

# Buchbesprechungen

Günter Jerouschek: *Lebensschutz und Lebensbeginn. Kulturgeschichte des Abtreibungsverbots*, Stuttgart: Ferdinand Enke 1988 (= *Medizin in Recht und Ethik*, Bd. 17), 331 S.; 39 DM

Die Wogen um das Problem der Abtreibung gehen in Deutschland wieder einmal hoch. Im Auf und Ab gesellschaftlicher Konflikte, deren Agenten, Zeugen, Opfer wir sind, vermag die historische Langsicht Distanz zu schaffen, indem sie die Wandlungen vergangener und so auch die Wandelbarkeit aktueller Normen vor Augen führt. Die rechtsgeschichtliche Dissertation von Günter Jerouschek, die im folgenden aus der Perspektive eines Soziologen betrachtet wird, gewinnt von daher ihre Brisanz. Man muß freilich beachten, daß das Buch zwar die Zeit von der Antike bis 1871 umspannt (ab ca. 1500 mit einer Konzentration auf Deutschland), seinen Schwerpunkt aber in Mittelalter und früher Neuzeit hat.

Im antiken Rom schloß die *patria potestas* das Recht des Familienvaters ein, über Leben und Tod seiner Kinder zu bestimmen. Ungewünschter Nachwuchs, z. B. überzählige Erben, konnte ebenso vor der Geburt abortiert wie danach getötet oder ausgesetzt werden. Soweit es überhaupt staatliche Verbote gab, bezogen sie sich auf Abtreibungen gegen den Willen des Vaters oder auf dabei verwendete Giftränke, die als eine Form von Magie verpönt wurden. Das ganze Regelungssystem spiegelt die Dominanz der patriarchalisch regierten *familia*, zumal in der Oberschicht, wider. Die Wortführer des Christentums widersetzten sich von Anfang an einer solchen Verfügungsgewalt über das werdende und gewordene Leben. Jerouschek versteht ihren Standpunkt als theologisch, in der alleinigen Macht des Vatergottes über Leben und Tod, begründet. Aber die von ihm nicht gewür-

digte Tatsache, daß schon das hellenistische Judentum eine ähnliche Kritik übte wie die christlichen Kirchenväter,<sup>1</sup> läßt auf eine ältere Tradition schließen, die einem anderen Gesellschaftsaufbau als in Rom entsprach. Augustin bezeichnete die Abtreibung wie die Empfängnisverhütung als *libidinosa crudelitas vel libido crudelis* und machte sich damit zum Anwalt einer asketischen Einstellung, die den Geschlechtsverkehr nur um der Kinderzeugung willen akzeptierte.

Im Mittelalter gewannen Priester, die Erben des antiken Wissens, große Macht. Schwangerschaftsabbruch wurde nur kirchlich, im Rahmen der Beicht- und Bußpraxis, geahndet. Er galt wie die Empfängnisverhütung als Totschlag. Das Einnehmen oder Verabreichen von Abortivtränken wurde vielfach im Kontext der Zauberei verfolgt, als Teil eines archaischen Frauenwissens, bei dem sich Kräuterkunde mit psychosomatisch wirkender Magie vermischte. Daß einschlägige Bestimmungen zahlreich überliefert sind, sagt nichts über das Maß ihrer Realisierung. Das Normengefüge der mittelalterlichen Gesellschaft war inhomogen, von aktuellen Faktoren (z. B. Machtraten der Konfliktparteien) abhängig. Wenn sich der Papst bei Abtreibungen das Dispensationsrecht vorbehielt (S. 112, Fn. 196), waren von vornherein nur ranghohe Personen im Visier; andere gingen nicht den teuren Weg nach Rom. Auch soweit die Folgen einer unehelichen Liebschaft beseitigt wurden, sieht man sich auf dieselben begüterten Gruppen verwiesen, in denen betreffende Vorfälle die Heiratschancen bzw. die Ehe einer Frau gefährdeten. Ärmere Schichten, wo die Zeugung von Erben und damit die

<sup>1</sup> Siehe J. T. Noonan, Jr.: „An almost absolute value in history“. In ders. (Hrsg.): *The Morality of Abortion. Legal and Historical Perspectives*. Cambridge, Mass. 1970, S. 6.

Ehe eine geringere Rolle spielte,<sup>2</sup> mögen eher zur Aussetzung, die besonders für Städte belegt ist, oder zur Kindstötung gegriffen haben. Freilich wird nicht nur »Unzucht«, sondern auch Armut als Abtreibungsmotiv erwähnt (S. 68). Zusammenfassend schreibt Jerouschek: Ein »regelungsbedürftiges Gravamen« stellte der Schwangerschaftsabbruch in jener Gesellschaft nicht dar, »zumal klagebefugte Dritte im Regelfall nicht vorhanden waren« (S. 131).

Eine Wende historischen Ausmaßes trat um 1500 ein, als ein Schub der Staatenbildung eine erhöhte Disziplin der Bevölkerung zu erzwingen begann, z. B. durch die Bindung erlaubter Sexualität an die vor Geistlichen geschlossene Ehe. In der Tat findet man auf der Nachtseite des von Norbert Elias in dieser Zeit beobachteten Zivilisationsschubes ein »Fortleben verdrängter Aggressionsanteile«, das sich markant in Hexenverfolgungen äußerte (S. 136, Fn. 3; S. 155, Fn. 64). Es entstanden neue, weltliche Rechtsbücher, die im Rückgriff auf kirchliche Traditionen auch zuvor den Priestern überlassene Probleme regelten – darunter die Abtreibung, die bisweilen, aber marginal, mit Hexerei verknüpft wurde. Folgerichtig baut Jerouschek seine Arbeit von der *Peinlichen Gerichtsordnung* Karls V. (1532) her auf. Sie ordnete für Abtreibung die Todesstrafe an. Diese Zumesung blieb, mit einer wichtigen Qualifikation (s. u.), bis ins 18. Jahrhundert gültig (während die Empfängnisverhütung, für die im selben Artikel dieselbe Strafe auftaucht, schon bald *contra legem* milder behandelt wurde). Einige Präzedenzfälle (S. 164 f., 169, 174 mit Fn. 148) belegen, daß die Bestimmung nicht nur auf dem Papier stand. Angaben zur Häufigkeit des Delikts scheinen nicht möglich zu sein. Real war die Kindstötung das akutere Problem, aber auch da sind für eine Stadt wie Nürnberg zwischen 1503 und 1743 nur 67 Hinrichtungen bezeugt.<sup>3</sup> Die Disziplinierung zielte auf uneheliche Sexualität in Unterschichten (Dienstboten), wo sich der Druck zu Abtreibung und Kindstötung verstärkt haben mag, weil etwa für illegitime Kinder nicht mehr der Vater, sondern die stigmatisierte

Mutter verantwortlich war.<sup>4</sup> Daß allgemeine Normen erlassen wurden, deren Geltungsbereich territorial umrissen war und auch Unterschichten erfaßte, ist ein wesentlicher Aspekt des um 1500 einsetzenden Wandels. Der staatliche Regulierungsanspruch verlangte seitdem, neben bestimmten Verfahren einer oft grausamen Inquisition (S. 2 f.), auch die Officialverfolgung strafrechtlicher Delikte. Zu ihrer Unterstützung wurde im hier erörterten Fall ab dem 17. Jahrhundert eine Anzeigepflicht für Schwangerschaften eingeführt (S. 228, Fn. 88).

Erst die Gesetzeswerke der Aufklärung, so das Reformgesetz Josephs II. und das *Preußische Landrecht*, verzichteten bei Abtreibung auf die Androhung der Todesstrafe. Dennoch hielt man bis hin zum StGB von 1871 an ihrer Einreihung unter die Tötungsdelikte fest. Friedrich d. Gr. war einer der ersten Autoren, die das Vergehen aus der »Notlage des verführten Mädchens, wählen zu müssen zwischen dem Verlust der Ehre und dem der unglücklichen Leibesfrucht«, erklärten (S. 229). Entsprechend wurde die Unzucht in Preußen um die Mitte des 18. Jahrhunderts entkriminalisiert. Als neue Begründung eines Abtreibungsverbots erscheint das bevölkerungspolitische Interesse des Staates. Vertreter der Aufklärung fordern eine Ausdehnung polizeilicher Überwachung. Zugleich wächst die Aufmerksamkeit für die Psychologie der Täterin: Man erinnert an die prekären Stimmungen während der Schwangerschaft oder argumentiert, schon fast modern: »Erzeugt wider Wunsch und Willen kann das Geschöpf ... von der Mutter nicht geliebt werden« (Württemberg 1838: S. 265). Solche Erwägungen lassen eine Verringerung der Machtdifferenz zwischen Regierenden und Regierten erkennen, eine realistischere Einfühlung von oben als Pendant einer Verinnerlichung von Rechtsnormen unten. Der Angelpunkt jener Debatten war allerdings nicht die Abtreibung, sondern die Kindstötung, die Goethes *Faust* als ein Motiv der Zeit unsterblich gemacht hat.

Die bisherige Übersicht vernachlässigt die Akzente, die Jerouschek in seinem Buch

<sup>2</sup> M. Schroter: »Wo zwei zusammenkommen in rechter Ehe ...« Sozio- und psychogenetische Studien über Eheschließungsvorgänge vom 12. bis 15. Jahrhundert. Frankfurt a. M. 1985, S. 214 ff.

<sup>3</sup> R. van Dulmen: Frauen vor Gericht. Kindsmord in der frühen Neuzeit. Frankfurt a. M. 1991, S. 60.

