

Buchbesprechungen

Margaretha Sudhof: Dreieckige Rechtsverhältnisse im Wirtschaftsverwaltungsrecht – am Beispiel der Konkurrentenklagen (Frankfurter wirtschaftsrechtliche Studien Band 14), Frankfurt am Main usw. (Peter Lang), 1989, 125 S., DM 35,-

Die Verfasserin bemüht sich um eine grundsätzliche, theoriegeleitete Weiterentwicklung der Dogmatik zu drittwirksamen Begünstigungen im Wirtschaftsverwaltungsrecht. Sie holt dazu in der »Einführung« freilich allzuweit aus. Sie belegt in Wahrheit die gegenwärtige Ausweglosigkeit aller Versuche, den einen Hauptaspekt – das subjektive öffentliche Recht – mit außerrechtswissenschaftlichen Großtheorien in fruchtbare Verbindung zu bringen. Der zweite Schwerpunkt (die verwaltungsprozessuale Verortung) wird mit Ankündigungen über das wissenschaftliche Programm der Arbeit erfolgreicher eingekreist (nachlassende systematische Kraft von Eingriffsvorbehalt und Schutznorm, Untauglichkeit der Anfechtungsklage). Das gelegentlich anklingende Thema der Prozeduralisierung wird später – allerdings nicht voll – ausgearbeitet. Die eigentliche, freilich theoretisch herabgezonte Einführung in die Problematik bringt der zweite Teil (Subventionsbegriff, Verwaltungsrechtsverhältnis als Grundkategorie). Im dritten Teil zeigt die Verfasserin die Brüchigkeit der Dogmatik zu Klagebefugnis und subjektivem öffentlichem Recht außerhalb der adressatenbezogenen Eingriffsverwaltung. Gerade bei der Bewertung der Drittwirkungen staatlicher Wirtschaftssubventionen versage die Schutznormtheorie (S. 48, 53 f.). Gesetzesvorbehalt und Gewaltenteilung führten vielmehr unter den Bedingungen moderner Infrastrukturverwaltung zum Paradox erweiterter exekutiver Handlungsspielräume (S. 61). Subjektive Rechte will die Verfasserin als Bestandteil

eines durch aktuelle Wechselbezüge hergestellten, ggf. mehrpoligen Rechtsverhältnisses definieren, eine These, die anhand einer Diskussion von Klagearten expliziert werden soll (S. 62). In diesem Zusammenhang entwickelt sie ihre Kernthese: adäquate Klageart für die Drittbetroffenen-Konstellation sei die Feststellungsklage. Die Verfasserin denkt dabei an eine Appellentscheidung mit Korrektur- bzw. Nachbesserungspflicht (S. 74, vgl. auch S. 83) und an Rückverweisung an das Exekutivorgan (S. 75). Die angekündigte Definition subjektiver Rechte bleibt jedoch aus oder jedenfalls blaß; mehr als ein Hinweis auf »individuelle Zugangsmöglichkeiten« nach Maßgabe der Beteiligung am konkreten Rechtsverhältnis selbst (S. 76) findet sich nicht. Gleichwohl macht die Sicht von der erarbeiteten Plattform auf die Praxis der Gerichtszweige (Finanz-, Verwaltungs- und Zivilgerichte, S. 83 ff.) und auch auf die rechtswissenschaftliche Dogmatik (S. 77 ff.) deren Inkonsistenz erst richtig deutlich (vierter Teil). Mit Recht bemerkt die Verfasserin, »daß eine Drittbetroffenenklage gegen diskriminierende Unterstützungsinterventionen vor Finanzgerichten unzulässig, Verwaltungsgerichten unbegründet und Kartellsenaten bei ordentlichen Gerichten begründet sein wird« (S. 113). Mit dem fünften Teil kehrt sie zu ihren makrotheoretischen Interessen zurück, die sich als für die gewählte Themenstellung wiederum wenig ergiebig erweisen. Selbst die Analyse der entdeckten »Mehrsprachigkeit« (S. 113–115), so eindrucksvoll sie gelungen sein mag, trägt zur Frage nach der Definition subjektiver öffentlicher Rechte oder zur Bestimmung der angemessenen Klageart nichts bei. Die theoretische Auseinandersetzung weist in eine ganz andere (makrotheoretische) Richtung (z. B. mit der an sich einleuchtenden These, Recht sei nicht als autonomes Subsystem, sondern

