit der daraus abgeleiteten wissenschaftlichen Aufbereitung der Problematik in der Arndt-Festschrift (hier S. 110 ff.). Die Zurückhaltung bei der Anerkennung der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts hat sich nicht nur, entgegen allen Kritiken, als folgenreich erwiesen (neuerdings etwa BVerfGE 61,82; 68,193); sie ist offenbar für *Rupp-v. Brünneck* der Ansatzpunkt einer

personalen, den Individualrechtscharakter zum Schutz des Menschen betonenden Sicht der Grundrechte gewesen. Diese sollen nicht »zur wirksamen Waffe für Interessenverbände und Großunternehmen werden, um ihre Machtposition gegen das öffentliche Interesse zu verteidigen und den Einzelnen mehr und mehr zurückzudrängen« (S. 117); es gilt zu verhindern, »daß eine sinnvolle Ordnung der staatlichen Aufgabenerfüllung und eine Anpassung der Staatsorganisation an die wechselnden Erfordernisse der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Entwicklung erheblich erschwert werde, wenn der Gesetzgeber und die Exekutive bei jeder Änderung der bestehenden Verhältnisse, die in den Funktionsbereich oder das Vermögen einer rechtsfähigen Körperschaft oder Verwaltungseinheit eingriffe, durch Grundrechte der Betroffenen beschränkt wären und entsprechend mit Verfassungsbeschwerdeverfahren rechnen müßten.« (S. 124). Diese bei der Diskussion um Art. 19 III GG oft verkannte Grundkonzeption ist der Schlüssel für weitere Folgerungen: gegen eine Absolutsetzung von Eigentumspositionen in der Gesetzgebung über Kriegs- und Besatzungsfolgen (E. 27,253, 326; 41, 126), der Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer als detaillierten Organisationsprinzips für die Selbstverwaltung der Universitäten (Sondervotum zu E. 35,79, S. 404 ff.), der Menschenwürde und des Rechts auf Leben als Verpflichtungsgrund für den Gesetzgeber, bestimmte Strafsanktionen gegen Abtreibungen vorzusehen (Sondervotum zu E. 39,1, S. 437 ff.; vgl. auch die abgewogenen Stellungnahmen zur Lebensqualität und zur Reform des § 218 StGB, S. 277 ff., 311 ff.) des – unter Gesetzesvorbehalt garantierten (Art. 16 I 2, 116 I GG, vgl. S. 338) ! – Rechts auf deutsche Staatsangehörigkeit angesichts des Grundvertragsurteils. In diesen und anderen Fällen nötig somit ein vom Schutz der menschlichen Personen ausgehendes Grundrechtsverständnis zu einer Zurücknahme der verfassungsgerichtlichen Kontrolle.

Umgekehrt erfordert dieses Verfassungsverständnis eine Ausdehnung des Grundrechtsschutzes, wenn die personale Entfaltung des Menschen in seinem grundrechtlich geschützten Bereich betroffen ist. In diesem Zusammenhang sind die abweichenden Meinungen der Richterin zum Schutz der Meinungs-, Informations-, Kunst- und Pressefreiheit im Mephisto-, Filmeinfuhr- und im

Hetzblattfall (E.30,173; 33, 52; 42,143) viel beachtet worden. Der Zusammenhang zeigt jedoch, daß es dabei keineswegs um die isolierte Bevorzugung der Kommunikationsfreiheiten ging, sondern um die Abgrenzung des spezifischen, vom Bundesverfassungsgericht zu schützenden Verfassungsrechts. Besonders deutlich wird dies durch *Bendas* Darlegungen (S. 474, 479 f.), wonach die Lebach-Entscheidung (E.35,202) maßgeblich auf *Rupp-v. Brünneck* zurückgegangen sei - und damit der Vorrang von Gesichtspunkten des Schutzes freilich nicht einer abstrakten, aber einer durch verfassungsrelevante Gesichtspunkte der Resozialisierung und der Intimsphäre konkretisierten Persönlichkeit. Ähnlich konkrete Grundrechtsbetroffenheit schützen im Bereich des Ausländerrechts Entscheidungen gegen den Sofortvollzug von Ausweisungen (E.35,382; 38,52), vor allem aber die offenbar ebenfalls auf *Rupp-v. Brünneck* zurückgehende berühmte »Spanier-Entscheidung« (E.31,58, vgl. *Benda*, S.476), die dem Recht auf Ehe gegenüber scheidungsfeindlichen ausländischen Rechtsordnungen zum Durchbruch verhalf und daher für das IPR wegweisend war (vgl. neuerdings E.68,384).