<sup>4</sup> M. Schroter: »Staatsbildung und Triebkontrolle. Zur gesellschaftlichen Regulierung des Sexualverhaltens vom 13. bis 16. Jahrhundert«, in P. Gleichmann, J. Goudsblom, H. Korte (Hrsg.): Macht und Zivilisation. Materialien zu Norbert Elias' Zivilisationstheorie. Bd. 2. Frankfurt a. M. 1984, S. 149–192 (Beleg S. 181 f.).

selbst setzt. Ihm geht es hauptsächlich um Feinheiten der juristischen Theorie, etwa darum, wie die medizinische Indikation gedacht wird, wenn Abtreibung prinzipiell verboten ist, oder wie die Kausalität einer Abortivmaßnahme bei unsicherer Wirksamkeit konstruiert werden kann. Die Relevanz dieser Erörterungen leuchtet dem Nicht-Juristen nicht immer ein. Wahrhaft spannend dagegen ist das Thema, das als das eigentliche Kraftzentrum des Buches erscheint: die Frage, ob, in welcher Weise und ab wann der werdende Mensch als Mensch aufgefaßt wird. Es ist diese Frage, an der sich entscheidet, wieweit die Abtreibung als Tötung gelten kann. Juristische Argumentationen werden hier von medizinischen und theologisch-philosophischen Befunden beeinflusst.

Jerouschek erwähnt, wie das fötale Leben nach Aristoteles von einem pflanzlich-organischen zu einem tierisch-sensitiven Stadium fortschreitet, bis zur schließlichen Begabung mit einer Vernunftseele. In einer pseudo-aristotelischen Schrift heißt es, daß die männliche Frucht nach 40, die weibliche nach 90 Tagen »gegliedert« werde. Die Septuaginta-Übersetzung von Ex. 21,22–25 schreibt, gegen den hebräischen Text, bei einer fahrlässigen Fremdatreibung Talionsvergeltung vor, wenn der Fötus »geformt« war. Dem römischen Recht gilt das Kind vor der Geburt »als Teil der mütterlichen Eingeweide« und »kein richtiger Mensch« (S. 21). Tertullian befindet, alle Frucht sei bereits im Samen enthalten; Cassiodor lehnt die Ansicht der Ärzte, daß der Mensch am 40. Tag die Seele erhalte, ab und befürwortet eine Beseelung unmittelbar nach der Empfängnis. Dem widerspricht Pseudo-Augustin: laut biblischer Schöpfungsgeschichte wohne die Seele dem Körper nicht vor der Gestaltung inne und könne deshalb nicht mit dem Samen übermittelt werden.

Die in der Patristik umstrittene Frage, ob die Abortion je nach dem Entwicklungsstand des Embryos unterschiedlich zu behandeln sei, wird in der späteren Tradition zumeist bejaht. Die Grenzen allerdings, ab der eine Tötung angenommen wird, differieren zeitlich und qualitativ. Ein germanisches Volksrecht läßt bei Kindstötung im oder außerhalb des Mutterleibs die volle Buße erst eintreten, nachdem das Kind »einen Namen hat« (S. 55). Andere Rechte unterscheiden, ob der Fötus »belebt« oder »unbelebt« war. Christliche Bußbücher ziehen eine Grenze beim 40. Tag,

aber auch vor und nach der »Empfängnis«. Aufgrund der biblischen (Septuaginta) und patristischen Autorität werden die Definitionen »geformt« und »beseelt« kanonisch. Die *glossa ordinaria* zu Gratians *Decretum* bestimmt einen Beseelungstermin für männliche Föten nach 40, für weibliche nach 80 Tagen, abgeleitet von den geschlechtsspezifischen Reinigungsterminen *post partum* im mosaischen Recht. Die Festlegungen »lebensdig« und »gliedmäßig« (*formatus*) gehen in die *Peinliche Gerichtsordnung* ein. Humanistische Autoren monieren die Widersprüche zwischen Septuaginta und hebräischem Exodus-Text sowie zwischen römischem und kanonischem Recht, was altehrwürdige Beweismittel schwächt. Weite Verbreitung findet eine Neuerung der kursächsischen Konstitutionen von 1572, die auf Tötung ab Mitte der Schwangerschaft erkennen (wenn das Leben des Kindes durch Bewegungen im Mutterleib spürbar erwiesen ist). Mediziner beginnen im 17. Jahrhundert die Beseelung bei der Zeugung zu vertreten, da sie die Embryonalentwicklung nur kraft einer einheitlichen *vis formatrix* begreifen können (Daniel Sennert: S. 181). Die Strafbarkeit der Abtreibung wird allmählich weniger auf das Menschsein denn auf die »Hoffnung des Geborenwerdens« abgestellt (S. 211). In der Aufklärung kommt eine neue Grenze auf: Abortion wird höher bestraft, wenn der Fötus lebensfähig ist, also ab dem 8. Monat.

All diese Versuche, das Problem der individuellen Menschwerdung theoretisch zu bewältigen, verweisen auf eine große und generelle Crux: wie sich *Identität im Prozeß* denken läßt. David Hume soll einmal gesagt haben, »er könne nicht verstehen, in welchem Sinne der Erwachsene, der er heute sei, »derselbe« sei wie das Kind, das er einst war«. Elias, der die Geschichte erzählt, schlägt als Lösung den Begriff des »Wandlungskontinuums« vor, der erfasse, daß »die Identität nicht so sehr eine der Substanz ist als vielmehr eine der Kontinuität der Wandlungen, die von einer Stufe zur nächsten führen«.<sup>5</sup> An den zuvor genannten Theorien kann man ablesen, wie mühsam der Weg von einem Denken in substantiellen Identitäten zu einem in Wandlungskontinuum ist. Sie suchen nach einer Zäsur, die das wahre Menschsein begründet,

<sup>5</sup> N. Elias: *Über die Zeit. Arbeiten zur Wissenssoziologie II*, hrsg. v. M. Schroter. Frankfurt a.M. 1984, S. 191, Anm. 3.

von der Zeugung über die ersten Bewegungen, die Menschengestalt, die Einflößung einer Seele bis zur Geburt und Namensgebung. Keine Bestimmung, ob für uns überzeugend oder nicht, setzt sich bleibend durch; keine beantwortet alle Fragen – eben weil jede einen fortlaufenden Prozeß zerschneidet. Vollends kompliziert wird die Sache, wenn man hinzufügt, daß die Vorstellung vom »unsterblichen Keimplasma«<sup>6</sup> die Kontinuität eines Menschen ins Unermeßlich-Biologische verlängert und daß moderner anthropologischer Erkenntnis zufolge auch die Pflege und Zuwendung Erwachsener *nach* der Geburt, als genuin soziales Geschehen, zur Menschwerdung gehört. Angesichts dessen ist der heute favorisierte Dreimonatsfrist, die durch das Größenwachstum des Fötus, die Psychologie der Mutter und medizinisch-technische Möglichkeiten nahegelegt wird, zuzuge zu halten, daß sie immerhin keine Scheinlösung des Grundproblems vor spiegelt.

Die verschiedenen identitätsstiftenden Einschnitte, die im Lauf der Zeit postuliert wurden, haben sehr verschiedene Begründungen, auf die Jerouschek nicht gezielt eingeht, die aber wissenschaftsgeschichtlich von höchstem Interesse sind: soziale Ereignisse (z. B. Namensgebung), einfacher Augenschein (Geburt; die Gestalt des Fruchtabgangs?), ärztliche Beobachtung an Embryos, bereits in der Antike (S. 16, 20), naturphilosophische Synthese (Vernunftseele), korrekte Kausalitätserkenntnis, über die nicht jede Gesellschaft verfügt (Zeugung/Empfängnis), mythische Tradition (Seele als Einhauch des Schöpfergottes), leere, aber geheiligte Zahlen (die »40« in Bußbüchern), autoritative Texte (diverse Annahmen der Kanonistik), analogisierende Bibelexegese (40./80. Tag der *glossa ordinaria*), greifbares Erleben (Kindsbewegungen), neuzeitlich-naturwissenschaftliches Raisonement (*vis formatrix*). Besonders reizvoll ist es zu verfolgen, wie immer wieder vielschichtige Erfahrung mit Spekulation und Dogmatismus ringt. Auch patristische Theologen, die dem proto-wissenschaftlichen Denken der Antike näherstehen als ihre mittelalterlichen Nachfolger, können sich von der Bin-

dung des Menschseins an die konkrete Menschengestalt nicht losmachen; die Grenze der »Belebtheit« mag bereits auf der erst später benannten Erfahrung der Kindsbewegungen beruhen.

Wenn man auf derartige Differenzen aufmerksam wird, enthüllt sich eine Schwäche des hier betrachteten Buches: Es wird den Differenzen und damit der Dynamik der Wissensentwicklung nicht gerecht. Statt etwa zu prüfen, wo genau *formatus, animatus, vivens*, 40. Tag etc. gesagt wird, und sich einen Reim darauf zu machen, schlägt Jerouschek diese Bestimmungen, die zwei Jahrtausende hindurch die Diskussion beherrschen, über einen Leisten. Sie meinen für ihn dasselbe, als ob jeder Autor das gesamte Spektrum der vorhandenen Literatur vor Augen gehabt hätte. Tatsächlich aber wird z. B. die Beseelung gewöhnlich in anderem Kontext erörtert als die Abtreibung, und der 40./80. Tag als ihr Termin taucht in der Glosse zum *Decretum Gratianum* ebenfalls an ganz anderem Ort auf (S. 84), kann also gewiß nicht unter dem Titel »neue Fristenlösung« verhandelt werden. Es bedurfte der Systematisierungsarbeit vieler Generationen, um das disparate Traditionsmaterial, ganz zu schweigen von der Lebenserfahrung, einigermaßen zusammenzudenken.

