

# Buchbesprechungen

*Ingwer Ebsen, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat. Berlin 1985 (Duncker & Humblot: Schriften zum öffentlichen Recht, Band 483), 388 Seiten, 128,- DM.*

Nach verbreitetem Politikverständnis ist die Verfassungsgerichtsbarkeit noch immer eine besondere Institution unseres politischen Systems. Während man die Rolle von Parlament, Regierung und Verwaltung analysiert, weil ihre Arbeit als politisch-administratives Handeln existiert, fragt man beim Bundesverfassungsgericht zumeist zuvor, *warum es und wozu es* »da« ist. Dies gefährdet den Zugang zur Empirie und zur Realanalyse seiner Funktionen. Ob es nur »Superrevisionsinstanz« oder auch »Vierte Gewalt«, ob es wirklich »Hüter der Verfassung« oder »Regulator« der Verfassungsentwicklung sein dürfe, ob die Richter nur »rechtsprechen« oder auch »Politik machen« dürfen, ist daher bereits vorab stark emotional besetzt und durch Vorverständnisse vorentschieden, die stark normativ gefärbt und wenig empirisch orientiert sind. Dies gilt auch für viele neuere Arbeiten, die sich zwar des Jargons der Systemtheorie befleißigen, von einem problem- und methodensensiblen »Verstehen« sozialer Phänomene jedoch noch weit entfernt sind.

Kein Wunder, daß die verfassungspolitische Diskussion sich häufig darin verschleißt, mit großem literarischen Aufwand die Positionen zu bestürmen, die der vermeindliche Gegner längst geräumt hat. Im Ergebnis kommt man dann zu überraschenden Annäherungen wie etwa, daß es trotz Rechtsdogmatik einen erheblichen Spielraum für rechtlich nicht determiniertes Entscheiden gebe, daß das Verfas-

sungsgericht gezielt auf den legislativen Prozeß einwirke, daß die Richter zwar nicht im politischen Vakuum entscheiden, jedoch kaum politisch vorsteuerbar seien, daß es zwar noch immer spezifische soziale Rekrutierungsmerkmale gebe, verfestigte Positionen im Sinne einer »Klassenjustiz« jedoch nicht in der »Honoratiorenrechtsprechung« (Rasehorn) des Bundesverfassungsgerichts zu verorten seien, daß insgesamt die Tendenz zur Integration pluralistischer Interessen aus der Position der gesellschaftspolitischen Mitte heraus vorherrsche.

Eine empirisch informierte, mit der modernen Politiktheorie kompatible Einordnung der Verfassungsgerichtsbarkeit in das Staatsrecht des Grundgesetzes ist daher seit nahezu zwei Jahrzehnten die große Herausforderung für die Staatsrechtswissenschaft. Ingwer Ebsens Habilitationsschrift reiht sich in die darum bemühten Ansätze ein<sup>1</sup>. Im ersten Teil seiner Arbeit erschließt der Verfasser durch die Aufarbeitung der juristischen Methodendiskussion den rechtsdogmatischen Zugang zu Möglichkeiten und Grenzen der rechtlichen Determinierung von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen (S. 17–107), diskutiert dann die staatsrechtlichen Einordnungsversuche der Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit (S. 105–217) und entwickelt auf dieser Basis seinen Ansatz, »Verfassungsgerichtsbarkeit als Medium gesellschaftlicher Selbstregulierung« zu begreifen (S. 218–359), den er am Ende seiner Arbeit durch einen Brückenschlag zu einer um Empirie bemüht-

<sup>1</sup> Vgl. aus der Literaturgattung »Dissertations-« und »Habilitationsschrift«: Brun-Otto Bryde, Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Baden-Baden 1982; Friedrich-Wilhelm Dopatka, Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt. Zur Analyse der Entwicklung des Bundesverfassungsgerichts und der adressatenspezifischen Bezüge seiner Rechtsprechung. Berlin 1982; Ch. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin 1985.

ten Aufarbeitung der in den Entscheidungsbänden 31–50 veröffentlichten Judikatur zu erhärten versucht (S. 275–359).

Die juristischen Qualitäten der Arbeit hat Peter Häberle aus berufenerem Munde beurteilt<sup>2</sup>. Im folgenden geht es um die Integrationsleistung, sozialwissenschaftliche Theorie und Empirie für die Jurisprudenz fruchtbar zu machen.

Die Theorie des Pluralismus ist für Ebsen der disziplinübergreifende Scharnierbegriff, mit dem er sozialwissenschaftliche Funktionsanalyse und rechtswissenschaftliche Normenexegese zu verbinden sucht. Als verfassungsrechtliche Referenzautoren benennt er Martin Drath, Herbert von Arnim und Peter Häberle, auf den er sich im weiteren insbesondere bezieht, ohne allerdings auf facettenreiche Nuancierungen zu verzichten, die er wiederum häufig der »linken« Pluralismuskritik entnimmt, wie sie an der Verfassungsgerichtsbarkeit am prononciertesten von Otwin Massing<sup>3</sup> vertreten wird. Politikwissenschaftliche Subventionen verabreicht er seinem Projekt durch den Rekurs auf die Arbeiten Ernst Fraenkels, dessen Pluralismuskonzept als Strategie des politischen Reformismus der Arbeiterbewegung ausgewiesen ist<sup>4</sup>. Fraenkel hat das Dilemma der Dichotomie von antagonistischer Gesellschaft und politischer Demokratie dadurch zu überwinden versucht, daß er einen sozialen und politischen »Konfliktbereich« gegensätzlicher Interessen anerkennt, gleichwohl das Auseinanderfallen der Gesellschaft in unversöhnliche Lager als vermeidbar ansieht, wenn es gleichzeitig gelingt, einen sozialen »Konsensbereich«, insbesondere über die Verfahren der Konfliktaustragung zu erhalten.

Die Attraktivität des Pluralismusbegriffes für die Verfassungstheorie erklärt sich daraus, daß er offenkundig nicht nur gesellschaftliche Realität reflektiert, sondern auch den Einschluß verfassungspolitischer Normativität trägt. Nimmt man die Vielfalt der diver-

gierenden Ansprüche, die auf einer stark heterogen konstituierten Ebene organisierter Interessen angemeldet werden, so ist das pluralistisch gezeichnete Bild eines sozialen Systems von »countervailing powers« nur zu plausibel. Der von Verfassungs wegen vorgegebene Machtpolyzentrismus des parlamentarischen Regierungssystems muß gleichfalls geradezu als Idealtyp eines Verbands-, Organisations- und Institutionenpluralismus gesehen werden, der durch sein ausgepandertes Tableau von »checks and balances« nur die Frage offen läßt, warum es dann noch darin der Verfassungsgerichtsbarkeit bedürfe.

Dies beantwortet die Verfassungstheorie des Pluralismus durch die Adaption pluralismuskritischer Einwände. Der heimliche klassenspezifische »bias« im Verbandspluralismus, die Asymmetrien der Organisationsdemokratie, die Disparitäten organisierter und nicht organisierbarer Interessen und die Unfähigkeit machtorientierter Dominanzstrategien, den sozialen und politischen Basiskonsens herzustellen, erfordern danach eine Institution, die auf diese zentrifugalen Tendenzen integrierend einwirken könne. Aus diesem zunächst empirisch formulierten Befund von »Pluralismusdefiziten« wird sodann die normativ aufgeladene Funktions- und Legitimationsbestimmung des Bundesverfassungsgerichts als »Integrator der pluralistischen Interaktion« (S. 210) abgeleitet.

Mit diesen Annäherungen an Positionen, die der Smend'schen Integrationslehre nicht mehr fern sind, wechselt Ebsen gleichsam von einem sozialwissenschaftlich angelegten »Konfliktbereich« in den von Juristen dominierten »Konsensbereich« und sichert seiner Arbeit damit bereits atmosphärisch das Wohlwollen der rechtswissenschaftlichen Diskursgesellschaft. Der empirisch-normative Zirkelschluß, mit dem das Bundesverfassungsgericht vom »Hüter der Verfassung« zum »Hüter des Pluralismus« ernannt wird, beruht auf mehrmaligem Wechsel der Argumentationsebenen.

Wenn Ebsen dem Bundesverfassungsgericht mit Häberle die Funktion eines Regulators im kontinuierlichen und offenen Prozeß des Arrangierens, Stabilisierens und Balancierens von Konflikt- und Konsensbereichen in der Gesellschaft zuschreibt (S. 210 f.), tut er dies zunächst als objektivierend abgeleitete Funktionsprämisse, aus der er dann Sollwerte für die Beurteilung des Entscheidungsverhaltens entnimmt, um schließlich den Grad der Ori-

<sup>2</sup> ZRP 86, 206.

<sup>3</sup> Otwin Massing, Recht als Korrelat der Macht? Überlegungen zu Status und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: G. Schäfer/C. Nedelmann, Der CDU-Staat, Band 1, Frankfurt 1969, S. 211 ff., ders., Das Bundesverfassungsgericht als Instrument sozialer Kontrolle, PVS-Sonderheft 2 (1970), S. 180 ff. und ders., Verfassungskonsens als Alibi, in: ZParl 79, 119 ff.