als Komplementärbestandteil jedes einzelnen gesellschaftlichen Teilsystems zu verstehen) (S. 114).

Der Vorschlag, den Rechtsschutz des Drittbetroffenen als Feststellungsklage eigener Art mit Appell- und Rückverweisungs-Elementen auszugestalten, ist ein guter, bedenkenwerter Einfall. Er hätte allerdings prozeß- und materielrechtlich vertieft und gegen die sich aufdrängenden Bedenken verteidigt werden müssen. So gibt es sicherlich Fälle, in denen ein schutzwürdiges Interesse des Dritten gerade an der Kassation des Zuwendungs-Bescheides anerkannt werden muß. Das Problem der Bekanntgabe als Wirksamkeits-Voraussetzung wird nur in einer Fußnote gewürdigt (S. 71 Fn. 235). Die Verknüpfung mit dem Prozeduralisierungs-Konzept ist nicht einmal in Angriff genommen; es findet sich nur die Diagnose, daß der Dritte bisher eben nicht beteiligt worden ist (vgl. z. B. S. 68 f.). Auffallend ist auch, daß die Analyse des Popularklage-Verbots entschieden zu kurz bleibt (vgl. bes. S. 46, auch S. 76, 100). Die Tragfähigkeit des Grundgedankens bleibt davon gewiß unberührt. Überhaupt liegt die eigentliche Bedeutung der Arbeit in der durchgehenden Kritik veralteter, aber zählbarer Schlüsselbegriffe des Verwaltungsrechts. Nichts zeigt die desolante Lage der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Theorie deutlicher als der Umstand, daß die Verfasserin mit verunglückten Bildern arbeiten muß: das Zweieck (S. 13) gibt zu geometrischer, die »Mehrpoligkeit« (S. 18) zu geomorphologischer Verwunderung Anlaß. Die Verfasserin behandelt offensichtlich Probleme, für die uns noch die Begriffe fehlen. Ihre Gedanken eilen der Sprache voraus. Aber daran erkennt man die Forschung, und das Abstraktionsniveau der Analyse entschädigt den Leser auch dort, wo sie den Inhalt durch den Satzbau mehr einfriedet als zugänglich macht. Doch gelingen ihr daneben zugleich Formulierungen von großer Kraft wie diese: »Verwaltungshandeln ist nicht mehr orientiert an Eingriffen in bürgerliche Freiheit, sondern an Gewährleistung von Infrastruktur.«

Heiko Faber

Cornelius Pritwitz (Hg.): *Aids, Recht und Gesundheitspolitik, Ergebnisse sozialwissenschaftlicher Aids-Forschung Bd. 2, Berlin 1990* (Ed. Sigma Bohn), 334 S., DM 36,-