Benachbart ist ein weiterer Punkt. Jerouschek liest seine Quellen mit einem vorgefaßten Konsistenz-Anspruch, der dem Juristen anstehen mag, aber nicht dem Historiker, und gibt ihnen damit zu wenig Raum. Er unterstreicht z. B., daß sich im christlichen Bereich bis 1500 ein »unauflösbar widersprüchlicher Rechtskomplex« gebildet habe: Einerseits wurde schon die Empfängnisverhütung als Totschlag verpönt, andererseits der Schwangerschaftsabbruch vor Beseelung, Gestaltung usw. des Fötus milder geahndet als danach. Wenn eine solche Unstimmigkeit vorliegt, ist das ein heuristisch interessantes Problem (das hier auf ungeschlichtete Spannungen zwischen seelsorgerlichen, spekulativen, juristischen Bedürfnissen und allgemein auf frühere Standards der gedanklichen Konsistenz hinweist), nicht ein Anlaß, dem Abtreibungsverbot ein »Begründungsdefizit« anzukreiden (S. 280). Oder wenn ein PGO-Kommentar von 1685 eine Strafmilderung bei Abtreibung »inner denen 45. 50. 70. etc. Tagen« vorsieht (S. 193), zeugt das nicht von einer kritikwürdigen »Konfusion«, sondern von der praktischen Bedeutungslosigkeit jener Zahlen, mit

6 S. Freud: »Jenseits des Lustprinzips«. In ders.: *Gesammelte Werke*, Bd. 13. Frankfurt a. M. 1967, S. 1–69 (Zitat S. 49).

7 Diese Beobachtungstatsache, und nicht primär theologische Reflexion, scheint hinter dem folgenreichen *formatus* der Septuaginta-Tradition zu stecken (gegen S. 34).

denen sich Spezialisten der Theorie herum-schlügen. Die sächsischen Konstitutionen von 1572 beeindrucken insofern als ein Meilenstein, weil sie erstmals die Rechtstradition mit einem festgelegten Datum, einer greifbaren Erfahrung und vermutlich einer im Volk verankerten Wertung integrieren.

Ein anachronistischer Zugriff, der die Quellen zu rasch an eigenen oder späteren Maßstäben mißt, macht sich bei Jerouschek auch sonst bemerkbar und mag erklären, warum es ihm etwas schwer fällt, seine zeitlich geordneten Befunde zu einer klaren Synthese zu bringen. Das Verfahren entspricht dem Herkommen seiner Disziplin, die sich die Wirklichkeit oft nach spezifischen Schemata zu-rechtschneidet. Trotz aller Seitenblicke auf Empfängnisverhütung und Kindstötung, die ihm das Material anbietet, bespricht er die Abtreibung zu isoliert. So läßt er die hedeut-same Kindsaussetzung, weil sie rechtlich anders verortet wurde, fast unerwähnt.<sup>8</sup> Man lernt von ihm, daß die ungewollte Fremdad-treibung bei Juden wie Germanen zuerst als regulationsbedürftig erscheint. Der histori-sche Soziologe wird dadurch gewarnt, sie aus systematischen Gründen mit der gewollten Selbstabtreibung zu vermengen. Wie diese frühen Bestimmungen eine hohe Wertschät-zung des Kindes widerspiegeln, dürften eini-gige mittelalterliche Strafandrohnungen für Sterilitätsränke weniger auf (erwünschte) Empfängnisverhütung als vielmehr auf einen (gefürchteten) Unfruchtbarkeitszauber zie-len.<sup>9</sup> Überhaupt würde es sich lohnen, das Material des Buches auf die geregelten Ereig-nisse (und gemeinten Gruppen) hin zu sichten, im Rahmen der jeweils herrschenden Ehenormen und gesellschaftlichen Kontroll-instanzen.

Jerouscheks Arbeit bleibt ungeachtet mög-licher Einwände ein reicher Beitrag zu einem brennenden Problem. Vor der Folie, die sie entwirft, tritt die Besonderheit der heutigen Abtreibungsdebatte scharf umrissen hervor. Wie der Autor resümiert, war es in dem von ihm erforschten Zeitraum nie »der Ehefrau anheimgestellt, nach ihrem Dafürhalten ab-zutreiben« (S. 277). Schwangerschaftsabbruch kam nur in »Ausnahmesituationen«

vor (S. 276). Heute aber beanspruchen *Frauen* ein begrenztes Verfügungsrecht über ihre Lei-besfrucht *innerhalb erlaubter Sexualbeziehungen*, auch *unabhängig von materieller Not* und in *eigener Regie*. Die Kombination dieser vier Aspekte ist im Wandlungskonti-nuum unserer Gesellschaft ohne Präzedenz. Woher die Änderung?

Die Art und Weise, wie eine Gesellschaft den Schwangerschaftsabbruch (oder die Kindstö-tung) behandelt, hängt ab von dem Wert, den sie Kindern und dem jeweiligen einzelnen Kind beilegt. Auf früheren Entwicklungsstu-fen, wo der Fortbestand relativ kleiner Über-lebenseinheiten und ihrer Struktur auf einer direkt erfahrbaren Eltern-Kind-Abfolge und zunehmend auf Erbmechanismen beruhte, war dieser Wert gewöhnlich hoch; nicht um-sonst beginnt die Geschichte des Abtrei-bungsverbots im abendländischen Kultur-kreis mit Strafbestimmungen für Abortionen durch fremde Gewalt. Frauen waren deshalb in ihrer ganzen sozialen Existenz auf die Mutterschaft bezogen, und das heißt unter patriarchalischen Verhältnissen: auf die Ehe, durch die Kinder ihrem sonst unsicheren Va-ter und Erblasser zugeordnet werden. In den bürokratisierten, industrialisierten National-gesellschaften unserer Tage dagegen, deren Fortdauer durch überpersönliche Institutio-nen gewährleistet ist, haben Kinder (und die Ehe) einen Großteil ihrer einstigen sozialen Funktion verloren. Ihre Bedeutung für die Eltern ist eine individuell-psychologische ge-worden – was auch die Entstehungsbedin-gungen der Erwachsenenliebe, auf die das Neugeborene zu seiner Menschwerdung bio-logisch angewiesen ist, ins Blickfeld rückt und fragwürdig macht. Wo Mutterschaft zur Disposition gestellt wird, steigt das Eigenge-wicht sexueller Lust, um die sich der Staat nicht mehr kümmert. Hinzu kommt, daß rangniedrigeren Gruppen nicht mehr einfach (wie nach 1500) die Verhaltensdisziplin rang-höherer auferlegt werden kann. Durch diesen ganzen Prozeß, der in Wirklichkeit gewiß viel komplexer ist, hat sich die Machtbalance zwi-schen Männern und Frauen wie zwischen Müttern und Kindern dramatisch zugunsten der Frauen verschoben. Darum die derzeitige Auseinandersetzung, in der sich Frauen gegen den Zwang wehren, die in ihrem Leib Heranwachsenden unbedingt als Menschen definieren zu müssen. Es ist kaum vorstell-bar, daß eine in der mittelalterlichen Gesell-schaft verwurzelte Denktradition und, von

8 Siehe J. Boswell: *The Kindness of Strangers. The Abandonment of Children in Western Europe from Late Antiquity to the Renaissance*. New York 1989.

9 Eine einschlägige Episode aus dem 11. Jahrhundert findet sich bei G. Duhy: *Ritter, Frau und Priester. Die Ehe im feudalen Frankreich*. Frankfurt a. M. 1985, S. 164.

ihr beeinflusst, ein kleines Gremium mächtiger alter Männer einen solchen säkularen Trend (der die Debatte in der Praxis weiter Kreise schon entschieden hat) auf lange Sicht zu hemmen vermag.

Michael Schröter

*Michael Blecher, Zu einer Theorie der Selbstreferenz oder: Theorie als Compassion – Möglichkeiten einer Kritischen Theorie der Selbstreferenz von Gesellschaft und Recht, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 147, Berlin 1991, Verlag Duncker und Humblot, 245 Seiten, 98 DM.*

Der Einleitung zu diesem Buch sind einige Zitate Ludwig Wittgensteins vorangestellt, u. a. der beinahe aphoristische Satz: »Wovon man nicht sprechen kann, darüber muß man schweigen« (S. 13). M. B. unternimmt den Versuch, diese Grenze wenigstens annäherungsweise auf eine paradoxe Form zu durchbrechen, nämlich durch das auf verschiedenen, miteinander verschleiften Ebenen verteilte und sich damit dekonstruierende (Be-)Schreiben der »Orientierungsfragen« psychischer und sozialer Systeme in ihrer Evolution. Es geht um den »Rest«, der durch die »Bindung« der Konstruktion des »Sozialen« an das Spiel von Differenzen und Kopplungen (Luhmann) nicht dargestellt werden kann, aber auch im »intersubjektiven Kommunikationszusammenhang« (Habermas) nicht überbrückbar erscheint. Der Verf. versucht, die von ihm angenommene Leerstelle sowohl der Theorie selbstreferentieller sozialer Systeme als auch der die (Selbst-)Begründung der Gesellschaft kritisch reflektierenden Diskurstheorie in der Paradoxie einer »Kritischen Theorie der Selbstreferenz von Gesellschaft und Recht« aufzuheben. Dieses hochartifizielle Projekt versteht M. B. als »Rejektion« (S. 235), durch die die notwendig »bestimmten Regeln des Spiels ... spielerisch (playing)« unbestimmt dauerverflüssigt werden (S. 235). Der »Sinn des Spielens« (H. i. O.) soll »als Verweisungsüberschuß von Aktualitäten und Möglichkeiten zugleich über jegliche Unterscheidung« hinausweisen auf die »unbestimmte Einheit in der (als!) Kontingenzdimension«. Diese begründet und untergräbt zugleich die paradoxe Unbe-

stimmtheit des Rechts, die nur im »Dauer-Versuch« der Gewinnung von Bestimmtheit durch »Prozeduralisierung« (aus-)haltbar werden kann. Die »Zwischenbetrachtung im Prozeß der Aufklärung kommt zu sich« und »klärt sich darüber auf, daß sie – als Dauer-Zwischenbetrachtung – dieser Prozeß ist und daß es außer ihm nichts zu erreichen gibt« (S. 236). »Ethik der Selbstreferenz« soll die »ortlose Stelle«, den in verschiedenen Erscheinungsformen auftretenden, von M. B. sogenannten »Punkt P« markieren, der die Unmöglichkeit eines Bewußtsein und Kommunikation umfassenden »Superprozesses/-systems« repräsentiert. Die damit eingeführte Frage nach einer letzten (fremd-)Bindung, die jenseits aller gesellschaftlich prozessierten Selbstbindung ihren Fixpunkt hat, verweist – dessen ist sich M. B. bewußt – auf »re-ligio«, das »Heilige«. Damit legt sich eine Parallele zum Versuch G. Steiners (Von realer Gegenwart, München 1990) nahe, der dem Sinn-Begriff seine »Bedeutung als Setzen auf Transzendenz« zurückzugewinnen sucht. Die irritierende Position der »Ethik der Selbstreferenz« als eines Platzhalters der Religion erlaubt zunächst einen Rückblick auf die »fossilgewordene Autorität des logos« (Steiner), die den »Begriff einer »Gegenwart« als fundamental« zum Axiom erhebt und damit die »Drehpunkte« erhält, die die Fülle von Sinn ermöglichen. Darin ist aber zugleich die Möglichkeit eingeschrieben, daß der Prozeß der Drehungen diese Annahme selbst in Frage stellt und damit den eingangs zitierten Wittgensteinschen Satz entschärft: Die Unendlichkeit der Sprache macht nicht an einer »Grenze« halt, sie kann tatsächlich die Regeln, nach denen sie funktioniert, im Prozeß des Sprechens selbst ändern.