<sup>4</sup> Ernst Fraenkel, Deutschland und die westlichen Demokraten, Stuttgart 1974; zu Fraenkel vgl. Wolfgang Müller, Der Pluralismus – die Staatstheorie des Reformismus, in: G. Doecker/W. Steffani (Hg.), Klassenjustiz und Pluralismus. Festschrift für Ernst Fraenkel. Hamburg 1973, S. 395 ff.

entierung an diesen Zielfunktionen messen zu können. Insbesondere werden die von der linken Kritik an affirmativen Pluralismuskonzepten betonten Pluralismusdefizite in eine latent auf Harmonie und Integration eingestimmte und normativ aufgeladene Funktionsrichtlinie umgearbeitet, »an deren Erfüllung die Funktionalität ... für das System »demokratischer Verfassungsstaat« zu messen ist:

1. Wahrung der Offenheit des politischen Prozesses, der die Legitimität des Mehrheitsprinzips voraussetzt;
2. Sicherung des gesellschaftlich konsentierten Maßes an Individualschutz gegenüber staatlicher Macht;
3. Integration der partikularen Interessen in solchem Maße, daß das auf Mehrheitsentscheid basierende Legalitätssystem möglich bleibt« (S. 228/9).

Da Ebsen zwischen analytisch konstatablen objektiven Funktionen und normativ beschreibbaren Funktionsanforderungen begrifflich nicht klar unterscheidet, bleiben genuine Erkenntnisgewinne aufgrund sozialwissenschaftlicher Theoriesubventionen begrenzt. Eine solche Verschränkung von realanalytischen Elementen und Normativität steht weniger für die Integration von Rechts- und Sozialwissenschaften, sondern für methodisch nicht ungefährliche Grenzverletzungen der jeweiligen disziplinen Diszurschizonte.

Es ist nicht verwunderlich, daß anstelle einer empirisch rückgebundenen Funktionsanalyse die Integrationsprämisse allzu selbstverständlich zum dominanten Funktionspostulat erhoben wird. Daher werden folgende konzeptionelle Schwachstellen rasch sichtbar:

- Die Ableitung der Funktion des Bundesverfassungsgerichts aus den Pluralismusdefiziten der Gesellschaft kann nicht schlüssig belegen, inwieweit die Integrationsfunktion nicht auch durch andere Institutionen des politischen Systems wie etwa der Schmitt'schen Version des Staatsoberhauptes wahrgenommen werden könnte.
- Des weiteren erklärt sie kaum, aufgrund welcher spezifischen Annahmen man dies vom Bundesverfassungsgericht erwarten darf. Wenn nämlich Pluralismusdefizite bei allen anderen Organisationen und Institutionen festgestellt werden müssen, so ist es nur wahrscheinlich, daß das Bundes-

verfassungsgericht davon nicht ausgeschlossen sein kann.

- Weiter ergibt sich aus dem Befund einer nach 1945 bisher noch immer gelungenen politischen Synthesis nicht, in welchen Formen und mit welchen Intentionen das Bundesverfassungsgericht am politischen Prozeß teilnimmt. Statt über Integration durch Konsens könnte die Stabilität des politischen Systems ebenfalls durch die Verstärkung und Sicherung der Selektionsbarrieren erreicht worden sein, die gerade als Pluralismusdefizite benannt worden sind.
- Und schließlich ist offen, ob die Funktion des »Regulators« vom Bundesverfassungsgericht bewußt und gezielt als Grundmaxime seiner Judikatur realisiert wird oder ob es nicht wie andere Verfassungsorgane auch spezifische Eigentuminteressen verfolgt und sich der Integrationsprozeß daher lediglich implizit »hinter dem Rücken« der organisationsegoistisch agierenden Kräfte einstellt.

Dem ersten Einwand begegnet Ebsen mit dem Zugeständnis, daß das Bundesverfassungsgericht nur »als eines unter mehreren Steuerungselementen angesehen werden« (S. 226) könne, das nicht systemnotwendig, aber »zweckmäßig« sei. In dem Maße, wie sich diese Funktionszuschreibungen auch für andere Verfassungsorgane als gültig erweisen, schwindet der spezifische Aussagegehalt über den Stellenwert des Bundesverfassungsgerichts als »Element gesellschaftlicher Selbstregulierung«.

Der zweite Einwand wird mit der letzten Entscheidungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts über die Legitimität (!?) politischer Macht (S. 227) beantwortet. Daraus ergibt sich jedoch nicht notwendigerweise auch die soziale Akzeptanz solcher Entscheidungen. Ebsen entwickelt allerdings in diesem Zusammenhang eine wichtige Differenzierung. Integration heißt für ihn nicht mehr Aufhebung substantieller Interessengegensätze, sondern wird vorwiegend prozedural verstanden. Konfliktbereich sind danach die Entscheidungsinhalte, Konsensbereich die Verfahren. Auf diese interessante These ist der rechtsprechungsanalytische Teil, auf dem der Schwerpunkt des Erkenntnisinteresses ruht, zugeschnitten.

Ebsen beantwortet die übrigen Einwände, wie denn der gesellschaftliche Pluralismus in die Verfassungsgerichtsbarkeit hineinwirken

und wie sich das Bundesverfassungsgericht wieder in den sozialen Konflikt- und Konsensnexus einbinden könne, mit dem Verweis auf den »Binnenpluralismus« in richterlichen Entscheidungsgremien (S. 263 ff.). Als besonders wichtige Einflußvariable wird auf die Mechanismen der Rekrutierung der Richter verwiesen. Da die sozialen Filter juristischer Karriere, die die Richtersozio­logie für die allgemeine Gerichtsbarkeit herausgearbeitet hat, hier angesichts der geringen Zahl von Verfassungsrichtern und deren exponierter Stellung durch die Einflüsse der gezielten Auswahl aufgrund der rechtspolitischen Positionen der Kandidaten ersetzt werden, fällt nach Ebsen (S. 268) dem Richterwahlausschuß die entscheidende Rolle bei der Justierung des gerichtlichen Binnenpluralismus zu. In ihm unterstützen die Wahlprozeduren eine Verständigung auf Kandidaten, die durch »Äquidistanz« (S. 266) für alle Beteiligten akzeptabel erscheinen, so daß eine polarisierende Betonung des sozialen Konfliktbereichs zulasten des integrativen Konsensbereiches aufgrund der Kandidatenauswahl wenig wahrscheinlich ist. Da im weiteren nach der Wahl eine Einflußnahme auf die Richter nicht mehr als realistisch angesehen wird, folgert Ebsen, »daß das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf das Entscheidungsverhalten der Richter machtstrategisch kaum instrumentalisierbar ist« (S. 271). Wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit somit als berechenbare Variable im Konkurrenz­kampf von Individuen und Parteien um Macht und Ämter in dieser Argumentations­logik weitgehend ausscheidet, bleibt ihr Konfliktfeld die Teilnahme am »Interessen­kampf«, also um die Definition der Kompromißlinien in den großen gesellschaftlichen Verteilungskonflikten. Aber auch hier sind nach Ebsen verhärtete Fronten wenig wahrscheinlich. Denn die gemeinsame Orientierung an den »vom dogmatischen Konsens getragenen Regeln juristischer Argumentation« (S. 256) und den Postulaten des »allgemeinen praktischen Diskurses« (S. 258 f.) verstetigen die internen Homogenisierungsprozesse. So fungieren auch Sondervoten als integrative Medien der Verarbeitung und Duldung von partiellen Dissensen. Mit dieser Erkenntnis ist freilich wenig gewonnen. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts bleibt so kontingent, wie es die von Ebsen gewählte Bezeichnung als »Element gesellschaftlicher Selbstregulierung« andeu-

tet. Warum und welche Interessen von ihm besonders wenig oder besonders umfassend berücksichtigt werden, bleibt vage: »Wenn ... die These von der Relevanz vom »Außen­druck für die richterliche Motivation« zutrifft, dann darf prinzipiell angenommen werden, daß es auch für das Bundesverfassungsgericht nicht irrelevant ist, welche Verweigerungsmacht hinter jeweiligen Standpunkten und Argumenten steht« (S. 268/9). Immerhin wird implizit deutlich, wie fließend die Grenzen zwischen der Rolle des »Regulators« und eines im pluralistischen Prozeß »Regulierten« sind.

Es spricht daher viel dafür, Ebsens Bild des »Regulators« nicht als die Tätigkeit intentional gesteuerten Herstellens von Integration durch die Entwicklung von verbalisierten Konsensformeln durch das Verfassungsgericht zu verstehen, sondern als nüchternes und durchaus machtbetontes, von komplexen Folgeberücksichtigungskalkülen geprägtes »Interplay« (Zeidler) mit und zwischen allen Teilen des politischen Systems. Folglich kann sich der Aufmerksamkeitsbereich einer sozialwissenschaftlich inspirierten Funktionsanalyse nicht auf das juristische Entscheidungsprodukt allein beschränken, sondern muß Vorfeld und Implementationswege der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen<sup>5</sup> in eine erweiterte Bedingungs- und Wirkungsanalyse miteinstellen. So hat sich etwa das Bundesverfassungsgericht mit seinen vier gebräuchlichen Tenorierungsformen »nichtig«, »mit der Verfassung unvereinbar«, »noch verfassungsgemäß« und »verfassungskonform auszulegen« ein Arsenal differenzierter Eingriffsinstrumente geschaffen, mit denen es flexibel auf den Einzelfall, seine politischen Folgewirkungen (z. B. Kassation mit ex-tunc oder ex-nunc Wirkung) und die allgemeine verfassungspolitische Großwetterlage abgestimmt reagieren und zugleich durch flankierende Maßnahmen wie obiter dicta, Appelle, Gesetzgebungsaufträge mit und ohne Fristsetzung den Implementationsprozeß gezielt strukturieren kann.