Mit dem von Pritwitz herausgegebenen Reader »Aids, Recht und Gesundheitspolitik« liegt der zweite Band der Reihe »Ergebnisse sozialwissenschaftlicher Aids-Forschung« vor. Getreu dem Ziel dieser Reihe, ein Forum für »(Zwischen-)Ergebnisse« zu bieten (Editorial, 331), gelingt es diesem, die aktuelle rechtspolitische und -dogmatische Diskussion um die Frage, inwieweit »der Staat legitimiert ist, in vitale Lebensbereiche ... einzugreifen unter der Vorgabe, hiermit »Infektionsketten« unterbrechen zu wollen« (Schmacke, 17), mit der gebotenen Sachlichkeit zusammenzufassen bzw. (stellenweise) fortzuführen. Der Einschätzung des Herausgebers gerecht werdend, nach der »in einem Rechtsstaat eine (gesundheits-)politische Debatte, die nicht auch eine juristische ist, weder faktisch denkbar, noch ... normativ wünschbar (ist), weil die Grenzen gesundheitspolitischer Aktivität und Passivität des Staates nicht im Belieben der jeweiligen Exekutive stehen dürfen« (Pritwitz, 8), läßt sich dabei den insgesamt 18 Beiträgen der 15 Autoren (von denen einige bereits an anderer Stelle veröffentlicht wurden bzw. ein Konzentrat früherer Publikationen darstellen) eine unterschiedliche Schwerpunktsetzung entnehmen. Sie ermöglicht es, sowohl die Frage nach den Rechtsgrundlagen staatlicher Zwangsmaßnahmen als auch die im Zusammenhang mit einer HIV-Infektion auftauchenden weiteren Rechtsprobleme für fast alle einschlägigen Rechtsgebiete eingehend zu erörtern.

Im Vordergrund eines ersten Teiles des Readers steht dabei die mit Hilfe medizin-historischer (Schmacke; Rühmann), verfassungsrechtlicher (Seewald; de Wit; Frankenberg) und datenschutzrechtlicher (Simitis) Argumente geführte Diskussion um Effizienz und Zulässigkeit eines Einsatzes seuchenrechtlicher Maßnahmen bzw. einer Instrumentalisierung des Strafrechts (Kreuzer, Pritwitz) zum Zwecke der Aids-Prophylaxe. Spürbar sensibilisiert durch »maximalistische«, dh auf staatliche Zwangsmaßnahmen setzende Tendenzen dürfte der gemeinsame Ausgangspunkt dieser Beiträge in der Furcht vor den möglichen Folgen einer durch »radikale Simplifizierungen« (Simitis, 64) geprägten Argu-

mentation zu finden sein. Konkreter: Gesehen wird die Gefahr einer Mißachtung der »verfassungsrechtlich verbindliche(n) Vorgabe . . ., in der Gesundheitspolitik eine allen Bürgern gegenüber bestehende Verpflichtung zu sehen, sie nicht als Instrument zu benutzen, den Wünschen und Ängsten der vielen »Gesunden« auf Kosten der wenigen »Kranken« Rechnung zu tragen« (Simitis, 64). Eine Gefahr, die in der Tat nicht zu unterschätzen ist. Denn: »Die Wahrscheinlichkeit, daß es zu einer solchen Entwicklung kommt, ist dann besonders groß, wenn sich, wie bei Aids, Ratlosigkeit und Angst mischen« (Simitis, 64; ähnl. Kreuzer, 115), da dann »unterstellte Motive im Verbund mit diffusen Befürchtungen . . . gegenüber guten Gründen und nachprüfbareren Fakten in Führung« (Frankenberg, 93) gehen könnten sowie die Bereitschaft wächst, sonst akzeptierte Rechtsprinzipien in Frage zu stellen (dazu Seewald, 50; Simitis, 63; Kreuzer, 116; Pritzwitz, 140 ff.). Versuchungen, denen die hier versammelten Beiträge nicht erliegen: Die Diskussion der Notwendig- bzw. Zulässigkeit des Einsatzes von Zwangsmaßnahmen zum Zwecke der Aids-Prophylaxe wird konsequent anhand der verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere: anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips, welches zu einer sozialwissenschaftlichen Unterfütterung der Argumentation zwingt, ausgerichtet. Dementsprechend kann dem Reader auch eine wohl vollständige Übersicht über die einschlägigen Grundrechte und Verfassungsprinzipien entnommen werden, in deren Vordergrund die Skizzierung der sich aus dem Verhältnismäßigkeits- sowie dem Sozialstaatsprinzip ergebenden Anforderungen steht (Seewald, 37 ff.). Ergänzt wird diese Übersicht dabei durch eine vertiefende Diskussion der aus Art. 2 II 1 GG abgeleiteten »staatlichen Schutzpflicht«. Sie verdeutlicht nicht nur die grundsätzliche Akzeptanz des Topos »staatlicher Schutzauftrag« (trotz der Gefahr, unter Berufung auf diesen Topos das durch Art. 2 I GG konstituierte, gegen staatliche Machtentfaltung gerichtete Individual-Abwehrrecht auszuhebeln). Dieser Darstellung ist vielmehr weiter zu entnehmen, daß der »Schutzauftrag« allenfalls den Staat verpflichten mag, »zugunsten der Bürger, die nicht-infiziert oder nicht Aids-krank sind« (Seewald, 41), tätig zu werden, während die Frage, welcher Strategie die staatliche Aids-Prophylaxe zu folgen hat, durch den Topos