Damit ist zugleich der Blick geöffnet für die Unterbestimmtheit von Luhmanns Konzeption der Sprache, die sich auf einen Zeichenvorrat reduziert, dessen Sinn erzeugende Differenzen erst durch die Systeme mobilisiert werden. Das darin enthaltene Moment der prozeßhaften Selbständerung von Systemen und Systemstrukturen wird bei Luhmann eher evokativ als Prozeß einer »Morphogenese« bezeichnet, als Steigerung von Unwahrscheinlichkeiten, die nicht als »sinnvolles Resultat in den Prozeß selbst einzubauen sind«<sup>1</sup>. Ähnliches gilt für die Angewiesenheit

<sup>1</sup> Niklas Luhmann, Soziale Systeme, Frankfurt/M. 1984, S. 480, 485.



der Systeme auf »Materialitätskontinua« (Luhmann S. 47).

M. B. ist sich der Nähe zur Religion nicht nur bewußt, er sucht sie geradezu, allerdings in einer interkulturellen Verfremdung, die das christliche Spannungsverhältnis zwischen der Endlichkeit der religiösen Tradition und der Unendlichkeit Gottes zu überbieten sucht, nämlich: im Buddhismus (S. 21). Diese Religion hat eine lange Tradition in der evokativen Erhaltung von Paradoxien, die in der christlichen Theologie durch die Interpretation der »Schrift« und ihre Institutionalisierung abgespannt worden sind. Über den Rekurs auf den Buddhismus versucht M. B., die Angewiesenheit der verschiedenen Trennungen, mit denen gesellschaftliche Systembildung im allgemeinen und das Rechtssystem im besonderen operiert, auf eine »*Ethik* der Selbstreferenz« zu befriedigen, einer Ethik, die das Unbestimmte auch innerhalb der systemischen Selbstfestlegungen offenhalten soll. Dies wird durch begriffliche Selbstreflexion der Systeme noch nicht gewährleistet; dabei geraten die »eigenen Voraussetzungen qua Rücksichtnahme auf Umwelten« (S. 65) aus dem selbstbeobachtenden Blick. Hier will M. B. das für ihn durch die Verschränkung von Selbst- und Fremdreferenz nicht ausreichend erfaßte »Zwischen« des Spiels der Kontingenz (S. 103) sichtbar machen, in dem Selbstidentität und Nicht-Identität zusammengeschlossen werden. Dieses wird an der Grenze des sprachlich Darstellbaren durch die Bezeichnung eben des »Punktes P« markiert, der im Grunde die Unsagbarkeit der Möglichkeitsbedingung der geschlossenen rekursiven Wirkform (S. 93) beschwört. Das Selbst als unmöglicher Zustand (S. 130) verweist auf eine Dauerveränderung über einen differentiellen Prozeß, der – und dies wäre zugleich als Einwand zu formulieren – im Buddhismus als Meditation zum »Ruhepunkt«, zum Punkt P gelangen kann (S. 121).

Das Spiel der Paradoxien wird in einem »vertigee des profondeurs« der Begriffe, die das Begreifen selbst dementieren, an verschiedenen Kategorien der Systemdifferenzierung demonstriert und verlangt dem Leser – dieser Stein sei entgegen aller Vorsicht aus dem Glashaus herausgeworfen! – einige Geduld ab. Für seine Rückkehr an die Oberfläche des Rechtssystems hat der Leser den Auftrag erhalten, die Unmöglichkeit des Anfangs als Notwendigkeit des Lernens, als Sich-Einrich-

ten in einem »Dauer-Zwischen-Zustand« (S. 229) der »Unangemessenheit« des Rechts, der Suche nach Gerechtigkeit, zu akzeptieren. Recht ist dann in einer neuen Lesart der Prozeduralisierung »festgelegt« auf das Aushalten der Unmöglichkeit einer Festlegung, die in – zwangsläufig mit »Invisibilisierungen« operierenden – »Kontingenzgrenzen« in eine paradoxen oszillierenden Bewegung überführt wird. Festlegungen werden danach permanent in Verhandlungssystemen und über Kollisionsregeln unterlaufen.

Die Arbeit unternimmt – angesichts der sich paradoxerweise der Paradoxie verweigernden Sprache – waghalsige Versuche, das selbstreferentielle Denken noch einmal in einem »Zwischen« zu destabilisieren, dessen Charakter als »Ruhepunkt« die Frage provozieren muß, ob deshalb nicht die zwangsläufig *historisch* verfahrenende Unterbrechung der Selbstreferenz durch Fremdreferenz der Grenzen der *theoretischen* Erfassung eines solchen »Zwischen« eher gerecht werden kann und ob nicht umgekehrt der Versuch einer begrifflichen Erfassung sich in der »ehemaligen« Beschwörung eines »Unsagbaren« erschöpfen muß. Es ist ja kein Zufall, daß der Buddhismus die Identität und Nicht-Identität gerade in einem *Ruhepunkt* zusammenführt, von dem man paradoxerweise nur *sagen* kann: Der »Rest« ist Schweigen.

Es stellt sich die Frage, ob das Denken von Prozessen in einer Theorie nicht seinerseits nur durch das Ausprobieren an historischen »Materialitätskontinua« selbst sichtbar gemacht werden kann. Die sehr hohe Abstraktion der Sprache, die die Grenzen ihrer Darstellungsmöglichkeiten durch Rückgriff auf Graphiken hinauszuschieben sucht, hinterläßt ein gewisses Unbehagen, das durch die Knappheit der rechtlichen Spezifizierungen verstärkt wird. Hier fragt sich, ob einläßlichere Untersuchungen der Formen der Erhaltung von Kontingenz in und durch Recht nicht gerade die Tragfähigkeit der hochabstrakten Erfassung von Paradoxien der Begründung und Ent-Gründung in Frage gestellt hätten. – Es ist etwas verwunderlich, daß dem durchaus polyglotten Autor das Werk von E. Morin (*La Méthode*, 4 Bde., Paris 1977–1991) entgangen ist, der die Rekursivität der »auto-écoorganisation« der Systeme, die Außen und Innen miteinander verschleift, stärker mit *historischen* Selbstfestlegungen verbindet und dadurch die Bewegung des unsichtbaren »Zwischen« der Selbst-

ständerung in Spuren verfolgen kann, die auf keine feste Identität mehr verweisen. Ähnliches ließe sich für Derridas Dekonstruktivismus zeigen, der etwa in »Gesetzeskraft« (Frankfurt/M. 1991) die Überschreitung des Rechts durch seinen Vollzug in der dekonstruktivistischen Lektüre von (Rechts-)Texten sichtbar macht und damit die *Entfaltung* des »Streits« betreibt, in dem sich Recht und Gerechtigkeit ständig befinden.

Wer sich durch die hochabstrakte Sprache des Buches nicht abschrecken läßt, wird es als eine produktive Irritation erleben. Und das ist nicht wenig.

Karl-Heinz Ladewig

Christoph Schmidt-Eriksen: *Tarifvertragliche Betriebsnormen*, Baden-Baden 1992 (Nomos Verlagsgesellschaft), 354 Seiten, DM 98,-

Spätestens seit den Tarifverträgen zur Verkürzung der Wochenarbeitszeit auf 38,5 Stunden befinden sich die betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen nach § 3 Abs. 2 TVG wieder in der Diskussion. Umstritten war und ist damals wie heute, inwieweit die durch die Betriebsparteien auszufüllenden Tarifregelungen auch für Außenseiter gelten<sup>1</sup>. Das BAG hat diesen Streit für die Praxis dahingehend entschieden, daß es die entsprechenden Vorschriften der Arbeitszeittarifverträge, die eine Festsetzung der Verteilung des Wochenarbeitszeitvolumens schließlich durch eine Einigungstelle vorsahen, als betriebsverfassungsrechtliche Normen charakterisierte<sup>2</sup>. Bedeutung gewinnen können tarifvertragliche Betriebsnormen, deren Geltung sich nach dem Wortlaut von § 3 Abs. 2 TVG auf alle Arbeitnehmer erstreckt, soweit nur deren Arbeitgeber tarifgebunden ist, jedoch nicht nur im Rahmen von Kompromißlösungen, die wie die Arbeitszeitregelungen ein Eingehen auf betriebspezifische Besonderheiten erlauben sollten, sondern auch im Rahmen einer sogenannten »qualitativen Tarifpolitik«. Zu denken ist hierbei etwa im Zusammenhang mit Rationalisierungsschutzabkommen an Besetzungsregeln oder Verein-

barungen zur Weiterqualifizierung und Umschulung, an Quotierungsvorschriften wie an Vereinbarungen zum arbeitsplatzbezogenen Gesundheits- und Umweltschutz.

