

Buchbesprechungen

Till Müller-Heidelberg/Ulrich Finckh/Wolfgang Dieter Narr/Marek Pelzer (Hg.), Grundrechte-Report 1998 – Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland, Reinbeck (Rowohlt Taschenbuch Verlag) 1998, 320 Seiten, DM 14,90

Der Grundrechte-Report zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland wurde für das Jahr 1998 nach dem ersten Report für das Jahr 1997 zum zweiten Mal erstattet. An die fünfzig Autorinnen und Autoren haben kurze, knackige Berichte zum Stand der Grund- und Menschenrechte in Deutschland verfaßt. Diese wurden den Artikeln des Grundgesetzes zugeordnet, so daß der Report analog zu den Grundrechten der deutschen Verfassung gegliedert ist. Dabei beschränken sich die Verfasser nicht auf die Art. 1 bis 19, sondern auch zu den Art. 20, 20a, 23, oder – selbstverständlicher – Art. 103, 104 wird ein Lagebericht verfaßt. Diese Vorgehensweise hat zur Folge, daß ein umfassendes Bild der Verwirklichung – oder besser – Nicht-Verwirklichung der Grundrechte in Deutschland entworfen wurde. Die erörterten Themen reichen vom Asylrecht bis zur Zwangsarbeit (im Nationalsozialismus) bzw. deren Entschädigung; von der Freiheit vor Arbeitseinsätzen und für (Schüler-)Zeitungsförderung über die Gleichheit der Geschlechter durch Frauenförderung und der Ungleichheit von Ausländern in »unerwünschten« binationalen Ehen und in der Kriminalstatistik bis zur staatlichen »Fürsorge«-pflicht oder Gewährleistungspflicht, erörtert am Beispiel der Nichtgewährleistung von angemessenem Wohnraum für Obdachlose und der psychosozialen Konsequenzen dieser Situation. So liefert der Report einen ziemlich umfassenden Überblick über die

rechtspolitisch aktuellen Probleme oder die Probleme der Grundrechtsgewährleistung in der sozialen Praxis.

Die Breite der Themen erforderte es offensichtlich, die einzelnen Lageberichte im Umfang zu beschränken, was notwendig auf Kosten der Tiefe gehen mußte. Das ist grundsätzlich hinzunehmen, bzw. zu begrüßen, solange die Kürze nicht zu Defiziten in der Argumentation führt. Solche treten in den Lageberichten auf und müssen auftreten, wenn der wertungsgebundene theoretische Hintergrund nicht geklärt und gleichsam als allgemein oder konsensual vorausgesetzt wird. Tatsächlich besteht in dieser Gesellschaft ein solcher Konsens aber nicht und die politischen Auseinandersetzungen finden gerade um diese Hintergrund-Wertungen statt.

Dazu ein Beispiel: Burkhard Hirsch berichtet über die Telefonüberwachungen im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen, betroffen ist Art. 10, der auch das Fernmeldegeheimnis garantiert. Das Abhören von Telefonen zum Zwecke der Strafverfolgung ist unter den Voraussetzungen des § 100a und 100b StPO aufgrund richterlicher Anordnung möglich. Hirsch stellt nun fest, daß das Zahlenmaterial in der BRD unzureichend sei. Der Bundesjustizminister gab die Zahl der Anordnungen einer Telefonüberwachung im Jahr 1996 mit 1798 (ohne Ba-Wü mit ca. 360 Anordnungen) an. Dagegen hat die Bundesregierung nach Angaben der Netzbetreiber für das gleiche Jahr die Zahl mit 6428 Anordnungen beziffert. Dies sei, konstatiert Hirsch, eine unerklärliche Differenz (S. 133). Die Zahlen an sich sagen aber nichts über die Lage des Grundrechts aus, schon gar nicht bei Ungewißheit darüber, welche Zahl richtig ist. Eine Lagebeurteilung will Hirsch deshalb über den

Vergleich mit anderen Staaten herstellen. Das ist offenbar schwierig, wenn keine genauen Zahlen vorliegen, zumal das Zahlenmaterial auch in anderen Staaten (Frankreich und Italien), so Hirsch, ebenso dürftig ist. Für die USA kommt Hirsch zu dem Ergebnis, daß es bei einer dreifachen Bevölkerungszahl weniger als ein Fünftel der hierzulande üblichen Abhörmaßnahmen gebe (S. 135). Dabei legt er – ohne nähere Begründung – die Angaben der Telefongesellschaften, nicht diejenige des Bundesjustizministeriums zu Grunde.

Die Wertungsprobleme liegen bei diesem Beispiel auf unterschiedlichen Ebenen. Zunächst stellt sich das Zahlenproblem: von welchen Zahlen ist auszugehen? Zweitens stellt sich das Problem, ob die USA der Maßstab sein können. Eine wirkliche Lagebeurteilung wäre nur möglich, wenn man die Abhörmaßnahmen pro Kopf in verschiedenen Ländern vergleicht. Weiter stellt sich als Problem die Bewertung von Abhörmaßnahmen im Vergleich zu anderen Mitteln der Strafverfolgung. Dann kommen nämlich Zweifel auf, ob die USA als Vorbild dienen können, da sie in anderen Zusammenhängen nicht gerade als Garant einer liberalen Strafrechtspolitik dastehen. Es stellt sich die Frage, ob der restriktive Umgang mit Abhörmaßnahmen erkauft wird durch den weniger restriktiven Einsatz anderer Methoden, wie z. B. undercover agents, dem allgemeinen Abhören von Wohnungen usw.? Wenn ja, welches ist dann aus der Perspektive der Grundrechte die günstigere, schonendere Methode? Schließlich bleibt die innerdeutsche Wertungsfrage, ob und wie weit die Kriminalitätsbekämpfung auf Abhöraktionen angewiesen ist, was zumindest die Mehrzahl der Innenpolitiker und Polizeirepräsentanten behaupten. Damit ist die grundsätzliche Wertungsfrage angesprochen: im Zweifel für die Freiheit oder für die »innere Sicherheit«?