»staatlicher Schutzauftrag« keine Antwort erfährt (vgl. insbes. Frankenberg, 93 ff.; de Witt, 83 ff.), sondern allein unter Beachtung anderer Verfassungsprinzipien entschieden werden kann und muß. Dabei gilt: »Legitim und legal sind einzig Maßnahmen, die ein Höchstmaß an Schutz gewährleisten, ohne dabei den Respekt vor der Integrität der Betroffenen aus den Augen zu verlieren« (Simitis, 64). Insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, so das einhellige Credo der Beiträge, spiele dabei eine herausragende Rolle. Dieser unterwerfe die staatlichen Maßnahmen der Infektionskontrolle »von Verfassung wegen . . . einem dreistufigen Test« (Frankenberg, 107), nämlich: der Frage nach der »Geeignetheit«, der »Erforderlichkeit« sowie der »Zumutbarkeit« der Maßnahme. Dieser Einschätzung folgend wird – gleichsam auf der Ebene der »Geeignetheit« argumentierend – die oftmals behauptete Effizienz seuchenrechtlicher Zwangsinstrumentarien bei der Bekämpfung von Infektionskrankheiten einer kritischen Reflexion unterzogen. Sich gegen eine »undifferenzierte« Beschwörung der »bewährten« Wege der Seuchenbekämpfung wendend (Schmacke, 18) und auf medizin-historische Untersuchungen zurückgreifend (vgl. Schmacke, 17 ff.; Rühmann, 31 ff.), werden einige plausible Überlegungen präsentiert, die bereits erhebliche Zweifel an der grundsätzlichen Effizienz der seuchenrechtlichen Maßnahmen hervorrufen müssen. So insbesondere die mit Hilfe verschiedener medizin-historischer Untersuchungen gestützte These Schmackes, nach der »es vor allem die Verbesserung der hygienischen und sozialen Lebensbedingungen und des Ernährungszustandes gewesen sind, die für den drastischen Rückgang der wichtigsten Infektionskrankheiten seit Mitte des 19. Jahrhunderts bereits vor der Ära der modernen Medizin verantwortlich waren«. (Schmacke, 19) Oder die mitgeteilte Beobachtung, nach der die im Kampf gegen Geschlechtskrankheiten eingesetzten »rigiden Zwangsmaßnahmen keinerlei positiven Effekt hatten«, während »Aufklärungs- und Kondomkampagnen in der US-Armee bei weitgehendem Verzicht auf Zwangsmaßnahmen ausgesprochen erfolgreich« waren (Schmacke, 21). Unterstützung erfahren diese Zweifel bezüglich einer »Geeignetheit« seuchenrechtlicher Zwangsmaßnahmen auch durch den (leider keine exakten Literaturangaben enthal-