Die mögliche Umsetzung einer »qualitativen Tarifpolitik« mittels Betriebsnormen ist der Anlaß der vorliegenden Arbeit von Christoph Schmidt-Eriksen, der im Ergebnis solche Regelungen für zulässig und geeignet hält.

Wegen der Besonderheit der Tariferstreckung auch auf nichtorganisierte Arbeitnehmer geriet die Untersuchung zu einer grundsätzlichen Auseinandersetzung über die Tarifautonomie, die Befugnisse der Koalitionen und den Status des Außenseiters. So zeichnet der Autor die Entwicklung des Begriffs der Betriebsnorm und deren dogmatische Behandlung zunächst eingehend nach und kommt hierbei vor allem auf die Überlegungen Sinzheimers zurück. Dieser hatte in seiner Schrift »Der korporative Arbeitsnormenvertrag« (1907) den Tarifvertrag als ein Mittel zur Regelung der Solidarbeziehungen im Betrieb charakterisiert und zwischen Betriebs- und Organisationsnormen unterschieden. Betriebsnormen waren jene Bestimmungen über Gegenstände, an denen die Belegschaft ein gemeinsames Interesse hat: Arbeitshilfen und Sozialeinrichtungen wie Wasch- und Essgelegenheiten. Demgegenüber bezogen sich die Organisationsnormen auf die Ausgestaltung des Arbeitseinsatzes, wobei die Interpretation, die Schmidt-Eriksen diesen Regularien beilegt, von großem Interesse ist. Verstanden als der Rahmen für die Kommunikationsbeziehungen und das Zusammenwirken der Arbeitnehmer untereinander, bilden die Überlegungen Sinzheimers den Hintergrund, vor dem der Verfasser im Schlußteil der Arbeit seine Lösung entwickelt. Sinzheimers Gedanken lassen sich überdies fruchtbar machen für den Umgang mit neueren Phänomenen wie der Einführung von *Profit-Centers*, die tief in das betriebliche Sozialgefüge eingreifen, doch mit den herkömmlichen Mitteln der Betriebsänderung nach §§ 111 ff. BetrVG beispielsweise nur unzureichend erfaßt werden können.<sup>3</sup>

Der erste Teil der Abhandlung Schmidt-Eriksens beschränkt sich jedoch keineswegs auf Sinzheimer. Es folgen Darstellungen der Arbeiten Lotmars und des Verlaufs der weiteren

<sup>1</sup> Vgl. Hanau, NZA 1985, S. 73; Lowisch, DB 1984, S. 2457; Richardi NZA 1984, S. 387.

<sup>2</sup> Beschluß vom 18. 8. 1987, BB 1987, S. 2161.

<sup>3</sup> Vgl. Kreuder, Aktiengesellschaft 1992, S. 375.



Entwicklung in der Weimarer und in der Nachkriegszeit. Aufgrund dessen bietet das vorliegende Buch nicht nur einen historischen Abriss zum dogmatischen Umgang mit den Betriebsnormen, sondern läßt sich streckenweise schon fast wie eine (Teil-)Geschichte des Arbeitsrechts lesen. Überhaupt beeindruckt die Fülle des Materials, die der Verfasser bearbeitet hat.

Kritik verdienen demgegenüber vor allem das zweite und dritte Kapitel, in denen der Autor die Erstreckung von Tarifregelungen auf Außenseiter durch Betriebsnormen problematisiert. Zwar ist für den Juristen selbstverständlich, daß er »die normative Kraft des Faktischen« nicht anerkennt<sup>4</sup>, sondern allein das Recht zum Maßstab nimmt. Schmidt-Eriksen ist daher auch darin beizupflichten, daß »weder Art. 9 Abs. 3 GG noch das TVG der Zementierung bestehender Zustände« dienen und rechtlich die Möglichkeit zu Gewerkschaftspluralismus gegeben sein muß (S. 119). Konsequenz wäre also, sich bei der Auseinandersetzung mit Betriebsnormen zunächst der positiven Koalitionsfreiheit zuzuwenden. Die beitragszahlenden, organisierten Arbeitnehmer haben nämlich einen Anspruch auf die Umsetzung der – möglicherweise sogar kampfwert – durchgesetzten Tarifbestimmungen. Die Realisierung dieses Anspruches wird ihnen in manchen Fällen dadurch verwehrt, daß aufgrund der Regeln zur Vermeidung von Tarifpluralität<sup>5</sup> nicht die von ihrer Gewerkschaft vereinbarten Normen gelten, sondern diejenigen der Konkurrenzorganisation. Das Arbeitsrecht mutet somit Gewerkschaftsmitgliedern schon einiges zu, nur damit in deutschen Betrieben die »englische Krankheit« (Kahn-Freund) nicht ausbricht. Um Betriebsnormen muß es sich dabei nicht einmal handeln, sondern dieses Problem betrifft Tarifbestimmungen aller Art.

Dem Verfasser sind diese Fragen nicht fremd. Er entscheidet sich jedoch dafür, die negative Koalitionsfreiheit zum »pars pro toto« zu nehmen, anhand dessen die Einwände gegenüber Betriebsnormen zu überprüfen seien (120). Und während sich im Zusammenhang mit der Tarifpluralität noch trefflich darüber streiten ließe, wie der Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit des organisierten Arbeitnehmers, dessen Tarifvertrag nicht zur An-

wendung kommt, zu rechtfertigen ist, spielen für den weiteren Verlauf der Untersuchung Schmidt-Eriksens die Gründe und die Intensität eines Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit keine Rolle: »allein das Faktum der Erfassung eines Außenseiters durch einen Tarifvertrag, ... (bedeutet) die Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit ... , ohne daß eine materielle Mindestintensität der Beeinträchtigung der Außenseiterinteressen zu konstatieren wäre«. (121)

Mit dieser Prämisse hat der Autor die Latte, die er mit der von ihm letztlich vertretenen Ansicht überspringen muß, sehr hoch gelegt. Er scheint zu spüren, daß er an manchen Stellen einen besonders langen Anlauf nehmen muß; Leichtathleten wissen, daß dieser auch zu lang geraten kann. So hätte es der Argumentation an verschiedenen Punkten gut getan, wenn die durchaus notwendige Auseinandersetzung mit im Ergebnis abgelehnten Positionen straffer geführt worden wäre. Zuweilen kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß die schließlich verworfene Gegenansicht genausogut oder gar besser vertreten werden könnte. Diese Begründungsschwierigkeiten haben ihre Ursache darin, daß der Verfasser sich auf eine bestimmte Argumentationsschiene begibt, nämlich der zur negativen Koalitionsfreiheit, und dann von diesem breit eingefahrenen Gleis auf eine Vielzahl von Nebenstrecken gerät, denen zu Beginn noch nicht anzusehen ist, daß die Wirklichkeit sie längst stillgelegt hat. Die ganzen Juristendiskussionen über die zu beachtenden Freiheitsrechte der Außenseiter können doch nur deshalb stattfinden, weil die Praxis völlig anders aussieht<sup>6</sup>. Kämen Tarifregelungen tatsächlich nur Organisierten zugute und wären in der Bundesrepublik allgemein Organisationsgrade wie im Bergbau anzutreffen, füllten sicher Abhandlungen die Regale, die über die Wohltaten einer *erga omnes*-Wirkung oder einer regelmäßigen Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifnormen rationallyen. Auch die Debatte über Deregulierung würde dann sicherlich anders (oder gar nicht) geführt werden.

Im Parlamentarischen Rat jedenfalls endeten die Diskussionen zur Frage des Schutzes der

<sup>4</sup> Widersprüchlich hierzu die Ausführungen auf S. 153.  
<sup>5</sup> Vgl. BAG AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

<sup>6</sup> So ist, soweit ersichtlich, noch keine Entscheidung bekanntgeworden, deren Hintergrund darin bestand, daß ein Außenseiter nicht unter die auf ihn angewendeten Tarifnormen fallen wollte. Das Gegenteil ist dagegen schon vorgekommen, vgl. zuletzt LAG Köln, Urteil vom 10. 9. 1992, 5 Sa 561/92.

nichtorganisierten Arbeitnehmer im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 GG mit einem der heutigen Spruchpraxis des BAG entgegenstehenden Ergebnis. Schmidt-Eriksen resümiert seine – wiederum eindrucksvolle – historische Darstellung zur Meinungsbildung des Verfassungsgebers: »Am Befund, daß in den Beratungen des Parlamentarischen Rates Druckausübung auf die Außenseiter im Organisationsinteresse der Koalitionen mehrheitlich als legitim galt, ist nichts zu deuteln.« (S. 170)

Schmidt-Eriksen kann zeigen, daß das BAG demgegenüber der negativen Koalitionsfreiheit im Arbeitsrecht eine andere Bedeutung gab. Anlässlich eines Streits über tarifvertragliche Differenzierungsklauseln<sup>7</sup> entwickelte das Gericht sein Kriterium des »inadäquaten« Drucks auf die Außenseiter, ein Kriterium, das sich beliebig instrumentalisieren läßt. Unverständlicherweise leitet auch der Autor anhand dieses Maßstabes sein Ergebnis ab, daß die prinzipiell anerkannte und auch in §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG geregelte Unterscheidung der Anspruchsberechtigung nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht gegen die negative Koalitionsfreiheit verstoße und daher verfassungsmäßig sei. Es bleibt offen, wie er vor dem Hintergrund des zuvor Dargelegten zu diesem Ergebnis gelangt. – Welcher Druck ist denn größer, derjenige, der wie in dem von BAG entschiedenen Fall davon ausgeht, daß Arbeitnehmer an einem besonderen Urlaubsgeldfonds partizipieren, oder derjenige, der mit dem regelmäßigen Einkommen verknüpft ist? Unterstellt einmal, es gehörte nicht zum Selbstverständnis und Anspruch der deutschen Industriegewerkschaften, alle Arbeitnehmer einer Branche zu vertreten: *Rechtlich* wäre dann beispielsweise ein Hinweis der IG Metall an die ostdeutschen Arbeitgeber, sie mögen mittels Änderungskündigungen die Löhne und Gehälter der Nichtorganisierten auf einen beliebigen Betrag<sup>8</sup> absenken und mit den so gewonnenen Mit-

teln den Gewerkschaftsmitgliedern die 1991 tarifvertraglich vereinbarte Angleichung an die Entlohnung im Westen zahlen, nicht zu beanstanden gewesen. Der »Zwang« zum Eintritt in die Gewerkschaft besteht doch nur deshalb nicht, weil die allermeisten Arbeitnehmer auf der Basis der Tarifvereinbarungen bezahlt werden, also durch die Praxis eine *erga omnes*-Wirkung hergestellt wird. Und dies beruht auf einem Angebot des Arbeitgebers an die Außenseiter, was seinerseits betriebs- und personalpolitisch begründet ist. Dieses Angebot aber ist zugleich Ausdruck der von Schmidt-Eriksen an anderer Stelle kritisierten einseitigen Bestimmungsmacht des Arbeitgebers, der kollektive Regelungen vorzuziehen seien (vgl. S. 151).