Damit ist zugleich der Zentralbereich der Zuständigkeit angesprochen, den *Wiltraut Rupp-v. Brünneck* gemäß der Geschäftsverteilung im Bundesverfassungsgericht als Berichterstatterin zu behandeln hatte: neben dem Persönlichkeitsrecht und dem IPR insbesondere der Bereich des Familienrechts mit seinen sozialrechtlichen Ausprägungen. Hier half freilich ein Verständnis der Grundrechte als Abwehrrechte für sich allein nicht weiter, sondern galt es, den institutionellen Gewährleistungsgehalt zu interpretieren, beim Ehebegriff, wie, vor allem, bei der Gleichstellung der nichtehelichen Kinder, wohl der kühnsten verfassungsinterpretatorischen Leistung der Richterin, unter Umdeutung eines altherwürdig (Art.121 WV) leerlaufenden Programmsatzes in einen nach Ablauf der Wahlperiode unmittelbar anwendbaren Gleichheitssatz (E.25,167). Hielt sich demgegenüber das Sondervotum zum Österreich-Beschluß (E.32,111) eher im Rahmen einer Kritik wenig konsistenter Praxis zum Verbot der Rückwirkung von Gesetzen, so findet sich darin dennoch der Schritt zu einer stärkeren Heranziehung des Sozialstaatsprinzips. Dieses wurde auch in anderen sozialrechtlichen Entscheidungen, insb. zu den Heiratsklauseln

im Sozialrecht (grundlegend E.28,324 [348], vgl. danach 29,57,71) entwickelt - freilich mit großer, auch in den Schriften ständig (etwa S. 165 ff., 297 f.) betonter Zurückhaltung, die erst im Sondervotum zum Nachrichtungsbeschluß (E.36,237) einer Bereitschaft wich, aus dem Sozialstaatsprinzip unmittelbar Ansprüche herzuleiten.

Von der Fragestellung jener Entscheidungen her erklärt sich der Versuch *Wiltraut Rupp-v. Brünnecks*, der Zurückhaltung auch in der Tenorierung der Entscheidungen Ausdruck zu geben: mit Hilfe zunächst der Appell-Entscheidungen, die nur den Hinweis künftiger möglicher Verfassungswidrigkeiten enthalten, ohne die Erklärung auszusprechen (so E.25,167, dazu der Aufsatz S.221 ff.), dann mit Hilfe der Verfassungswidrigerklärung ohne Nichtigerklärung, die die Behebung des Verfassungsverstößes dem Gesetzgeber überläßt (so insb. E.28,324 im Gegensatz zur Entscheidung des 2.Senats E.29,1; E.37,217 und, wohl ebenfalls auf *Rupp-v. Brünneck* zurückgehend, E.22,349; vgl. insb. S.233, 272, 359). Tragender und in allen einschlägigen Entscheidungen erwähnter Grund war, die Wahl des Gesetzgebers, welche von mehreren Lösungen er an die Stelle der verfassungswidrigen setzen wolle, nicht zu antizipieren - ein vom Ausgangspunkt her und zur Vermeidung von Regelungslücken oder unbefriedigenden Regelungen verständliches, aber für die meisten Fälle unzutreffendes und überdies gefährliches Argument: unzutreffend, da nach Nichtigerklärung einer gleichheitswidrigen Vorschrift (z. B. einer Heiratsklausel im Sozialrecht, E.28,324) der Gesetzgeber den Rechtszustand ohne die diskriminierende Norm durch Erlaß einer verfassungsmäßigen, aber weniger weitgehenden Norm (z. B.: Berücksichtigung des Ehegatteneinkommens für verheiratete Waisen) verändern kann; gefährlich, weil durch die Verfassungswidrigerklärung ohne Nichtigerklärung das Bundesverfassungsgericht in Versuchung gerät, »flexibel« auf problematische Regelungen zu reagieren, ohne die Folgen der Nichtigerklärung und die Verantwortung dafür in Kauf zu nehmen. Die Verfassungsrechtslage führt nicht mehr zur automatischen Rechtsfolge, sondern das Bundesverfassungsgericht beansprucht, sein (!) Sanktionspotential zu dosieren. Im Hochschulurteil (E.35,79) mußte *Wiltraut Rupp-v. Brünneck* erkennen, wieweit die Beanstandungsmöglichkeiten des Gerichts damit gehen. Sie

kritisierte in ihrem Sondervotum das Ergebnis, aber nicht die Methode².

Hier scheint mit eine Grenze des Verfassungsverständnisses der Richterin und ein Symptom der Integration in das Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts sichtbar zu werden. Geprägt durch die Fragestellung des Amts, achtete sie pragmatisch und in eindrücklicher persönlicher Folgerichtigkeit darauf, den demokratischen Gesetzgeber zu respektieren³, übersah aber, daß sich das Bundesverfassungsgericht auch durch eine dabei angewendete Methode primär zum Verfassungsorgan, zum Faktor des politischen Entscheidungsprozesses entwickeln und darüber seine Begrenzung auf die Rechtsprechungsfunktion verwischen konnte. Diese aus dem ausgeprägten Willen zur Einhaltung der Grenzen richterlicher Verantwortung erklärliche, aber insofern dysfunktionale Option ist umso erstaunlicher, als für die verwandte Problematik einer sich vom Willen des Gesetzgebers entfernenden verfassungskonformen Auslegung der Respekt vor diesem Willen durchaus auch die funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und damit der verfassungskonformen Auslegung bestimmte (Sondervotum zu E.33,52, vgl. S.393 ff., ähnlich S.333 ff., 359 f.).