Es wäre naiv anzunehmen, daß diese Regulierungspotentiale nur einseitig benutzt werden. Vielmehr schafft die durch diese Ingerenzkompetenzen vermittelte Einbindung in die

<sup>5</sup> Vgl. dazu Thomas Gawron/Ralf Rogowski, Implementation von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, in: E. Blankenburg/R. Voigt (Hrsg.), Implementation von Gerichtsentscheidungen. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band 11, Opladen 1987, S. 352 ff.

Politik auch innerhalb des Verfassungsgerichts mehr »Resonanzfähigkeit« (Luhmann) für deren Probleme. Und umgekehrt werden diese Einflußkanäle auf den legislatorischen Prozeß durch die Einrichtung komplementärer Organisationseinheiten in der Ministerialbürokratie begleitet, die so als externe Umsetzungsakteure mit erheblicher gesetzgebungsrelevanter Veto-Position die Verschränkung von Verrechtlichung der Politik und der Politisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Sinne einer Professionalisierung der Gesetzgebung unterstützen<sup>6</sup>. Mithin: Konsensbereiche dürften im Pluralismus vor allem durch die Verpflichtung auf und die Einbindung in dauerhafte Kommunikations- und institutionalisierte Netzwerkkonfigurationen zwischen den Akteuren einer politischen Arena geschaffen werden und weniger durch ein isoliertes Judikat.

In einem weiteren Schritt unternimmt Ebsen den Versuch, nach der Exkursion in die politische Theorie nun auch noch die sozialwissenschaftliche Empirie für seine Rechtsprechungsanalyse fruchtbar zu machen. Referenzbereich dafür sind die in den Bänden 31–50 veröffentlichten Entscheidungen. Zuerst weist der Verfasser hier darauf hin, daß damit nicht der juristische Alltag erfaßt wird (S. 285), sondern vielmehr die vom Verfassungsgericht mittels der ihm zur Verfügung stehenden Selektionsinstrumente herausgefilterten Probleme mit verfassungsrechtlicher Bedeutung, also die erfolgreichen Verfassungsbeschwerden und Richtervorlagen sowie die sogenannten »formell politischen Verfahren«. Das – legitime – Erkenntnisinteresse über die *politische* Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit steht damit quer zum empirischen Befund über die tatsächliche Beanspruchung des Gerichts zur »Lösung kleiner Fälle«: Verfassungsbeschwerden machen gut 95 % aller Verfahren aus, scheitern jedoch bereits in über 95 % der Fälle an den Hürden der prozessualen Zulässigkeit. Daraus folgt:

6 Von Interesse ist in diesem Zusammenhang das gegenseitige Lernen: Im Zeitraum von 1949–1983 wurden von ca. 3700 Gesetzen 151 = 4,1 % vom Verfassungsgericht beanstandet. Dabei überwiegen in den ersten drei Legislaturperioden die Nichtigkeitsklärungen (65). Danach gibt es insgesamt nur noch 24, während die Zahl der Unvereinbarkeitserklärungen von 14 auf 42 steigt und die Legislaturperioden 4–7 prägt. Seit 1975 ist der Gesetzgebungsauftrag das präferierte Kontrollmedium des Gerichts (Vgl. dazu Gawron/Rogowski, Das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zum Bundesgesetzgeber unter Implementationsgesichtspunkten, unv. Man. 1987).

Die soziale Realität ist komplexer als der durch die pluralismustheoretisch gefaßte Optik beobachtete Wirklichkeitsausschnitt, und erst die Absorption diffuser sozialer Gerechtigkeitsansprüche auf den höchst selektiven Wegen bis zur Plenarentscheidung ermöglicht eine aktive Rolle in der Arena der pluralismus-relevanten Konflikte.

Innerhalb dieses Segments sozialer Realität untersucht Ebsen, wie sich das Bundesverfassungsgericht als »Regulator« pluralistischer Konflikt- und Konsensbereiche bewährt hat. Um das für seine Zwecke untaugliche Schema der Klassifikation nach Verfahrenstypen aufzubrechen, entwickelt er drei materiell unterschiedliche Konfliktkonfigurationen. Nach der von ihm vorgestellten Typologie differenziert er in Integrations-, Macht- und Meinungskonflikte.

Besonders schwierig wird die Verfassungsgerichtsrolle dort, wo die Integrationswirkung der Mehrheitsdemokratie bei den Entscheidungen über grundlegende soziale und politische Interessenkonflikte versagt hat und nun das Bundesverfassungsgericht angerufen wird, um außerhalb des »normalen« politischen Prozesses die dort unterlegenen Interessen zu schützen. Wie die Kontroversen um die sozial-liberale Reformpolitik zeigen, scheitert hier in der Regel eine depolitisierende Verrechtlichung der Konflikte schon deshalb, weil die juristische Diskursformation selbst die von ihr geforderten Entscheidungen nicht auf zweifelsfrei »geltendes« Verfassungsrecht gründen kann (S. 346 f.), also der angestrebte soziale Kompromiß durch materielles Verfassungsrecht inhaltlich kaum vorgezeichnet ist. In 3/5 der von Ebsen allerdings erheblich zu schmal dimensionierten Untersuchungsfälle schlug daher der basale gesellschaftliche Dissens auch auf den gerichtlichen Binnenpluralismus durch. Ausnahmsweise werden hier einmal die politischen Rekrutierungsschienen der Richter in ihren dissentierenden Voten deutlich. Bis hin zu dem internen Integrationskonflikt des Ausschlusses von Richtern wegen Befangenheit dringt hier die allgemeine politische Kontroverse bis in die Senate des Verfassungsgerichts durch. Daß daraus gleichwohl keine dauerhafte Legitimationskrise der Verfassungsgerichtsbarkeit entstand, führt Ebsen u. a. darauf zurück, daß es dem Gericht dennoch gelang, »im inhaltlichen Konflikt den Konsens über die Legitimität seines Austrages einschließlich des Ergebnisses zu wahren«.

ren« (S. 348), indem in den Entscheidungen immer Konfliktbeschränkungen über »dilatatorische Formelkompromisse«, mittlere und kompromißartige Lösungen, diskurshafte Anerkennung der unterlegenen Seite und die Offenheit der Verfassung für weitere Entwicklungen in der Zukunft betont wurden. Die Reichweite dieser Integrationsleistungen darf angezweifelt werden. So plausibel die Befriedigungswirkung für die Kerngruppen der juristischen Diskursgemeinschaft klingt, so wenig wahrscheinlich ist sie für die Protagonisten der politischen Dramaturgie. Sie bleiben bei ihren Positionen; für die überwiegende Mehrzahl der Bevölkerung dürfte schon die Zeit und das Vergessen an sich Integrationswirkung genug haben. Angemerkt werden muß weiter die von Ebsen selbst zurückgeschnittene Repräsentativität seines Untersuchungsansatzes. Wie die Arbeiten von Benda<sup>7</sup>, von Beyme<sup>8</sup> und Landfried<sup>9</sup> bestätigen, ist die wohlfahrtsstaatliche Gesetzgebung mit rund 50% aller Interventionen das bei weitem häufigste Politikfeld, das durch verfassungsgerichtliche Korrekturen beeinflusst wird. Allerdings ist es fraglich, ob damit auch genuine Pluralismuskonflikte abgearbeitet werden. Wie Thomas Gawron und Ralf Rogowski zeigen<sup>10</sup>, überwiegen hier die Probleme des »gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses«, der sogenannten »reversed discrimination«, mit dem durch die Privilegierung einer Gruppe der Status einer sozial nahestehenden anderen Gruppe zurückgesetzt wird. Die Verletzung des Art. 3 GG im Wege der »positiven Diskriminierung«, die Witwen gegen Witwer, Pensionäre gegen Rentner, Hochschullehrer gegen Fachhochschulprofessoren, Hausmänner gegen Hausfrauen ausspielt, sind kaum die Konfliktlinien, die eine Einbindung in einen gesellschaftlichen Basiskonsens in Frage stellen.

Doch zurück zu den tatsächlichen Pluralismusproblemen. Ganz im Gegenteil zu den Interessenkonflikten gelingt es dem Gericht bei Entscheidungen über Machtkonflikte im

Bereich der Parteienkonkurrenz und der Zuteilung von politischen Ressourcen meist, einen internen Konsens herzustellen. Geht es also um die Entscheidung und Weiterentwicklung von allgemein konsentierten Spielregeln für die Ausübung von Konflikten (Parteienfinanzierung, Sendezeiten, Rechte der parlamentarischen Opposition), ist eine parteipolitische Kolonisation des Bundesverfassungsgerichts nicht nachzuweisen. Vielmehr zeigen nach Ebsen die Entscheidungen eine deutliche Distanz zu Instrumentalisierungsversuchen und die Präferenz für Regeln, »die unter Absehen von eventuellen Konstellationen und Rollen dem gemeinsamen Interesse an Offenheit und Chancengleichheit im politischen Prozeß dienen« (S. 342). Diese Aufgabe wird mit hoher Kontrollintensität verfolgt, stößt aber bei ihren Adressaten oft nur auf mäßige Folgebereitschaft (Parteienfinanzierung!).