Ganz im Sinne der Ausgangsüberlegungen des Verfassers zur Funktion und zukünftig wachsenden Bedeutung von Betriebsnormen erweist sich die Wirklichkeitsferne und praktische Irrelevanz der negativen Koalitionsfreiheit bei Tarifregelungen, die keine materiellen Verbesserungen im hergebrachten Sinne beinhalten<sup>9</sup>. So kann sich für nichtorganisierte Arbeitnehmer durchaus die Frage stellen, ob sie sich über den Leisten eines Tarifvertrages schlagen lassen wollen, der wie die im März 1993 für den Ruhrbergbau getroffene Vereinbarung ein Einfrieren der Löhne und Gehälter für 18 Monate vorsieht und als quasi bezahlte Kurzarbeit sechs zusätzliche Freischichten einführt. Der Wunsch, einer solchen Regelung fernzubleiben und individualrechtlich günstigere Modalitäten anzustreben, dürfte leicht nachzuvollziehen sein. Daß sich dieser Wunsch gegebenenfalls auch umsetzen läßt, garantieren zum einen die negative Koalitionsfreiheit und zum anderen das Günstigkeitsprinzip. Das Günstigkeitsprinzip wiederum gilt aber auch für organisierte Arbeitnehmer, so daß zum Schutze der Interessen derjenigen, die andere als die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen haben möchten, auf die negative Koalitionsfreiheit konsequenterweise verzichtet werden könnte. Im Falle der Ruhrkohle stünde es *jedem* Arbeitnehmer vor dem Hintergrund der einschlägigen Kriterien zum sogenannten »Günstigkeitsvergleich«<sup>10</sup> frei,

<sup>7</sup> Vgl. BAG GS AP Nr. 13 zu Art 9 GG, ebenso bedeutsam ist in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit von Effektivklauseln, die gleichfalls – mit anderer Begründung – verneint wird, vgl. BAG AP Nr. 7, 8 zu § 4 TVG Effektivklausel, anders noch BAG AP Nr. 5 zu § 4 TVG Effektivklausel.

<sup>8</sup> Im Zusammenhang mit der Erarbeitung von Kriterien, nach denen eine von Kollektivregelungen abweichende Individualvereinbarung nicht mehr als »günstiger« bezeichnet werden konnte, empfahl unlängst Heinze (NZA 1991, S. 329 [335]), als Untergrenze sich am jeweils geltenden Sozialhilfesatz zu orientieren. – Immerhin sollen die Leute nicht verhungern müssen!

<sup>9</sup> Zur individualvertraglichen Änderung von Betriebsnormen vgl. auch Daubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Rdnr. 192.

<sup>10</sup> Vgl. Schaub, ArbRHb, 7. Aufl., § 204 VI 2; Daubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Rdnr. 201 ff.

die zusätzlichen Freischichten zu nehmen und eine Entgeltverbesserung zu vereinbaren.

Sehr klar formuliert Schmidt-Eriksen denn auch, daß die mittlerweile etablierte »Anerkennung der negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG« keineswegs vom Recht her zwingend geboten ist, sondern »sich als Ausdruck eines Wertewandels verstehen« läßt. »Größeres Vertrauen in den Einzelarbeitsvertrag ist daher eine notwendige Prämisse, ohne die die Expansion des Außenseiterschutzes gegenüber den Kollektivinteressen nicht verantwortlich wäre.« (S. 179)

Worum es folglich bei der Auseinandersetzung über die Erstreckung von Tarifbestimmungen auf Nichtorganisierte geht, und was auch von Schmidt-Eriksen knapp thematisiert wird, ist die zutreffende Einordnung von Gewerkschaften in entwickelten Industriegesellschaften. Begreift man sie (und sie sich selbst) als reine Mitgliederorganisationen, so haben sowohl die rechtliche Figur des Außenseiters als auch das Günstigkeitsprinzip ihren Platz im kollektiven Arbeitsrecht. Zu diesem Arbeitsrecht gehört dann aber auch, daß § 3 TVG ernst genommen wird und Tarifregelungen nur für die beiderseits Tarifgebundenen gelten, soweit es sich nicht um betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen handelt.

Begreift man dagegen Gewerkschaften als die Interessenvertretungsinstitution aller Arbeitnehmer, stellen sich – wie in Frankreich oder Spanien – Fragen nach der Legitimität der Geltungserstreckung auf Nichtorganisierte praktisch nicht. Die von ihnen erreichten Arbeitsbedingungen sind als Mindeststandards allgemein verbindlich und individuelle Verbesserungen durch das Günstigkeitsprinzip möglich. Wie die Erfahrungen aus den Ländern zeigen, in denen Tarifverträge rechtlich ohne weiteres eine *erga-omnes*-Wirkung entfalten, hat ein solches Kollektivvertragssystem aber auch zur Folge, daß die Attraktivität des Gewerkschaftsbeitritts relativ gering und die Organisationsgrade entsprechend niedrig sind<sup>11</sup>. Soweit keine anderen – etwa milieuspezifische – Bindungen an die Gewerkschaften bestehen, stellt sich dann die Frage, diesen Organisationen andere, von den Beiträgen ihrer Mitglieder unabhängige Mög-

lichkeiten der Bestandssicherung zu eröffnen. Ob aber ein Superkorporatismus wünschenswert ist, der Gewerkschaften in letzter Konsequenz etwa nach dem Muster der bundesdeutschen Parteienfinanzierung alimentiert, darf füglich bezweifelt werden<sup>12</sup>.

Die vorstehenden Ausführungen sind nicht dahingehend zu verstehen, daß der Verfasser die kritisch diskutierten Aspekte nicht berücksichtigt hätte. Bedauerlicherweise fehlt es der Arbeit jedoch etwas an Prägnanz. Und sie leidet unter der verwendeten Sprache, die häufig gestelzt daherkommt: »Der demokratische Gesetzgeber hat das Prä zur Synchronisation divergierender Rechtsprinzipien, deren Kollision er antizipiert.« (S. 327)

Thomas Kreuder

Josef Brossette: *Der Wert der Wahrheit im Schatten des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Schriften zum Recht des Informationsverkehrs und der Informationstechnik Bd. 1, Berlin (Duncker und Humblot) 1991, 317 S., 128,- DM*

Leider ist es nicht möglich, dieses Buch einfach zu ignorieren; denn es ordnet sich in die Reihe der Lehrmeinungen ein, die sich – besonders in der Privatrechtsordnung – den Abbau des Datenschutzes zum Ziel gesetzt haben und daraus auch kein Hehl machen<sup>1</sup>. In der Entwicklung neoliberalistischer Tendenzen gewinnt die sog. »Informationsfreiheit« zunehmend an Bedeutung, und vor angeblichen »Übertreibungen« des Datenschutzes wird gewarnt. Unmißverständlich postuliert wird der Leitgedanke der aktuellen Anti-Datenschutz-Kampagne schon in der Aussage W. Zöllners, »Paracelsus hat offenbar seinerzeit schon das Datenschutzrecht im Auge gehabt, als er formuliert hat, Gift sei eine Frage der Dosis«<sup>2</sup>.

Für Brossette ist Datenverarbeitung eine Frage der Wahrheit; er sieht das »Licht der

<sup>11</sup> Vgl. das Resümee von Zachert, Die Wirkung des Tarifvertrages in der Krise, in: ders. (Hg.), Die Wirkung des Tarifvertrages in der Krise, Baden-Baden 1991, S. 194 f.

<sup>12</sup> Vgl. Grimm, Verbände und Verfassung, in: ders. (Hg.), Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a.M. 1991, S. 241 ff.

<sup>1</sup> Zur Kritik solcher Ansätze vgl. die Buchbesprechungen von M. Kutscha, KJ 1987, S. 370 ff. und St. Walz, KJ 1989, S. 377.

<sup>2</sup> »Datenschutz in einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung«, RDV 1991, S. 6.

Wahrheit« bedroht vom »Schatten des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung«. Axiomatisch geht er davon aus, »daß im Laufe weniger Jahrzehnte der Wert von Wahrheit und Wahrhaftigkeit, die über Jahrhunderte unsere Rechtsordnung und Kulturordnung geprägt haben, zugunsten von »Autonomie« und (...) Selbstbestimmung verdrängt wurde« (S. 20). Grundlegendes Ziel seiner rechtswissenschaftlichen Dissertation ist deswegen, »den Wert von Wahrheit und Wahrhaftigkeit, losgelöst von ideologischer Verblendung, wieder stärker in das Bewußtsein zu setzen« und »das Bundesdatenschutzgesetz im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gewährleistete Informationsfreiheit (...) restriktiv auszulegen« (S. 22 f.).