den) Beitrag Rühmanns, der mit Hilfe einer Betrachtung der Gesetzgebungsgeschichte des Geschlechtskrankheitengesetzes auf den fehlenden Nachweis einer generalpräventive Wirkung desselben (34 f.) sowie auf mögliche kontraproduktive Effekte maximalistischer Strategien – bedingt durch eine »Stigmatisierung der Kranken« (31) – hinweist. Solche Effekte werden dabei insbesondere einer personenbezogenen Meldepflicht bescheinigt. Diese erzeuge »bei den besonders gefährdeten Personen Angst und Panik und könnte sie von der Nutzung der vorhandenen Informations-, Beratungs- und Untersuchungsangebote abhalten«, wie entsprechende Erfahrungen der schwedischen Gesundheitsverwaltung bereits erkennen lassen (Simitis, 68; Kreuzer, 118 f.). Zudem wird – aufgrund der erfahrungsgemäß hohen Dunkelziffer – bereits die praktische Durchsetzbarkeit einer solchen gesetzlichen Verpflichtung der Ärzte zur Meldung bezweifelt (Simitis, 68; Kreuzer, 119) sowie die Erforderlichkeit in Frage gestellt, indem auf »die Verlässlichkeit der derzeit erfolgenden Meldungen von Aids-Erkrankungen durch Ärzte auf freiwilliger Basis« hingewiesen wird (Simitis, 68). In diesem Zusammenhang wird ebenfalls die Rechtmäßigkeit des immer wieder als Möglichkeit genannten »Massen-Screening«, »das flächendeckende HIV-Antikörper-Testen der Bevölkerung, zumindest aber der »Risikogruppen« (Böllinger, 154), aufgrund einer Unverhältnismäßigkeit verworfen (Frankenberg, 109 ff.). Ein Ergebnis, welches durch die primär an rechtsdogmatischen Problemen einschlägiger Rechtsgebiete ausgerichteten Beiträge ergänzt wird: Nur konsequent wird auch hier der Praxis, die einen Zwangstest im Strafvollzug (dazu Böllinger, 154 ff., Simitis, 78 ff.), innerhalb des Asyl- bzw. Aufenthaltsgenehmigungsverfahrens (dazu Rittstieg, Marx) und im Rahmen einer Einstellungsuntersuchung (Hinrichs, Bruns) zuläßt sowie der Überlegung, einen Test als Voraussetzung für die Aufnahme in eine Jugendhilfeeinrichtung zu statuieren (Münder), die Rechtmäßigkeit abgesprochen. Die Bedeutung des Aspektes der »Verhaltenstätigkeit« ansprechend, wird schließlich auch die Erforderlichkeit staatlicher Zwangsmaßnahmen in toto in Frage gestellt, »weil jeder Bürger sich weitgehend durch eigenes Verhalten vor der Infizierung mit Aids schützen kann« (de Witt, 90). Damit dürfte auch auf die mit dem Einsatz staatlicher Zwangs-

maßnahmen verbundene Gefahr eines sich kontraproduktiv auswirkenden »Placebo-Effektes« angespielt sein. In der Tat ist zu befürchten, daß (auch hier) staatliche Zwangsmaßnahmen lediglich die Gesamtbevölkerung beruhigen und in Sicherheit wiegen sollen, obwohl durch sie nichts verändert oder verbessert wird, was – insoweit kontraproduktiv – zu einer Minimierung der zum Schutze vor einer HIV-Infektion unbedingt notwendigen Eigeninitiative (»Selbstschutz«) führen könnte.