Im dritten von Ebsen untersuchten Bereich wird die Sicherung individueller Freiheitsrechte durch das Bundesverfassungsgericht als »konsensgetragene Korrekturfunktion« (S. 321) beschrieben. Dabei sieht er den Schutz individueller Freiheit durch das System des politischen Pluralismus im Kern als gesichert und durch einen hohen materiellen Konsens sozial als akzeptiert an<sup>11</sup>, so daß das Bundesverfassungsgericht hier »lediglich als Feinkorrektur« zu wirken brauche (S. 324). Diese Aufgaben werden im wesentlichen gegenüber dem Gesetzgeber durch eine »Sorgfalts- und Sensibilitätskontrolle« (S. 327 ff.) und gegenüber der Justiz durch eine »Verfahrens- und Billigkeitskontrolle« (S. 322 ff.) erfüllt, die den Binnenpluralismus des Verfassungsgerichts keinen nennenswerten Belastungen aussetzt. Erhebliche Dissense gab es nur in den von Ebsen sogenannten »Ausgrenzungskonflikten« (S. 337), in denen es um die »innerstaatliche Feinderklärung« (Carl Schmitt) gegenüber »Verfassungsfeinden« ging. Hier stieg mit der Quote der Sondervoten auch die »innergerichtliche Geiztheit« (S. 339) gegenüber den abweichenden Mitgliedern. Trotz des »Durchschlagens der allgemeinen politischen Kontroverse« gewänne aber auch hier das Medium des einheitsstiftenden juristischen Diskurses auf längere Sicht an Relevanz (S. 339).

<sup>11</sup> Vgl. Ebsen (S. 307): »82% der erfolgreichen Verfassungsbeschwerden betreffen den engeren Justizbereich, wobei die Kontrolle des gerichtlichen Verfahrens (rechtliches Gehör, gesetzlicher Richter, Grundrechtsschutz von gerichtlichen Verfahren) allein 66% ausmacht.«

<sup>7</sup> Ernst Benda, Grundrechtswidrige Gesetze, Baden-Baden 1979, S. 58 f.

<sup>8</sup> Klaus von Beyme, Verfassungsgerichtsbarkeit und Policy Analysis, in: Festschrift für Rudolf Wassermann, 1985, S. 268.

<sup>9</sup> Christine Landfried, Legislation and Judicial Review in the Federal Republic of Germany, verv. Man. zum Symposium »Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung – ein internationaler Vergleich«, Bad Homburg 1987, S. 9.

<sup>10</sup> A. a. O. (FN 6).

Reduziert man Ingwer Ebsens Anspruch, eine – notwendig tautologische und kontingente – Theorie des Bundesverfassungsgerichts »als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung« entwickeln zu wollen auf ein Projekt, das sich jenseits von Übungen im kybernetischen Schattenboxen mit dem Stellenwert der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im politischen Pluralismus befassen will, so erweist sich dieses »Weniger« als »Mehr«: Seine Arbeit ist ein erneuter Beleg für den Zusammenhang von pluralistischer Demokratie und prozeduraler Rationalität. Je mehr in Sachen Ökologie, Frieden, Arbeitsplätze, Gleichstellung der Frau die »Veranstaltung moralischer Kreuzzüge« die politische Auseinandersetzung dominiert, desto dringlicher erscheint angesichts der inflationär wachsenden und sich dramatisch verschärfenden materiellen Konfliktbereiche die Verständigung über Verfahren, Formeln und Medien ihrer Austragung.

Ramer Wolf

*Henning Zwirner, Politische Treupflicht des Beamten. Mit einer Gedenkrede von Hans-Peter Schneider. Hrsg. und eingel. von Alexander von Brünneck, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1987.*

Bei der von Alexander von Brünneck mit geradezu liebevoller und dennoch distanzierter Sorgfalt herausgegebenen und eingeleiteten Arbeit von Zwirner »Politische Treupflicht des Beamten« handelt es sich um den Druck der bisher unveröffentlichten Dissertation aus dem Jahre 1956, ergänzt durch drei Schriften Zwirners: einem Schriftsatz an das Verwaltungsgericht Köln vom 19. Dezember 1973 in einer Berufsverbotssache, der rechtlichen Würdigung des gegen Prof. Brückner eingeleiteten Disziplinarverfahrens, bei der es sich um ein Rechtsgutachten handelt, das Zwirner für den Senat der Technischen Universität Hannover im Jahre 1978 erstattet hat (Erstabdruck in KJ 1978, S. 36–41) und einem Referat: »Beamtenstreik« – eine Bestandsaufnahme zum Thema: »Protest- und Verweigerungsmaßnahmen von Lehrern unter dienstrechtlichen Gesichtspunkten«, das Zwirner am 9. Juli 1979 auf der Funktionärskonferenz der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft in Bonn-Bad Godesberg vorgetragen

hat (Erstabdruck in: Brennpunkt – Meinungen – Modelle – Materialien aus der Arbeit der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft, hrsg. von der GEW im DGB, November 1979, S. 5–9). Der Band schließt mit der Gedenkrede von Hans-Peter Schneider »Henning Zwirner zum Gedächtnis«, gehalten auf dem wissenschaftlichen Kolloquium zum Gedenken an Henning Zwirner am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hannover am 6. Februar 1986. Ergänzt werden die genannten Publikationen durch ein Verzeichnis der wissenschaftlichen Schriften von Henning Zwirner.

Wenn v. Brünneck in seiner Einleitung des Bandes sagt, die systematische und kritische Auseinandersetzung mit Zwirners Arbeiten zur politischen Treupflicht des Beamten könnte der Diskussion über diese Frage neue Anstöße geben, so kann dem nur zugestimmt werden. v. Brünnecks Einleitung ist eine übersichtliche Darstellung von Zwirners methodischen Ansätzen und seinen inhaltlichen Grundpositionen, so daß sich die Rezension auf Hervorhebung und Kritik der wesentlichen Gesichtspunkte der vorzustellenden Arbeiten beschränken kann. Zwirner leitet seine verfassungsrechtlichen Einordnungen der politischen Treupflicht von Beamten zunächst historisch ab. Er geht vom Rechtsverhältnis der Beamten in der vorpositivistischen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts aus, in dem der sittlich begründeten Staatsidee eine gleichermaßen geistig-sittlich verstandene Treupflicht der Beamten entsprach. Bemerkenswert ist, daß trotz – oder besser sogar: wegen – der Einbindung der Beamten in die »höheren Staatszwecke« der Beamte zwar nicht gegen die Grundprinzipien der Staats- und Gesellschaftsordnung opponieren durfte und sich auch aller Tätigkeit zu enthalten hatte, die das Ansehen oder den »Anstand« des Beamtenstandes hätte verletzen können, daß aber der vorgeschriebene Verhaltenskodex – so das von Zwirner zitierte Urteil vom preußischen Obertribunal vom 14. 9. 1863 – durch »das treue Festhalten an der eigenen politischen Überzeugung ... weder beeinträchtigt noch überhaupt berührt« wurde, sich also lediglich auf die äußeren Formen, nicht aber auf die Gesinnung erstreckte.

Zwirner geht dann auf den in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstehenden Positivismus und das sich aus ihm ergebende beamtenrechtliche Gehorsamsverhältnis ein,

um danach die Problematik der Stellung der Beamten als »Diener der Gesamtheit« i. S. von Art. 130 I WRV zu behandeln. Hier ist m. E. insgesamt die Fragestellung zu kurz gefasst, was auch an einer der Problemlage nicht angemessenen Literaturliste liegt. Zwirner geht zurecht vom Verhältnis Verfassung/formelles Gesetz nach der Weimarer Reichsverfassung aus und bestätigt, daß die im beamtenrechtlichen Treueid bekräftigte Bindung an die demokratisch-republikanische Staatsform diejenige an die ergehenden Parlamentsgesetze beinhaltet. Genau hier und nicht etwa in der nach durchaus herrschender Meinung weiterwirkenden Rechtsfigur des »besonderen Gewaltverhältnis« liegt der entscheidende Punkt für die Zuordnungsfrage der beamtenrechtlichen Treupflicht. Wenn Zwirner sagt, angesichts der »Offenheit« der Weimarer Reichsverfassung sei der Problemansatz in der Staatsrechtslehre der zweiten Hälfte der zwanziger Jahre »überall der gleiche« gewesen, er habe in der übereinstimmenden Auffassung bestanden, Staat und Recht ließen sich nicht rein formal, ohne inhaltliche Kriterien erfassen, so ist dies zwar völlig richtig, nur gibt Zwirner die außerordentlich differenzierenden Lösungsansätze nicht zureichend wieder, und dieser Mangel wirkt sich hinsichtlich der Einordnung politischer Treupflicht in der Weimarer Zeit aus und bestimmt damit auch die Folgerungen, die aus dieser Einordnung gezogen werden könnten und sollten. Unter Bezugnahme auf Heller unterstreicht Zwirner, »als Einheit von Form und Inhalt« seien »Staat und Recht nur mittels einer sei es geisteswissenschaftlichen, sei es sozialwissenschaftlichen Methode zu erfassen, je nachdem, ob man ihr Substrat mehr dem Reich des Geistes und Sinnes oder dem der Gesellschaft zu rechnet« (S. 144). Zwirner stellt in seiner Argumentation vollständig auf die geisteswissenschaftliche Methode ab, wobei er zum einen Heller fälschlich mit zu der von ihm favorisierten Smendschen geisteswissenschaftlichen Richtung rechnet, obgleich es gerade Heller ist, der mit fundierter Begründung erklärt hat, das Problem der Bestimmung staatlicher Einheit beginne genau an dem Punkt, »an dem Smends Sinnprinzip der Integration« aufhöre. Zum anderen fehlen bei Zwirner die nichtgeisteswissenschaftlichen Ansätze, wie beispielsweise die von Max Adler und Kirchheimer. Diese einseitige Argumentation Zwirners erweckt bei einem

unbefangenen Leser den Eindruck, die Orientierung der Beamten an einer vorrationalistischen »Rechtsidee« (E. Kaufmann), die die Parlamentsgesetze überhöhen sollte, sowie an einem Reichspräsidenten, der als Kaiser-Ersatz fungierte (E. R. Huber), und eine entsprechend interpretierte Treupflicht i. S. einer Bindung an eine objektive nationale Wertordnung sei eine nahezu zwangsläufige Erscheinung gewesen, was bestenfalls dann angenommen werden kann, wenn man bestimmte von Zwirner nicht berücksichtigte Fakten, wie z. B. den sozialen Hintergrund und die spezifische Sozialisation der Beamten in der Zeit der Weimarer Republik in Rechnung stellt.