1. Im ersten Teil bezieht sich der Autor auf das »natürliche Spannungsverhältnis« im angeblichen Gegensatz von »Wahrheit und Diskretion«, wobei »Wahrheit« mit Information gleichgesetzt wird und »Diskretion« die Assoziation bzw. den Vorwurf der Lüge jedenfalls nicht ausschließt, so daß das moralische Licht natürlich auf die Wahrheit fällt. Wir erfahren, daß der Mensch »von Natur aus neugierig« ist (S. 24) und daß im Laufe der Entwicklung von den »einfachen« Gesellschaften zur Informationsgesellschaft »spezielle Geheimhaltungsinteressen« permanent zunehmen. Ein einziger, aber hartnäckig zitierter Artikel von J. Kohler (GoltdA. 1900) soll uns zeigen, daß »der überwiegende Zug des germanischen Wesens« im Gegensatz zu den romanischen Rechten »für die völlige Zulassung der Wahrheitseinrede und des Wahrheitsbeweises« spricht (S. 30, 47, 92). Es folgt eine Lobpreisung des Werts der Wahrheit und der Pflicht zur Wahrhaftigkeit mit philosophischen und theologischen Zitaten, moralistischen Äußerungen und Sprichwörtern, unter denen wir den Gemeinplatz »auctoritas, non veritas facit legem« vermissen.

Brossette untersucht zuerst die Funktion der Wahrheit im Strafrecht, wobei eine gewisse Begriffsverworrenheit festzustellen ist. Der Versuch, das Recht der Aussageverweigerung im Strafprozeß in das Argumentationsmuster Wahrheit/Lüge zu zwingen, muß zu Ungeheimheiten und widersprüchlichen Formulierungen führen (S. 44 f.). Die begrenzte Zulassung des Wahrheitsbeweises im Strafprozeß und die Garantie bestimmter Schutzbereiche (Berufs- und Briefgeheimnisse, Hausfrieden) durch das materielle Strafrecht interpretiert der Autor als »Ausnahmen«

(S. 45 ff.) und gelangt zu dem beabsichtigten Ergebnis, »daß das Strafrecht nur vereinzelt Schutz gegen die Erhebung wahrer Informationen gewährt« (S. 68). Das »absolute Recht, die Wahrheit frei und offen sagen zu dürfen«, wird mit solchem moralischen Nachdruck betont (S. 51-61), daß ihm implizit eine Pflicht zu entnehmen ist; die Interpretationsakrobatik zwischen Recht und Pflicht ist überhaupt das interessanteste Kunststück, das in dieser Schrift vorgeführt wird.

2. Der zweite Teil betrifft das Informationsordnungssystem des Zivilrechts, wo es um das »Recht auf Wahrheit«, d. h. um Informationsansprüche, geht. Brossette erkennt zwar an, daß klagbare Informationsansprüche aus einer materiellrechtlichen Sonderbeziehung zwischen den Parteien resultieren. Sein Anliegen ist jedoch die Anerkennung »selbständiger Informationsansprüche« und die Durchsetzung der Wahrheit (sprich Information) als »Wertes an sich« (S. 77, 146). Es handelt sich hier nicht etwa um eine Forderung nach mehr Publizität und Transparenz, sondern um die einseitige Erweiterung des Fragerechts des Arbeitgebers (S. 137 ff.): Es müsse »bei dem Grundsatz bleiben, daß grundsätzlich alles gefragt werden darf« (S. 142). Die Argumentation Brossettes würde in einer Stammtischrunde durchaus überzeugend klingen: Der Arbeitgeber könne ja nicht »Augen, Ohren und Nase« verschließen, um keine Informationen aufzunehmen; außerdem gebe es Arbeitssuchende, die gerne alle »Fragen wahrheitsgemäß beantworten würden, um sich so Wettbewerbsvorteile vor anderen Bewerbern zu sichern«; darüber hinaus befinde sich auch der Arbeitgeber in einer Druck- und Zwangssituation; und letztendlich sei sein Wahrheitsanspruch ein Ausdruck von Menschlichkeit dem Arbeitnehmer gegenüber, denn sonst würde die »beiderseitige Beziehung völlig verobjektiviert und entpersönlicht«, während der Arbeitgeber ja »keine Sache, sondern einen Menschen beschäftigen« wolle (S. 141-147). Weil es aber um die »Ausnutzung besonderer Marktinteressen« und die Sicherung von »Informationsvorteilen« ginge (S. 84), sei es nicht möglich, zum Informationsausgleich entsprechende »weite Aufklärungspflichten der »Mächtigen« vorzusehen« (S. 88).

Voller Nostalgie wird auf Rechtsprechung und Lehre vergangener Zeiten verwiesen, die kein umfassendes Selbstbestimmungsrecht kannten, während »nach dem Untergang des sogenannten Dritten Reichs, wo die Rechte

des einzelnen vielfach gering geachtet wurden« (S. 113), eine Erweiterung des Persönlichkeitsschutzes eintrat, die »gemeinschaftsschädlich« sein könne.

3. Der dritte Teil betrifft die eigentliche Datenschutzproblematik, wobei sämtliche Datenschutzforderungen auf unrealistische »Horrorvisionen« zurückgeführt und als »Zauberformeln«, »Vorurteile« und »Schlagworte« abgestempelt werden. »Wer im Zeitgeist schwimmend beispielsweise »Umweltschutz«, »Frieden«, »Datenschutz«, »Gleichberechtigung«, »soziale Teilhabe« etc. ruft, der erzeugt bei vielen seiner Mitmenschen keine Denkfähigkeit mehr, sondern Emotionen« (S. 153). Was Brossette große Sorgen bereitet, ist, daß Fachleute ihre Autorität verlieren: »Heute ist es »in« und gilt als Zeichen funktionierender Demokratie, die Meinungsverschiedenheiten öffentlich (...) auszutragen«, so daß »aus dieser inkompetenten Meinungsmache dann ein Chaos mit Experten und Gegenexperten (entsteht)« (S. 153). Was die Idee der Demokratie »seit Jahrhunderten« postuliert und was das Grundgesetz als Meinungsfreiheit und demokratische Willensbildung garantiert, scheint den Autor nicht besonders zu interessieren. Und wer es wagt, die Technik zu problematisieren, wird der Inkompetenz beschuldigt.

Es ist bedauerlich, daß der Autor die umfangreiche, von ihm zitierte Datenschutz-Literatur nicht verwerten konnte, es sei denn, sie bestätigt seine Vorurteile. Seine Argumentation in der Kontroverse Datenverarbeitung/Datenschutz bewegt sich auf journalistischer Ebene und wird den Anforderungen einer auf hohem Niveau geführten Datenschutzdebatte<sup>3</sup> nicht gerecht. So kommt es zur Behauptung, daß »Datenverarbeitung Ausdruck der Kommunikation ist, die zum Wesen des Menschen gehört«, die in der Farce endet, daß Datenschutz »schnell die Tendenz der Vereinsamung des einzelnen in unserer Massengesellschaft fördern« könne (S. 157). Außerdem sei die Kombination von Daten »technisch gar nicht so einfach (...), wie gelegentlich behauptet wird« (S. 164). Was »gelegentlich« behauptet wird, ist in zahlreichen Projekten und Studien bis ins Detail unter-

sucht und nachgewiesen worden, was dem Autor ganz einfach egal ist.

4. Die juristische Argumentation reduziert sich auf Dilemmata zwischen den extremen Polen des dargestellten grundrechtlichen Spannungsverhältnisses, eine Taktik, die überspitzte Formulierungen geradezu favorisiert. Das wird z. B. in folgender (eines Verfassungsrechtlers allerdings nicht würdigen) Aussage deutlich: »Wir können nicht jede Freiheit abschaffen, damit garantiert nicht irgendein Rechtsgut in Ausübung dieser Freiheit verletzt wird. Die Forderung nach einem lückenlosen Persönlichkeitsschutz durch Informationsverbote ist völlig überzogen und könnte nur nach Abschaffung aller anderen Grundrechte rechtlich verwirklicht werden« (S. 175). Brossette hat anscheinend noch nie etwas von Grundrechtskonkurrenz bzw. -kollision und der Art, wie diese im Einzelfall zu lösen ist, gehört.

Die Freiheit des Informationsverkehrs wird u. a. aus der Informationsfreiheit des Art. 5 I GG hergeleitet – ein äußerst fragliches Jonglieren mit Grundrechtsinterpretationen. Plötzlich entdeckt der Autor, wie nützlich die Auffassung einer Offenheit der Grundrechte sein kann: In das Grundgesetz flößen auch neue »Werte« ein, nicht jedoch ein »schnellebiger Zeitgeist« wie etwa der Datenschutz (S. 188): welch ein Dezisionismus! In einer einseitigen Ausdehnung des Art. 5 I GG werden alle Hürden der klassischen Grundrechtsinterpretation (einschließlich der Rechtsprechung des BVerfG) genommen: Geschützt seien – über die öffentliche Meinungsbildung hinaus – jeder privatnützige Zweck, die Datenverarbeitung aller Tatsachen und die Information aus jeder Quelle, ob sie nun »allgemein zugänglich« ist oder nicht. Der Schutzbereich des Art. 5 I GG wird durch den Inhalt des Art. 2 I GG und durch Ansprüche, die nur aus Art. 12 und 14 GG resultieren können, erweitert; darüber hinaus scheint Art. 5 I GG eine unmittelbare Drittwirkung zu entfalten (hätte da ein entschiedener Gegner absoluter Drittwirkungsthesen – vgl. S. 179 f. Fn. 26 – nicht besser aufpassen müssen?) und die gesamte zwischenmenschliche Kommunikation zu regeln! Am Rande der verfassungsrechtlichen Untersuchung werden auch Pflichten zur Mitteilungsbereitschaft (von Tatsachen über sich selbst und über andere) impliziert (S. 191 ff.).