Den auf die Funktion des Strafrechts eingehenden Beiträgen kann schließlich eine deutliche Warnung vor einer (erneuten) Instrumentalisierung desselben und der damit einhergehenden »Gefahr, die Garantien formalisierter Konfliktverarbeitung gering zu achten, weil sie die politische Zweckverfolgung stören könnten« (Hassmer-AK, vor § 1, Rn. 483; »Trends«, entnommen werden (Kreuzer, 115 ff.; Prittwitz, 125 ff.). Eine Warnung, deren Berechtigung gerade für das Thema »Aids und Strafrecht« nur zu unterstreichen ist – lassen sich doch gerade hier gut sichtbar Tendenzen ausmachen, zugunsten eines strafrechtlichen Einsatzes »eine Reihe rechtsdogmatischer Hürden ... elegant« (Kreuzer, 116) zu überspringen oder zu umgehen (dazu deutlich Prittwitz, 150, der – als Fazit seiner Untersuchung – davor warnt, »§ 223 a StGB nicht weiterhin als Volksgesundheitsgefährdungsdelikt zu mißbrauchen«). Und dies, obwohl die Effektivität eines strafrechtlichen Einsatzes alles andere als wahrscheinlich ist, wie schon die historischen Erfahrungen bezüglich der »Versuche direkter Einflußnahme durch Strafrecht und Zwang im Inumbereich einverständlichen Sexualumgangs und in gesellschaftlichen Subkulturen«, insbesondere der Prostitution, zeigen (Kreuzer, 119). Ungeachtet dessen, daß die von den Protagonisten einer strafrechtlichen Aids-Prophylaxe stillschweigend zugrunde gelegte generalpräventive Wirkung des Strafrechts bereits grundsätzlich zu bezweifeln ist, bleibt nämlich zu beachten, daß die Hoffnung auf eine solche Wirkung jedenfalls für den hier im Vordergrund stehenden Adressatenkreis aufgrund der fehlenden Motivierbarkeit derselben fehlt. Entscheidend dürfte insoweit sein, daß dieser Faktor ganz erheblich von der »geglaubten Verfolgungsintensität« gesteuert wird, hier aber davon auszugehen ist, daß »gerade in Verhaltensbereichen weitgehender Täter-Opfer-Re-

ziprozität, wie sie Drogenumgang und Sexualkontakte in Risikogruppen darstellen« (Kreuzer, 117) Opferanzeigen »ausbleiben oder fragwürdig erscheinen« (Kreuzer, 117). Hinzu kommt: Eine Motivierbarkeit setzt das Fehlen von »Neutralisierungstechniken« voraus. Eine Bedingung, die aufgrund sich bildender »subkultureller Gegenstrategien« (Kreuzer, 119), nicht gegeben sein dürfte.

Wenn man bedenkt, daß der Einsatz des Strafrechts zudem ähnliche, sich zu dem Ziel der Aids-Prophylaxe kontraproduktiv verhaltende »Bumerang-Effekte« (Kreuzer, 117) bewirken würde, wie sie im Falle des Einsatzes seuchenrechtlicher Zwangsmaßnahmen zu erwarten sind (s. o.), kann der stellenweise mit erstaunlicher Vehemenz geforderte und teilweise bereits erfolgte intensive Einsatz des Strafrechts – auf den ersten Blick – nur überraschen. Indes: angesichts der aktuellen strafrechtlichen »Trends« (Hassmer-AK, a. a. O.) wird man auch diese Forderung »nur« als einen weiteren Beleg für eine Tendenz erkennen müssen, welche das »Strafrecht der Moderne« der Gefahr aussetzt, zu einem beliebig einsetzbaren Instrument der Politik (hier: der Gesundheitspolitik) zu verkommen und »bewußt oder unbewußt, als symbolische und zugleich kostengünstige Reaktion auf bestehende Problemlagen mißbraucht zu werden« (Prittwitz, 128).

Angesichts der Zweifel an ihrer Verhältnismäßigkeit dürfte letztlich dem insbesondere auf die fehlende Effizienz sowie Kontraproduktivität staatlicher Zwangsmaßnahmen gestützten Fazit dieser Beiträge nicht zu widersprechen sein: Solange von einer fehlenden Eignung und Erforderlichkeit der möglichen Zwangsmaßnahmen auszugehen ist, »sind Aufklärung und Beratung sowie Anleitung zu selbstverantwortlichen Handeln absolut vorrangig« (so Simitis, 69 bzgl. einer allgemeinen Meldepflicht; im Ergebnis abweichend nur Seewald, 53 ff.).