Zwirner geht sodann auf die »die ganze Person« des Beamten ergreifende Treupflicht nach dem Deutschen Beamtengesetz von 1937 ein, um die gegen jeden Individualismus gerichtete Theorie und Praxis des NS-Regimes gleichsam als Folie für seine Interpretation der beamtenrechtlichen Treupflicht nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland zu benutzen. Dies tut er zunächst durch eine sorgfältige Analyse der grundlegenden Entscheidungen zum Fortbestand des Beamtenverhältnisses nach Zusammenbruch der NS-Herrschaft des Bundesverfassungsgerichts einerseits (BVerfGE 3, 58) und des Bundesgerichtshofes andererseits (BGHZ 13, 265). Zurecht betont Zwirner, aus der geschichtlichen Tatsache, daß die Beamtenverhältnisse 1918 und 1933 zwei »Zusammenbrüche« überdauert hätten, ließe sich kein Rechtssatz ableiten, Beamtenverhältnisse überdauerten unabhängig von der Staatsform; vielmehr sei jedes Beamtenverhältnis auf einen Staat in seiner konkreten rechtlichen Staatsform bezogen und nur aus der jeweiligen Staatsform ergäben sich die jeweiligen Rechte und Pflichten der Beamten. Die Kontinuität der Beamtenverhältnisse nach 1945 folge ausschließlich aus dem aufgrund Art. 131 GG erlassenen Gesetzes vom 11. Mai 1951, sie bestehe nur im Rahmen und nach Maßgabe der rechtlichen Konstituierung des jetzigen Staates.

Zwirners Interpretation der beamtenrechtlichen Treupflicht nach dem Grundgesetz läßt einen ganz spezifischen persönlichen Erkenntnisprozeß deutlich werden. Die erste Interpretationsphase, wie sie in Zwirners Dissertation »Politische Treupflicht des Beamten« zum Ausdruck kommt, ist geprägt vom Einfluß Smends und insofern auch von

der bereits kritisierten zu einseitigen Beurteilung der wissenschaftlichen Ansätze in der Staatsrechtslehre der Weimarer Zeit. Mit Rückgriff auf Art. 19 II GG geht Zwirner von einer verfassungsmäßigen Ordnung i. S. »europäisch-abendländischer Überlieferung« aus. Die Grundrechte sind für ihn »Seinsmodus« einer »rechtlich-verfaßten Wirklichkeit«, Ausdruck »objektiver Lebensformen«. Zwirner bewegt sich hart an der Grenze des nach dem Grundgesetz verfassungsrechtlich Zulässigen, wenn er sich in diesem Zusammenhang ausgerechnet auf Erich Kaufmann und Ernst Rudolf Huber beruft und auch seine nicht zureichend kommentierte Bezugnahme auf Martin Wolff ist zunächst – im Hinblick auf die weitere Gedankenführung in seiner Arbeit – eher irritierend. Zwirner verwendet jedoch die Institutionenlehre zu Beginn eher zögernd-verhalten, dann aber deutlich in progressiv-freiheitlicher Richtung: So, wie sich für ihn Art. 5 III 2 GG allein als Bollwerk gegen eine unwissenschaftliche Lehre darstellt, so daß die Frage einer politischen Treupflicht sinnlos wird, so ist auch die Treupflicht der Beamten funktional vom öffentlichen Aufgabenkreis her zu bestimmen. Das bedeutet, es geht nicht um eine politische Zuverlässigkeit der Beamten schlechthin, sondern um die Zuverlässigkeit in der Erfüllung dienstlicher Aufgaben, die objektiv gegeben sein muß und an der auch in der Öffentlichkeit keine Zweifel auftreten dürfen.

Dogmatischer Ausgangspunkt der beamtenrechtlichen Treupflicht ist für Zwirner nicht § 52, sondern § 54 BBG: Nur innerhalb des Dienstes hat der Beamte positiv für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, während er außerdienstlich nicht zum jederzeitigen »Bekennen« gezwungen werden darf, sondern ein Unterlassen von Handlungen ausreicht, die Zweifel an seiner Loyalität begründen könnten. Damit war allerdings für Zwirner die Verfassungskonformität des Beschlusses der Bundesregierung vom 19. September 1950 über die verfassungsfeindliche Betätigung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes gegeben. Von dieser Position rückt Zwirner – wie insbesondere durch seinen Schriftsatz an das Verwaltungsgericht Köln vom 19. Dezember 1973 und sein Rechtsgutachten in der Sache Brückner aus dem Jahre 1978 offenkundig wird – mit Entschiedenheit ab, vermutlich unter dem Eindruck der zunehmenden re-

striktiven, grundrechtseinschränkenden Berufsverbotspraxis. Nur noch die »Eignung« und »Befähigung« und die »fachliche Leistung« sind für ihn ausschlaggebende Kriterien für den Zugang zu einem öffentlichen Amt (Art. 33 II GG), und diese Kriterien sind prinzipiell unabhängig davon, ob ein Bewerber ein »ablehnendes«, »indifferentes« oder »innerlich distanzierendes« Verhältnis zur »Wertordnung« der Verfassung hat. Zwirner erinnert zustimmend an die Stellungnahme des Republikanischen Richterbundes aus dem Jahre 1926, in der gegenüber einer Äußerung des damaligen Reichsgerichtspräsidenten Simons gesagt wurde, ob jemand die Eignung zum Richterberuf habe, sei nicht eine Frage seiner weltanschaulichen, religiösen oder politischen Ansichten, sondern seiner juristischen Befähigung und seiner Fähigkeit zur »Selbstkontrolle«, d. h. zur Zurückstellung aller unvermeidlich bei jedem Menschen vorhandenen persönlichen Ansichten und Klassenstandpunkte bei Ausübung der richterlichen Tätigkeit. Hier liegt die Quintessenz des Zwirnerschen Erkenntnisprozesses, die am pointiertesten ihren Ausdruck in der Formulierung findet: »... auch hier vermag der Grundsatz der »streitbaren Demokratie« nichts daran zu ändern, daß kraft der gleichen Grundentscheidungen der Art. 79 III, Art. 1 GG Beamte geistig freie Persönlichkeiten bleiben, ihre Treupflicht also nur von allen Staatsbürgern ohne Preisgabe persönlicher Überzeugungen erfüllbare dienstliche berufliche Verhaltensweisen zu fordern vermag« (S. 278). Mit Zwirner an die Bedeutung »geistig freier Persönlichkeiten« im öffentlichen Dienst zu erinnern, erscheint insbesondere in einer Zeit notwendig, in der Prädikatsnoten und Angepaßtsein zu dominanten Einstellungskriterien zu werden drohen und bereits Erstsemester dahin tendieren, diesen Kriterien rechtzeitig entsprechen zu wollen.

*Ilse Staff*

*Günter Frankenberg, AIDS-Bekämpfung im Rechtsstaat: Aufklärung – Zwang – Prävention – Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, 203 Seiten, 35,- DM.*

Hinter diesem Buchtitel verbirgt sich eine umfassende rechtliche Bewertung der bayerischen seuchenpolizeilichen AIDS-Erlasse,

des sogenannten Bayerischen Maßnahmenkatalogs. Das Buch ist die Fortschreibung eines Rechtsgutachtens, das Frankenberg für die Fraktion DIE GRÜNEN im Bayerischen Landtag erstattet hatte. Frankenberg meint in der Schlußbemerkung, sein Buch »hätte seinen Zweck erfüllt, wenn es die in Bayern politisch für die Bekämpfung von AIDS Verantwortlichen von einem gleichsam »seuchenpolizeilichen Fundamentalismus« abbringen könnte (S. 151). Das ist natürlich eine vergebliche Hoffnung: Fundamentalisten kann man nicht zur Vernunft »bekehren«. Aber das mindert den Wert des Buches von Frankenberg nicht. Es ist die erste gründliche Arbeit über die seuchenpolizeiliche Kompetenzen und Befugnisse der Gesundheitsbehörden bei der Bekämpfung von AIDS. Als solche ist sie auch für Nicht-Bayern von großem Interesse.

Höchstens der Anfang der Untersuchung mag Nicht-Bayern weniger interessieren. Frankenberg setzt sich dort sehr gründlich mit der Frage auseinander, ob es sich bei den bayerischen »Vollzugshinweisen« tatsächlich nur um Verwaltungsvorschriften handelt, oder ob sie in Wirklichkeit Rechtsnormen darstellen. Für Praktiker mag diese Frage auch deshalb weniger interessant sein, weil noch immer ungeklärt ist, ob und welche Gerichte man gegen solche Kompetenzüberschreitungen der Verwaltung anrufen kann. Die Gerichte neigen dazu, sich aus einem derartigen Streit mit formalen Argumenten herauszuhalten und die Betroffenen darauf zu verweisen, konkrete behördliche Maßnahmen abzuwarten. Auf dieser Linie bewegt sich auch eine Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs<sup>1</sup> über eine Popularklage gegen die bayerischen »Vollzugshinweise«.