5. Die Kritik an dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung beschränkt sich auf

<sup>3</sup> Rechtsdogmatisch begründet und differenziert sind u. a. die Beiträge zur Datenschutzproblematik von E. Denninger, O. Mallmann, A. Podlech, S. Sumits, W. Steinmüller und R. Scholz/R. Pitschas, mit denen sich J. Brossette jedoch nicht ernsthaft auseinandersetzt.

eine oberflächliche Zusammenfassung bekannter Ansätze. Brossette konzentriert sich darauf, den Autoren, die das informationelle Selbstbestimmungsrecht befürworten, eine »falsche Auslegung Luhmanns«, ein »nicht zu realisierendes Pathos«, »falsche Worte« und eine »falsche Denkweise« sowie »Tatenschutz« vorzuwerfen (S. 219–227). Sie hätten ein Recht eingeführt, »das grundlegende Werte unserer abendländischen Kulturordnung und unserer Verfassung verneint, indem es die Grundwerte der Wahrheit und Wahrhaftigkeit (Informationsfreiheit) verneint, und sie durch Verstellung und Lüge ersetzt« (S. 282). Diese Autoren hätten »nur vordergründig den Persönlichkeitsschutz im Sinn« (S. 147), in Wirklichkeit versuchten sie, »durch die Hintertür unser Wirtschaftssystem umzugestalten« (S. 274)! Ihnen wirft Brossette vehement ideologische Verblendung vor, wobei seine eigenen Bemerkungen nicht unbedingt sachlich sind (z. B. Schweinehundregel (S. 88), Duckmäusertum (S. 163), Unsinnigkeit (S. 221), heuchlerische Maske (S. 225), Einheitsbrei (S. 227), Schlauberger (S. 245). Wer ohne Sünde ist, der werfe den ersten Stein...

Die Rechtsprechung des BVerfG wird hingegen in sachlicherem Ton zusammengefaßt. Darüber hinaus hätte der Autor zumindest den grundrechtsdogmatisch relevanten und interessanten Ansatz, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als »Schrankschranke« zu definieren (S. 232), weiterentwickeln können; anscheinend hält er aber lieber Moralpredigten und Schimpfreden.

Nun mag sich der Autor über die »Horrorvisionen« anderer lustig machen, er hat jedenfalls seine eigenen zu bekämpfen; seine Alpträume sind ein »Recht auf Arbeit« (S. 239), der »Klassenkampf um die Mitbestimmung im Gehirn des Unternehmens« mit dem Zweck der »Enteignung des Kapitals« (S. 208 ff.) und die »Herstellung einer gleichen, autoritätslosen Gesellschaft« (S. 153 f., 176 f.)! Vielleicht hat er inzwischen festgestellt, daß seine Feindbilder nicht auf dem aktuellen Stand sind...

6. Brossettes Wahrheitsideologie ist ein zweischneidiges Schwert und dient einer doppelten Moral. Daß auch das verpönte Recht auf informationelle Selbstbestimmung Wahrheitsaspekte hat (z. B. Rechte des Betroffenen auf Auskunft und Korrektur unrichtiger Daten), übersieht er geflissentlich. Daß mit dem Wert der Wahrheit – die Transparenz fordert

und sich nur in der Öffentlichkeit bewähren kann – auch staatliche Geheimbereiche unvereinbar sein könnten, ist ihm wahrscheinlich nicht einmal durch den Kopf gegangen; nur die »Geheimniskrämerei« der »Schwächeren« stört ihn. Brossettes Berufung auf die Wahrheit ist zwar äußerst selektiv, sie beansprucht jedoch absolute Geltung. In eindringlichem Ton und in einem kompletten Durcheinander wird ein absolutes »Recht, die Wahrheit (auch über andere) wissen und sagen zu dürfen« (S. 29 ff., 51 ff., 71 ff., 110, 146, 191 f.) und eine entsprechende »Pflicht zur Wahrhaftigkeit« gefordert, wobei die Rollenverteilung zwischen Trägern und Adressaten des Wahrheitsanspruchs in einer begrifflichen Konfusion grundrechtlicher Argumentationsschemata erfolgt und jedenfalls nicht dazu dienen soll (der Autor betont es mehrmals – S. 90, 154, 176 f.) ein Informationsgleichgewicht herzustellen...

Die Tatsache, daß die Beschwörungsförmel der Wahrheit bzw. Wahrhaftigkeit als höchster »Wertentscheidung der gesamten abendländischen Kulturordnung« in der Verfassung nicht einmal erwähnt ist und auch sonst in der Rechtsordnung »nicht besonders hervorgehoben« wird (vgl. S. 134), scheint den Autor nicht im geringsten zu irritieren: Die Wahrheit sei eben eine Selbstverständlichkeit, und ihr Verbot (!) müsse im Einzelfall besonders begründet werden (S. 125, 134). Die gesamte Thematisierung des Wahrheitsprinzips beruht überwiegend auf außerrechtlichen Erwägungen. Der Gesetzgeber hat diejenigen Wahrheitsaspekte, die er verrechtlichen wollte, durch entsprechende Normen festgelegt. Darüber hinaus zu behaupten, die gesamte Rechtsordnung sei von dem Prinzip der Wahrheit durchdrungen, ist eine subjektive ethische Wertung und kein rational begründeter, nachvollziehbarer Auslegungsmaßstab. Oberstes Prinzip der Rechtsordnung ist die Freiheit, alles zu tun, was nicht verboten ist. Brossette hat also Recht, wenn er von einer »Freiheit, die Wahrheit wissen und sagen zu dürfen« spricht; was er nicht wahrhaben will, ist, daß der Schwerpunkt dieser Aussage auf der »Freiheit« und nicht auf der »Wahrheit« liegt. Selbstverständlich garantiert die Rechtsordnung die freie Kommunikation, und natürlich darf jeder grundsätzlich die Wahrheit sagen und nach ihr fragen; wo aber die Begründung von Rechtsansprüchen und Rechtspflichten (die mit rechtlichen Mitteln, d. h. ggf. mit Zwangsmaßnahmen, durchsetz-



bar sind) beginnt und wie eine Konkordanz zwischen kollidierenden Grundrechten herzustellen ist, das ist eine andere – und zwar die juristisch ausschlaggebende – Frage; die Antwort darauf bleibt uns der Autor schuldig. Ferner ist ihm entgegenzuhalten, daß in der Privatrechtsordnung die Beweggründe i. d. R. keine rechtliche Relevanz haben; daher kann die Wahrheit als edles Motiv (bzw. als Vorwand) nicht jede Handlung und jeden Anspruch legitimieren.

7. Nun zu den Folgen dieser Wahrheitsliebe für die juristische Argumentation: Im vierten Teil der Schrift wird das Bundesdatenschutzgesetz (das der Autor eindeutig überschätzt) nach den »gewonnenen Erkenntnissen« so ausgelegt (S. 165 ff.), daß der »fließende Gehalt (der Informationsfreiheit) wieder hergestellt wird« (S. 242). Interessant ist in diesem Zusammenhang die von Brossette vorgeschlagene Abwägungsmethode der gegenläufigen Interessen des Datenverarbeitenden und des Betroffenen. Es handelt sich um eine eigenartig zusammengeflochtene »Bewertungs- und Abwägungsmethode«, die »nicht zu leugnende Gefahren (birgt)«, wie ihr Befürworter selbst zugibt (S. 267). In der 1. Stufe seien alle möglichen Interessen beider Seiten zu sammeln, »auch rein subjektive oder willkürliche«! Das bedeute, daß der Datenverarbeitende u. a. auch seine »Neugierde« und sein Interesse, »anderen helfen, aber auch ihnen schaden zu wollen«, geltend machen könne, während der Betroffene dagegen sogar seine »Geheimniskrämerei« vorbringen dürfe! (S. 261). Der 2. Schritt ist eine »abstrakte Bewertung der Interessen«, die für den Datenverarbeitenden eindeutig günstiger ausfällt als für den Betroffenen. Während auf der Seite des Datenverarbeitenden »von vornherein nur solche Interessen als unberechtigt auszuschalten (sind), die der Verfolgung krimineller oder sonstiger von der Rechtsordnung generell mißbilligter Zwecke dienen«,

werden dem Betroffenen nur schutzwürdige Belange i. S. des (bereits ausdrücklich restriktiv ausgelegten) Bundesdatenschutzgesetzes abstrakt anerkannt (S. 262 ff.). In der 3. und 4. Stufe erfolgt die konkrete Fallgestaltung, deren Verlauf m. E. kaum nachvollziehbar ist. Der Sinn dieser Methode besteht jedenfalls darin, »sich den Wert wahrer Informationen bewußt zu machen und zu erkennen, daß der übermäßige Schutz von Geheimnissen (...) letztlich mehr schadet als nutzt« (S. 268).

Brossettes Abwägungsmethode mag zwar abwegig sein, aber die neuen Trends in der Datenschutzdebatte hat der Autor durchaus richtig erkannt. So ist neuerdings bei der Auslegung des informationellen Selbstbestimmungsrechts im Privatrecht von einem »personenbezogenen Abwägungsgebot« die Rede, das »für den Betroffenen nicht mehr rechtsbegründend, sondern nur noch rechtsbeschränkend« sein wird und »den verfassungsrechtlich erforderlichen Grund für zusätzliche Relativierungen durch den Gesetzgeber« liefert<sup>4</sup>, im Hinblick auf eine erweiterte Datenverarbeitung durch Private: eine post-moderne Erfindung der Grundrechtsinterpretation zum Abbau des Datenschutzes. Im Vergleich zu solchen Abwägungsmethoden neoliberaler Inspiration – die auch innerhalb des EG-Informationsmarktes zu einer starken Relativierung des Datenschutzes führen – handelt es sich bei Brossettes Ansatz allerdings um eine konservative, »ordoliberalistische« Variante. Ob seine Schrift dem Vorhaben der Herausgeber der Reihe, ein »vorurteilsfreies wissenschaftliches Forum« zu bilden, gerecht wird, kann der Leser selbst beurteilen.

Christina Giannoulis

<sup>4</sup> H.-U. Gallwas, »Der allgemeine Konflikt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit«, NJW 1992, S. 2787.