Daß auch ein Aufklärungskonzept der gesetzgeberischen Unterstützung bedarf, die über das bloße Unterlassen kontraproduktiver Maßnahmen hinausgeht, wird dabei nicht übersehen. Gefordert wird, da der Erfolg eines solchen Konzeptes Vertrauen bzw. die Möglichkeit eines Selbstschutzes voraussetze, etwa die Anerkennung eines Zeugnisverweigerungsrechtes für Drogen- und Aids-Berater (dazu Kreuzer, 181 ff.), eine Entkriminalisierung von Besitz und Ausgabe von Injiziergerät an Drogensüchtige (Kreuzer,

175 ff.), eine Annäherung an kontrollierte Substitutionsprogramme im Drogenbereich (Kreuzer, 178 ff.) und – wichtig – eine Verbesserung der Behandlungssituation HIV-Infizierter im Strafvollzug (Böllinger). Nicht zu vergessen den notwendigen, datenschutz- (vgl. Simitis) sowie strafrechtlich (vgl. Prittwitz) gebotenen sensiblen Umgang mit dem eine HIV-Infektion betreffenden Datenmaterial. Damit dürften auch die Ziele, die eine auf Aufklärung setzende Diskussion neben der notwendigen Überzeugungsarbeit zu verfolgen hat, hinreichend skizziert sein.

Bleibt zu hoffen, daß künftig auch die normative Dimension des Problems mit der gebotenen Intensität diskutiert wird: So plausibel die Argumentation auf der empirischen Ebene ist (obgleich stellenweise die notwendige Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung nicht intensiv genug geführt wird), so unverkennbar ist auch die empirische Schlagseite des Readers, welche die normative Bearbeitung der Frage nach der »Zumutbarkeit« bzw. der Verhältnismäßigkeit i. e. S., die eine Abwägung mit anderen Grundrechten erfordert hätte, des öfteren zu kurz kommen läßt. Um nicht mißverstanden zu werden: Die Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse ist unbedingt notwendig. Aber darüber darf der normative Charakter des Rechts nicht übersehen werden. Allzu leicht folgt man sonst einem »aktuellen Stil der juristischen Argumentation«, der, einmal auf dem Fundament der Empirie angelangt, dieses kaum mehr zu verlassen in der Lage ist. Mit fatalen Folgen, wie etwa die gegenwärtige Tendenz im Strafrecht zeigt, mit Hilfe einer (vorgeblich) empirisch begründeten Präventionspolitik ein ums andere Mal den Durchgriff der Kriminalpolitik unter Mißachtung strafrechtlicher oder gar verfassungsrechtlicher Prinzipien zu wagen, dabei Begriffe wie »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« als »Schlüssel« benutzend. Freilich kann nun eingewandt werden, daß die hier vorwiegend empirisch gekleidete Argumentation sich vor allem pragmatischen Gesichtspunkte verdanke – wurde doch die überwiegende Zahl der Beiträge vor der Enquete-Kommission des Bundestages gehalten – einem Organ, das sich maßgeblich von Effizienzargumenten beeindrucken läßt. Und steht doch gerade die Frage der Effizienz im Mittelpunkt der aktuellen Auseinandersetzung um die verschiedenen Präventionsstrategien (skizziert von Frankenberg, 93 ff.).