Gleichwohl sollte man diese Überlegungen Frankenbergs nicht vorschnell überschlagen; denn Frankenberg hat dort die grundsätzlichen rechtlichen Bedenken gegen die »bayerische Linie« der AIDS-Bekämpfung herausgearbeitet, nämlich

- die Ausrichtung seuchenpolizeilicher Maßnahmen auf sogenannte Risikogruppen und die auf diese bezogene Generalisierung eines auch durch negative Untersuchungsbeefunde nicht widerlegbaren Ansteckungsverdachts;
- die Installierung eines Meldesystems und

<sup>1</sup> NJW 1988, 758.

die Begründung von Offenbarungspflichten für HIV-infizierte Personen, die allenfalls bei meldepflichtigen Erkrankungen denkbar und zulässig wären.

Damit ist zugleich der Punkt bezeichnet, an dem sich der Streit der Juristen entzündet: Es ist die Frage, wie konkret der Gefahrenverdacht bei AIDS sein muß, der die Gesundheitsbehörden nach § 31 BSeuchG zu Ermittlungen verpflichtet. Frankenberg betont mit Recht, daß in den »Vollzugshinweisen« wie auch in der sie stützenden »Münchener AIDS-Bekämpfungsliteratur« der Gefahrenverdacht in unzulässigem Ausmaß auf den medizinischen Ansteckungsverdacht eingengt wird. Wie jetzt auch Seewald nachgewiesen hat<sup>2</sup>, stehen alle seuchenrechtlichen Maßnahmen entsprechend den Differenzierungen des Bundesseuchengesetzes, das wiederholt auf die Notwendigkeit oder Erforderlichkeit seuchenpolizeilicher Maßnahmen hinweist, unter dem Vorbehalt einer spezifischen seuchenrechtlichen Gefahrenlage. Wenn es sich um eine Krankheit handelt wie etwa offene Tbc, bei der es den Infizierten praktisch nicht möglich ist, eine Ansteckung anderer zu vermeiden, spielt die verhaltensbezogene Komponente bei der Bewertung dieser Gefahrenlage keine Rolle. Anders dagegen bei Krankheiten wie AIDS, bei denen eine Übertragbarkeit durch das Verhalten der Infizierten sicher vermieden werden kann. Hier muß auch das tatsächliche Verhalten der seuchenrechtlich Betroffenen – sowohl in der Vergangenheit als auch das zu erwartende wahrscheinliche Verhalten in der Zukunft – in die Bewertung der seuchenrechtlichen Gefahrenlage mit einbezogen werden.

Deshalb hat, wie Frankenberg mit Recht ausführt, »die abstrakte und generelle, verhaltensunabhängige, *gruppenspezifische* Lokalisierung des Ansteckungsverdachts (erg.: durch die bayerischen »Vollzugshinweise«) im Bundesseuchengesetz keine Grundlage« (S. 86). Seuchenpolizeilich wird damit eher »auf abweichendes Verhalten (Drogenmißbrauch) und insbesondere auf traditionell verpönte Formen von Sexualität (Homosexualität, Prostitution), denn gesundheitspoli-

<sup>2</sup> Seewald setzt sich in seinem Aufsatz: »Zu den Voraussetzungen der Seuchenbekämpfung durch Blutuntersuchungen und Zwangsinformation«, der demnächst veröffentlicht werden wird, eingehend mit der jüngsten Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (AIFO 1988, 300) auseinander, in der dieser die »bayerische Linie« bestätigt und den »Maßnahmenkatalog« in einzelnen Punkten noch überboten hat.

tisch auf Übertragungswege und Möglichkeiten des Selbstschutzes« abgestellt (S. 87/88). Das gilt auch für die ausländerpolizeilichen Regelungen, die, wie Frankenberg überzeugend nachweist, ohne Rücksicht auf die unterschiedlichen Durchseuchungsgrade in den Herkunftsländern ausländerpolizeiliche Zwecke verfolgen, die im Bundesseuchengesetz keine Grundlage haben.

Frankenberg legt ausführlich und kompetent dar, welche Rechte der Betroffenen durch die verschiedenen Regelungen der »Vollzugshinweise« unzulässig beschnitten werden und welche negativen Auswirkungen das auf die AIDS-Bekämpfung hat. Vor allem fällt ins Gewicht, daß den Betroffenen nur die Möglichkeit eingeräumt wird, den Verdacht der Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe zu entkräften. Dagegen wird ihnen die Möglichkeit abgeschnitten darzutun, daß sie »aidsbewußt« leben, obwohl man mit Zwang auch nicht mehr erreichen kann.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat die durch die »Vollzugshinweise« für Angehörige von Risikogruppen vorgeschriebenen »Zwangstests« jüngst mit einem Argument gebilligt, mit dem sich Frankenberg noch nicht auseinandersetzen konnte<sup>3</sup>: »Wirklich verantwortungsbewußt ... wird sich nach der Überzeugung des Senats nur ein Infizierter verhalten, der sicher um seine Virusträgerschaft weiß«. Wie in Bayern offenbar üblich, hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof dabei die bereits vorliegenden mehr als 40 Studien und die weltweite Literatur zur Frage der verhaltenssteuernden Wirkung des HIV-Antikörpertests völlig außer Acht gelassen.

Weltweit besteht Einigkeit darüber, daß der entscheidende Schritt dann getan ist, wenn ein Mensch sich entschließt, eine persönliche Beratung in Anspruch zu nehmen. Der Test ist nur sinnvoll im Rahmen einer Präventionsberatung. Ob einem Klienten zum Test geraten werden soll, muß in der Beratung aufgrund des subjektiven Lebensstils des Klienten entschieden werden. Je häufiger ein Mensch sich Risikosituationen aussetzt, umso kritischer muß die Entscheidung für einen Test diskutiert werden. Hier hat die Orientierung auf selbstverständliche Einhaltung der Präventionsregeln »safer sex« und sterile Einmalspritzen absolute Priorität. Jede Testpolitik, die Menschen direkt oder indi-

rekt von der Beratung abhält, ist kontraproduktiv. Das ist ein entscheidendes Argument gegen jede Art von Zwangstests auch an kleinen und besonders randständigen bzw. wehrlosen Gruppen.

Das alles ficht aber den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof nicht an. Er behauptet einfach, daß es für eine abschreckende Wirkung von Zwangstests »keine stichhaltigen Anhaltspunkte« gebe<sup>4</sup>. Worum es dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof in Wirklichkeit ging, das spricht er in seiner Entscheidung unverhohlen an: Die Sanktionierung des von Frankenberg mit Recht verurteilten Bestrebens der bayerischen Behörden, die §§ 31 ff. BSeuchG zur Umgehung der melderechtlichen Regelungen dieses Gesetzes zu mißbrauchen<sup>5</sup>.

*Manfred Bruns*

*Heinz Wagner, Kommentar zum Polizeigesetz in Nordrhein-Westfalen und zum Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder, unter Berücksichtigung der Polizeigesetze der anderen Bundesländer, Neuwied 1987 (Luchterhand: Reihe Alternativkommentar) Reihe Alternativkommentare, Gesamtherausgeber R. Wasermann, 494 Seiten, Lemen, 158,- DM.*

Das modische Wort von der »Alternative« weckt Assoziationen zu sog. alternativen Lebensweisen, die sich ihrerseits nicht selten als »alte Hüte«, als Wiedergeburt vergangener Jugendbewegungen und als (politische) Romantik erweisen. Ein Oertmann war zu seiner Zeit wegen seiner Fundamentalproblematismen eine Alternative zur herkömmlichen Zitatensammlung und damit bei der Suche nach der besseren Erkenntnis weit nützlicher als etliche Standardkommentare. Mit Wagners AK-PolG könnte es ähnlich gehen, wenn man ihn mit der gängigen Polizeirechtswissenschaft vergleicht. Wagner versucht nicht, die vielfältige Polizeipraxis unter die relativ wenigen Polizeirechtsnormen zu subsumieren, sondern in erster Linie die durch die Praxis aufgeworfenen Rechtsfragen beim Namen zu nennen. Polizeiliche Beobachtung und Observation werden als Eingriffe problematisiert. Die Freiheit, die Art. 2

<sup>4</sup> AIFO 1988, 300, 304.

<sup>5</sup> AIFO 1988, 300, 305.

<sup>3</sup> AIFO 1988, 300, 303.