4. Alles in allem ermöglicht somit der Band nicht nur, die Entwicklung der Gedanken *Wiltraut Rupp-v. Brünnecks* und ihren inhaltlichen Beitrag zur Verfassungsrechtsprechung und Staatsrechtslehre zu verstehen, sondern auch, eine wichtige Phase der Entwicklung des Bundesverfassungsgerichts zu rekonstruieren. Eine solche Analyse der Faktoren der Verfassungsrechtsprechung, durch die Anonymität richterlichen Handelns, das Beratungsgeheimnis und die Größe der Senate enorm erschwert, ist eine hochinteressante, noch kaum geleistete und hier in ihren Möglichkeiten nur anzudeutende Aufgabe. Der Band bahnt dazu den Weg.

² Dazu die Kritik von *Schefold/Leske*, NJW 1973, 1297 ff.; in der neueren Literatur wird die Methode des Bundesverfassungsgerichts weithin akzeptiert, vgl. *Pestalozza*, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Bd. 1, 1976, S. 519 ff.; *Heußner*, NJW 1982, S. 257 ff. Kritisch insb. *J. Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, und in JZ 1983, S. 41 ff.; zum Streitstand *Schlauch*, Das Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 161 ff. m. w. Nachw. S. 167 Anm. 45.

³ Verblüffend in diesem Zusammenhang auch die apodiktisch-selbstzufriedene Äußerung von 1977 (S. 345 - 2 Jahre nach dem Radikalenbeschuß BVerfGE 39,334 und mitten in der Diskussion darüber), das Bundesverfassungsgericht habe Parteienfreiheit und Parteienprivileg »gegen Eingriffe des Gesetzgebers und der Exekutive verteidigt«!

Abgesehen davon möchte man ihn als Leseprogramm, vor allem für Studenten, nutzen. Die Sondervoten, in der dargestellten Weise eingebettet in die Beiträge zur Senatsrechtsprechung, und die auch als Einführung weit hin geeigneten wissenschaftlichen Veröffentlichungen (etwa »Die Grundrechte im juristischen Alltag«, S. 145 ff., »Stellung und Tätigkeit des deutschen Bundesverfassungsgerichts«, S. 245 ff.) setzen der zeitlichen Distanz zur Entstehung Maßstäbe, an denen sich orientieren kann und sollte, wer über Verfassungsgerichtsbarkeit sinniert – über Möglichkeiten und Grenzen. Es ist gut, daß der Band in einer neuen Phase der Verfassungsgerichtsbarkeit diese Maßstäbe davor bewahrt, verdrängt zu werden.

Aber eben diese Feststellung muß auch zu einer Kritik führen. Der Preis des Bandes schließt praktisch aus, daß Studenten, junge Juristen und weithin überhaupt private Käufer ihn erwerben, zumal die Sondervoten und die meisten abgedruckten Schriften leicht zugänglich sind und daher auch für wissenschaftliche Bibliotheken eine unnötige Duplizierung bedeuten; für Bibliothekszwecke hätte eine Veröffentlichung der Einführung mit den (allerdings wichtigen) unveröffentlichten Arbeiten über Stellung und Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts (S. 245 ff.) und über die Reform des § 218 (S. 311 ff.) sowie den Verzeichnissen ausgereicht. Wirklich sinnvoll wäre der Band im jetzigen Umfang nur, wenn eine Paperback-Ausgabe zu entsprechendem Preis sichern könnte, daß auch junge Juristen ihn sich äußerlich und inhaltlich zu eigen machen. Es ist nicht recht einzusehen, daß etwa die Festschrift Richard Schmid, das »Handbuch des Verfassungsrechts« und gesammelte Schriften z. B. von *O. Bachof*, *E.W. Böckenförde*, *P. Häberle*, *R. Kneper*, *M. Kriele* – um Autoren recht unterschiedlicher Couleur zu nennen – zu humanen Preisen erscheinen können, die, wie gezeigt, in sich sehr konsistenten und aussagekräftigen Arbeiten einer die Orientierung des Bundesverfassungsgerichts über mehr als ein Jahrzehnt weithin teils prägenden, teils kennzeichnenden Richterin aber nicht; allein die dargelegten Argumente lassen denkbar erscheinen, daß eventuell nötige Zuschüsse nicht zu erlangen gewesen wären. Aber auch beim Handbuch des Verfassungsrechts ist die Paperback-Ausgabe nachträglich erschienen...

Dian Schefold