Dennoch: die Frage, ob damit nicht zu kurz gegriffen wird, bleibt. Ein Beispiel: Wenn, wie der Herausgeber Pritwitz einräumt, die gegen eine Effizienz sprechenden Überlegungen »Hypothesen« bleiben, »deren Plausibilität man teilen oder bestreiten kann« (128), so tritt der mangelnde zwingende Charakter einer solchen empirischen Argumentation offen zutage. Insofern bedarf es auch einer intensiveren Beschäftigung mit der Frage, welche Konsequenzen dieses »ungenauere Wissen« hat. Diesbezüglich wird zwar aufgezeigt, welcher Beweislast die Vertreter einer maximalistischen Strategie ausgesetzt sind (Frankenberg, 95 f.). Die Frage, welche rechtlichen Konsequenzen aus der Nichterfüllung der Beweislast folgen, bleibt jedoch weitgehend offen. Postuliert wird lediglich, daß ein Eingriff des Staates in Grundrechte erst dann zulässig sei, wenn die Effizienz und Erforderlichkeit der Maßnahme überzeugend dargetan wurde. So einleuchtend diese Behauptung sein mag – sie stützt sich allein auf den normativen Grundsatz »in dubio pro libertate« bzw. »in dubio contra delictum«, dessen Reichweite jedoch höchst umstritten und – wichtiger: – dessen praktische Bedeutung minimal ist. Das übliche Verfahren, eine empirisch begründete Plausibilität bezüglich der Ineffizienz einer Maßnahme mit Hilfe eines Hinweises auf die »erhebliche Gefahr« und einer daraus folgenden Minderung der Wahrscheinlichkeitsanforderungen an die Effizienz einer Maßnahme zu neutralisieren, belegt dies ja nur zu deutlich. Fazit: Eine sozialwissenschaftliche Begründung ist zwar unumgänglich und erste Voraussetzung. Sie ist aber, so lange sie nur Plausibilität in Anspruch nehmen kann, ohne den Versuch, mit Hilfe normativer Prinzipien die Bedeutung der empirischen Ergebnisse abzusichern bzw. dieselben zu ergänzen, allzu leicht zu negieren.

In einem zweiten Teil des Readers geht es schließlich um eine Darstellung und Diskussion der in den wichtigsten Rechtsbereichen

im Zusammenhang mit einer HIV-Infektion auftretenden dogmatischen Problemen. Aufgrund der durch die praktische Relevanz gerechtfertigten Tendenz, die Frage der Rechtmäßigkeit eines HIV-Tests in den Vordergrund zu stellen, können diese Beiträge durchaus als Ergänzung und Vertiefung der zuvor gemachten grundsätzlichen Überlegungen angesehen werden. Darüber hinaus weisen sie natürlich aufgrund der Skizzierung der aktuellen rechtsdogmatischen Probleme einen wichtigen Eigenwert auf. Eingegangen wird in diesem Zusammenhang auf die insoweit auftretenden Besonderheiten des Strafvollzuges (Böllinger), des Ausländergesetzes (Ritustieg, Marx), des Arbeitsrechts (Hirrichs, Bruns) unter Berücksichtigung der Besonderheiten des öffentlichen Dienstrechts (Bruns), des Sozialrechts (Birk) und des Jugendhilferechts (Münder), während familienrechtliche Probleme ebenso wie allgemeine zivilrechtliche Haftungsfragen ausgeklammert bleiben. Was zu bedauern ist: Wird doch auch und insbesondere den Schadenersatz- bzw. Schmerzensgeldregelungen eine (»sekundäre«) Präventionsfunktion zugeschrieben. Werden Sie doch andererseits als möglicher (wirksamster?) Schutz gegen die das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzenden rechtswidrigen HIV-Tests angesehen.

Zu wünschen bleibt, daß dieser Reader Anlaß dazu gibt, die mittlerweile in den tagespolitischen Hintergrund getretene Aids-Diskussion im Sinne einer minimalistischen Strategie neu zu beleben. Man sollte sich nicht täuschen lassen: Die zur Zeit in der öffentlichen Diskussion erkennbare mangelnde Präsenz maximalistischer Forderungen ist alles andere als ein Beleg für den Erfolg minimalistischer Konzepte – wie insbesondere die gerade in diesen Tagen erfolgende Diskussion über eine mögliche Mittelkürzung für den Bereich der Aids-Aufklärungskampagnen belegt.

Frank Süß