GG garantiert, wird nicht herkömmlich unter Polizeivorbehalt gesehen (vgl. Dürig, AöR 79, 57). Die Befugnis der Polizei zu strafprozessualen und polizeirechtlichen Eingriffen bei Streiks wird nicht mit dem wenig hilfreichen Hinweis auf § 240 StGB und andere Strafrechtsnormen eingegrenzt (vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., S. 276). Denn es fragt sich gerade, bis zu welcher Grenze das Streikrecht, das nicht legal definiert ist, die Nötigung rechtfertigt, die dem Arbeitskampf innewohnt. Auch Wagner vertieft nicht die Frage, ob die Polizei unter Bezug auf etwaige Judikate probeweise rechtmäßig oder rechtswidrig (etwa gegen Werksblockierer oder Arbeitsplatzbesetzer) vorgehen darf. Aber er macht das Problem deutlich, das bisher zu Lasten der Betroffenen der Rechtsprechung überlassen geblieben ist. Hier war vom viel beklagten »rechtsfreien Raum« bisher noch selten die Rede (vgl. Raiser, ZRP 1985, 111; dazu Lisken, ZRP 1985, 264). Ähnlich klar-sichtig werden neuere Ermittlungsmethoden, die bisher unter dem »Schutz« der polizeilichen Generalklausel praktiziert wurden und ansatzweise durch »Fortschreibung« des bundeseinheitlichen Musterentwurfs normiert werden sollen, auf ihre verfassungsrechtliche und gesellschaftspolitische Zuträglichkeit untersucht. Der Einsatz von Lauschmitteln oder »verdeckten Ermittlern« wirft nicht nur die Frage auf, inwieweit sich solche Methoden von »nachrichtendienstlichen Mitteln« unterscheiden, sondern auch das Problem, welche Zwecke mit welchen Mitteln im Rechtsstaat des GG verfolgt werden dürfen. Wer »verdeckte Ermittler« (mit falschen Papieren etc.) zur sog. Rauschgiftbekämpfung für legitim hält, kann zur »vorbeugenden Bekämpfung« der Wirtschaftskriminalität vor Vorstandsetagen nicht halt machen! Spätestens bei der Einschleusung von polizeilichen Perspektivagenten und ihrer Enttarnung wird die Frage zu beantworten sein, ob die Staatsgewalt nicht im Hinblick auf Rechtsstaatsgebot und Rechtsschutzgarantie nur mit »offenem Visier«, also mit justitiell prüfbareren Mitteln, und erst bei erkennbaren tatsächlichen Anhaltspunkten für ein gemeinschaftsstörendes Verhalten einschreiten darf. Die Vorverlagerung des staatlichen Schutzes durch Kontrollbefugnisse gegenüber dem Unschuldigen und Nichtstörer (an Kontrollstellen) war ein rechtspolitischer Rückschritt ins vorige Jahrhundert, der in

seiner rechtshistorischen Dimension s. Zt. von den Protagonisten eines »neuen« Polizeirechts nicht hinreichend bedacht worden ist (vgl. Riegel, DVBl. 1979, 711). Die Erstellung von Bewegungsbildern zur vorsorglichen Beobachtung polizeilich ausgeschriebener Personen oder die Errichtung und das Betreiben von Dateien über potentielle Störer folgen konsequent diesem Bestreben, den Polizeischutz ins (nicht näher definierbare) Vorfeld einer konkreten Gefahr zu verlagern, um später »stärkere Eingriffe evtl. zu erübrigen« (Riegel a. a. O.). Wagners Kommentierung macht bewußt, daß der Erfolg solcher Methoden noch nicht deren Notwendigkeit im Sinne einer gesetzgeberischen Befugnis zur Normierung grundrechtsrelevanter Eingriffe dieser Art beweist. Politisches Wollen kann nicht die Frage nach dem konkreten Schutzgut und seiner Schutzbedürftigkeit durch Grundrechtseingriffe beantworten (vgl. BVerfGE 17, 108 und 39, 1). Die Frage nach den Grenzen gesetzgeberischen Dürfens stellt sich unabweisbar, seitdem Verwaltungshandeln sich als Verfassungsvollzug (Achterberg) darstellt. Was der Praktiker gern als »verwaltungsunfreundliche« Erschwernis betrachtet, etwa den Richtervorbehalt bei Freiheitsentziehungen (auch bei kurzfristigen) oder Eingriffen ins Wohnrecht (Durchsuchungen, Abhören), wird, von Wagner unter dem Gesichtspunkt des Normzwecks analysiert. Nicht »teleologische« Reduktion, sondern Verfassungserfüllung ist Ziel seiner Kommentierung, wenn man die im Gewande der Kommentierung gekleideten Deduktionen und Hinweise verfolgt. Wagner geht es um die Sicherung der Freiheitsrechte der Bürger im Staat des GG durch Schaffung verfassungskonformer Polizeinormen und durch eine verfassungskonforme Polizeipraxis. Wo die Normen den etwaigen nachgewiesenen »Handlungsbedarf« nicht decken, kann es keine »gesetzesvertretenden« Erlasse und keine normative Kraft des Faktischen, sondern nur einen »Leidensdruck« auf den Gesetzgeber geben. Deswegen muß Wagner auch Anstoß nehmen an einer Befugnisausleihe nichtpolizeilicher Amtswalter durch scheinbare Amtshilfe. Der »Schein bemühtester Rechtsstaatlichkeit« für »fast beliebige Maßnahmen« (Vorwort) wird von ihm aufgeheilt, um Gesetzgebern, Polizei und Justiz Handreichungen zum Besseren zu liefern. Dabei kann und will der Kommentar keine geschlossene Polizeirechtsdogmatik

liefern. Aber wer auch immer sich an solche Arbeit wagen wollte, und sei es auch nur auf dem Wege zu einem verfassungsrechtlich bedenkenfreien und axiomatisch richtigen Polizeigesetz, wie es zuletzt Bill Drews im Anschluß an die Rechtsprechung des Pr. OVG versucht hat, wird an Wagners Alternativkommentar zum PolG NW, das weithin (noch) dem ME von 1977 folgt, nicht vorbeisehen dürfen. Es handelt sich mit seinen rechtssoziologischen, rechtshistorischen und rechtsdogmatischen Erläuterungen und gewichtigen Literaturhinweisen um ein modernes Kompendium des Polizeirechts in Deutschland schlechthin. Wer die Bestätigung eigener Handlungswünsche sucht, wird evtl. enttäuscht werden; wer nach Falsifizierung eigener Vorstellungen sucht, wird eher beglückt sein. Es geht um das Recht, dem die Polizei dient, und nicht um Auslegungshilfen zur Bestimmung von polizeilichen Ausnahmefugnissen (vgl. Naucke, KritV 1986, 203 ff.).

*Hans Lüsken*

*Bernd Rütters, Entartetes Recht – Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, Verlag C. H. Beck, München, 1988, 29,80 DM.*

Es gibt Bücher, da ist alles klar. Man liest sie und ist entweder begeistert oder gelangweilt oder empört. Hier ist es ganz anders. Es ist ein sehr wichtiges Buch. Manches ist vorzüglich, einiges nur die Kurzfassung eines früheren Buches, und der letzte Teil, meine ich, ist kaum gelungen. Trotzdem. Es ist ein wichtiges Buch.

An Veröffentlichungen über das Recht in jenen zwölf Jahren gibt es wahrhaftig keinen Mangel mehr. Aber sie kommen alle eher von juristischen Außenseitern. Oft sitzen sie auch noch am linken Rand des politischen Spektrums. Man soll sich da nichts vormachen. Ihre Wirkung wird dadurch beeinträchtigt. Bernd Rütters dagegen gehört zum juristischen Establishment, als allgemein anerkannter und konservativ-liberaler Professor des Zivil- und Arbeitsrechts an der Universität Konstanz. Er ist der einzige seiner Zunft, der hin und wieder über das Recht im Dritten Reich schreibt, seit 1968. Damals war es seine Habilitationsschrift, »Die unbegrenzte Auslegung«, bis heute das beste, was dazu erschienen ist.

Der erste Teil des neuen Buches ist eine gut gelungene Kurzfassung dieser Schrift. Es geht um die innere Mechanik des Rechts der Nazizeit, um die Technik der Juristen, mit der es ihnen schon am Anfang des Dritten Reichs gelungen ist, die alten Gesetze mit neuem Geist zu füllen, oder besser gesagt: Ungeist, so daß dann plötzlich, um nur ein Beispiel zu nennen, das Mieterschutzgesetz von 1923 für Juden von den Gerichten nicht mehr angewendet wurde. Wie macht man das? Wie argumentiert man da? Ein Thema, das Bernd Rütters seitdem nicht mehr losgelassen hat, zu Recht nicht, denn, das sagt er auch ausdrücklich, letztlich läuft die juristische Argumentation auch heute noch immer in den gleichen Bahnen. Jetzt wieder in die andere Richtung und nicht mehr so extrem wie damals, aber letztlich in der gleichen Art und Weise, so daß man eine Wiederholung von Seiten der Juristen eigentlich nicht ausschließen kann.

Zwei Männer haben damals die methodischen Fundamente gebaut, auf denen man die juristischen Konstruktionen errichtete. Carl Schmitt und Karl Larenz. Alles klar und jetzt noch deutlicher beschrieben bei Rütters im ersten Kapitel. Er zeigt aber auch, daß es selbst damals noch vorsichtigen Widerstand gab gegen dieses Unrecht, Widerstand von Kollegen, die nicht nur methodisch anderer Meinung waren. Ohne daß man es beim Namen nannte, ging es natürlich auch um Politisches. Philipp Heck und Julius von Gierke waren es, ohne Aussicht auf Erfolg. Die Hunde bellten, die Karawane zog weiter. Soweit, so gut und soviel zu den Rechtslehren im Dritten Reich, die der Titel des Buches nennt. Nun zu den Kronjuristen, die da auch genannt werden.

Erste Enttäuschung: Es wird nur einer beschrieben, allerdings der wichtigste. Carl Schmitt. Als Beispiel, das auch für die anderen stehen soll. Darüber kann man streiten. Denn es gibt manche Unterschiede. Natürlich hätte man sich auch noch ein Kapitel über Karl Larenz gewünscht, Theodor Maunz und Ernst Forsthoff. In der Entwicklung des Rechts der Bundesrepublik haben sie eine ganz entscheidende Rolle gespielt, mal ganz abgesehen davon, daß ihre Schüler noch jahrzehntelang an unseren Juristenfakultäten Studenten unterrichten werden. Aber nun ja. Bleiben wir mit Rütters bei Carl Schmitt.

Zweite Enttäuschung: Auch für ihn werden

nur die zwölf Jahre von 1933 bis 1945 beschrieben. Was vorher war und was er danach gemacht hat, das erscheint nur dann, wenn es wichtig ist für die Erklärung seines Verhaltens im Dritten Reich. Das ist auf der einen Seite unbefriedigend. Denn Carl Schmitt ist ein Phänomen, das man im Zusammenhang kennenlernen möchte. Auf der anderen Seite kann man das auch wieder rechtfertigen. Denn in der bisherigen Literatur dazu, und das ist nicht wenig, wird diese Zeit der zwölf Jahre meistens nur sehr kurz behandelt.

Carl Schmitt. Ohne Zweifel ist er die bemerkenswerteste Figur unter den vielen bekannten Namen im Recht der Nazizeit. Er kam aus kleinen Verhältnissen. Ist der Sohn eines Bahnbeamten im Sauerland gewesen. Von Gestalt war er sehr klein, in seiner Intelligenz sehr groß und noch größer in seinem Ehrgeiz. Eine dynamische Mischung. Viele sehen in ihm den bedeutendsten Juristen dieses Jahrhunderts. Für andere ist er der Bösewicht schlechthin. Der Jurist des Führers Adolf Hitler, der gefährlichste der Nazijuristen. 96 Jahre alt ist er geworden, vor drei Jahren gestorben. Bis zu seinem Tode pilgerte die Prominenz von Juristen und Intellektuellen nach Plettenberg, wo er geboren war und die vierzig Jahre nach dem Kriege lebte. Denn eine Universität hat ihn nicht wieder aufgenommen. Im Gegensatz zu fast allen anderen Nazis. Das wäre dann doch zu weit gegangen.

Seine Bewunderer sind in der Überzahl. Und wenn sie über ihn schreiben, dann wird zuerst darauf hingewiesen, er habe nur bis 1936 für die Nazis geschrieben, dann sei er bekanntlich in Ungnade gefallen, und zweitens wird das Ganze als Ausrutscher behandelt, der im Gesamtzusammenhang seines Werks nicht von großer Bedeutung sei. Die anderen, die ihn verdammen, zitieren regelmäßig nur, was er in diesen drei Jahren geschrieben hat. In der Tat ist da schon einiges zusammengekommen. Nie wieder hat Carl Schmitt so viel geschrieben wie in dieser kurzen Zeit, und es sind fürchterliche Sachen dabei. Als Höhepunkt jener berühmte Artikel von 1934, »Der Führer schützt das Recht«, mit dem er eine glühende Rechtfertigung lieferte für die Morde beim sogenannten Röhmputsch. Eine ruhige und umfassende Aufarbeitung dessen, was Carl Schmitt in jenen zwölf Jahren wirklich geschrieben hat und was ihm widerfahren ist und wo die Gründe für das Ganze

liegen, die war nun wirklich notwendig, und Bernd Rüthers hat sie uns endlich vorgelegt. Das ist der mittlere Teil des neuen Buches.

Auch wenn es nur zwölf Jahre sind, es ist trotzdem eine lange Geschichte. Sie ist traurig und deprimierend, die Geschichte eines Mannes, der sich im Alter von dreiundvierzig Jahren noch schnell auf die Seite der neuen Herren stellen und dort Karriere machen wollte, nachdem er kurz vorher, 1932, dem Reichspräsidenten empfohlen hatte, die NSDAP zu verbieten. Dieser Frontenwechsel vom Kronjuristen der Weimarer Präsidialdiktatur zum Kronjuristen der Nazis war natürlich nicht ungefährlich. 1936 führte das zu zwei scharfen Angriffen im »Schwarzen Corps«, der Zeitschrift der SS. Damit war seine Karriere im Dritten Reich beendet. Aber nicht, wie seine Bewunderer heute oft noch meinen, weil er sich von den Nazis getrennt und Widerstand geleistet hat. Man wollte ihn einfach nicht mehr. Der kurvenreiche Weg hinauf und herunter ist von Bernd Rüthers ausführlich dargestellt. Niemand kann mehr behaupten, das sei ein Ausrutscher gewesen. Es war, das zeigt Rüthers deutlich, die kontinuierliche Fortentwicklung seiner Haltung in der Weimarer Zeit. Nicht stromlinienförmig, aber kontinuierlich. Er war immer antiliberal, antipluralistisch, antidemokratisch, antiparlamentarisch. Auch nach dem Krieg. Hier liegt ja das eigentliche Problem, im Beifall heute. Irgendwo kann man die Faszination verstehen, die Carl Schmitt immer noch ausübt, mit seiner wehevollen Art, der schönen Sprache und ihren griffigen Formeln. Über diejenigen, die dem Ganzen heute noch anhängen, hat Bernd Rüthers nichts gesagt. Zwischen den Zeilen allerdings, meine ich, kann man sein ärgerliches Kopfschütteln darüber schon spüren, daß es immer noch so viele Verehrer gibt, rechts und links. Stattdessen zitiert er Ernst Jünger, der einmal gesagt hat, Schmitts Begriff des Politischen sei ein »Hieb von vollkommener Sicherheit, Kaltblütigkeit und Bösartigkeit«. Dieser mittlere Teil des Buches ist das beste, was bisher zu Carl Schmitt geschrieben wurde, mit nicht unwichtigen biographischen Neuigkeiten über seine erste Ehe mit einer Hochstaplerin, die sich ausgegeben hatte als eine jugoslawische Reichsgräfin, und mit den einleuchtenden Thesen von Nicolaus Sombart, der Staat sei für ihn ein Fetisch seiner Männerphantasien gewesen.

Sehr viel mehr ist über dieses leider immer noch nicht abgeschlossene Kapitel deutscher Rechtswissenschaft eigentlich wirklich nicht zu sagen.

Es gibt dann noch ein letztes Kapitel. Über die Zukunft. Darüber, wie man verhindern kann, daß sich das bei Juristen wiederholt. Eigentlich das wichtigste. Wie kann man das Recht so fest vermauern, daß es nicht wieder zum Unrecht wird? Das Dilemma, vor dem nicht nur Bernd Rüthers steht, ist folgendes: Auf der einen Seite ist er einer der wenigen deutschen Juristen, die klar erkannt haben und es auch offen sagen, daß jedes juristische Urteil letztlich eine politische Entscheidung ist, mehr oder weniger unabhängig vom Gesetz, an das der Richter an sich gebunden sein soll. Anders ausgedrückt: Juristisch läßt sich meistens alles begründen, wenn man es politisch will. Auf der anderen Seite versucht er trotzdem, im Grunde wider besseres Wissen, Sicherheiten einzubauen gegen solche Möglichkeiten politischen Mißbrauchs. Ein Dilemma. Also sagt er auf den letzten vierzig Seiten im Grunde auch nicht mehr, als daß die Juristen es erkennen und sich mäßigen sollen, sich zurückhalten beim Gebrauch der Möglichkeiten, die sie juristisch haben. In vierundzwanzig Leitsätzen wird noch einmal alles deutlich gesagt. Daß auch Methodenlehren in die Irre führen und Argumentationen mit dem »Wesen« oder der »Natur der Sache« nur eigene Wertungen verdecken, daß man auf Richterrecht nicht verzichten kann und Richter als rechtspolitische Funktionsträger der jeweiligen politischen Systeme tätig sind und daß es kein wertfreies Recht gibt

und keine wertfreie Anwendung. Gut. Aber folgt daraus wirklich nur Zurückhaltung und Mäßigung? Die auch ich für richtig halte. Oder auch Engagement? Und wenn ja, wofür? Sicherlich nicht für die eigene Karriere, die Rüthers bei Carl Schmitt so deutlich angesprochen hat. Als Ursache entarteten Rechts. Hier, im Allgemeinen Teil, ist er dazu erstaunlich schweigsam und mit seinem Schweigen insofern auch unfair gegenüber jenen Richtern und Staatsanwälten, die sich mit ihrer Blockade in Mutlangen herausgewagt haben aus einer angepaßten Justiz, die schließlich auch einiges zu tun hat mit dem Titel seines Buches. Er hält ihnen vor, sie seien zu weit gegangen, hätten sein Mäßigungsgebot verletzt und seien keine Helden. Wie man es oft sieht. Verweist auf die Weiterbezahlung ihrer Bezüge in einem demokratischen Rechtsstaat. Nun ja. Aber warum kein Wort darüber, daß in unserer Justiz das Wohlverhalten im Sinne staatsautoritärer Gesinnung unabdingbare Voraussetzung dafür ist, daß man in Positionen kommt, für die das Mäßigungsgebot erst seinen eigentlichen Sinn entfaltet, nämlich dorthin, wo endgültig darüber entschieden wird, daß friedliches Sitzen auf der Straße Gewalt ist und demokratisches Engagement ohne Rücksicht auf berufliche Nachteile verwerflich? Im Sinne des § 240 StGB, versteht sich. Jedenfalls sind das Positionen, in die jene nun mit Sicherheit nicht mehr kommen werden. Und in die andere gekommen sind, weil – und so weiter. Si tacuisses – Professor Rüthers.

*Uwe Wesel*