Der Grundrechte-Report richtet sich – auch in anderen Teilen – an Anhänger der ersten Option, für solche ist er informativ und bestärkt sie in ihrer Präferenzsetzung. Für die anderen, die Vertreter von law and order, dürfte er nicht überzeugend wirken, denn aus dem Sein, dem Aufzeichnen von Entwicklungen folgt nicht zwangsläufig ein Sollen. Und das Sollen ergibt sich eben nicht eindeutig aus den Grundrechten, sondern aus der (diskursiven) Auseinandersetzung um deren normativen Gehalt.

Der vorangegangene Grundrechte-Report aus dem Jahre 1997 hat u. a. den großen

Lauschangriff zum Schwerpunkt, was sicherlich berechtigt war, da hier – nach der Änderung des Art. 16 GG – einer der schwerwiegendsten Eingriffe in den Grundrechtsschutz stattgefunden hat. Schwerpunkt im Grundrechte-Report 1998 sind Kompetenzerweiterungen der Polizei und deren Auswirkungen auf Grundrechte oder faktische Grundrechtsverstöße durch die Polizei. Peter-Alexis Albrecht führt in das Thema ein durch einen der Gliederung nach Grundrechten vorangestellten Bericht mit dem Titel »Feindbild Organisierte Kriminalität – Brechstange gegen Freiheitsrechte«. Es finden sich dann Berichte zum »Polizeilichen Datenschubel in Europa« (Busch), zu »Mutmaßlichen Übergriffen von Polizeibeamten« (Maier-Borst) zur polizeilichen Kriminalstatistik (Rhode), zum großen Lauschangriff (Bechtold), zur »polizeilichen Wohnungsdurchsuchung« (Kant), zu Europol (Lisken/Mokros) und »verdeckten Ermittlern« (Gössner), zur »polizeilichen Hörfalle« (Weßlau) und zur »Präventionsfalle« (Mahr), zur Schleierfahndung (Denninger) und schließlich – angrenzend – zur Hauptverhandlungshaft (Soost), zur Gewalt in Gefängnissen (Feest) sowie zwei Berichte zu »hoheitlichen Verrufserklärungen« durch den Verfassungsschutz (Kunast und Seifert). Die Schwerpunktsetzung, die sich aus der Menge der Beiträge ergibt, ist sicherlich gerechtfertigt: Die schlimmsten Verbrechen und die brutalste Unterdrückung wurde in Deutschland mit Hilfe der staatlichen Machtapparate organisiert und potentiell steht dem Staat weiterhin der gefährlichste Machtapparat zur Verfügung, so daß Wachsamkeit geboten ist.

Gleichzeitig ist diese Schwerpunktsetzung (in beiden Berichten) aber auch sehr traditionell in einem zweifachen Sinne: sie spiegelt das traditionelle Grundrechtsverständnis als liberales Abwehrrecht gegen den Staat wider und sie knüpft an die Tradition von Bürgerrechtsbewegungen, an das traditionelle Verständnis liberaler Innen- und Rechtspolitik an, was – ich betone es noch einmal – auch eine Berechtigung hat. Nun muß natürlich das »Aber« kommen: Verglichen mit dem staatlichen und privaten Umgang mit Ausländern; verglichen mit der Menschenrechtslage von Ausländern in Deutschland erscheinen die potentiellen oder realen Grundrechtsbeeinträchtigungen von Deutschen als »peanuts«. Der Umgang mit Ausländern hat in Deutschland Formen angenommen, die beständig – bei der täglich-

chen Zeitungslektüre – Anlaß zu schlechtem Gewissen geben können.

Nun bleibt diese Situation im Grundrechte-Report nicht unerwähnt. Berichtet wird über die Visumpflicht für ausländische Kinder (Weber), die Probleme für Ausländer, die nicht aus den G 7-Staaten oder Europa kommen, Deutsche nur besuchen (Finckh) über die Probleme der binationalen Eheschließung (Manemann) oder die »ungleiche Behandlung« von Ausländern durch die Polizei und schließlich gibt es auch drei Berichte über die Asylpraxis (Burkhardt, Kalthegener, Neumann), die aber die dort vorhandenen Probleme nicht annähernd vollständig erfassen, u. a. weil sie jeweils sehr spezifische Perspektiven einnehmen.

Begreift man Grundrechte auch als Teilhaberechte und als Grundlage für Schutzpflichten für den Staat, muß man auch die Frage stellen, ob ausreichend Anstrengungen unternommen werden, um die zum Alltag gewordenen gewalttätigen Angriffe auf Ausländer zu verhindern – selbstverständlich nicht nur durch polizeiliche Maßnahmen. Und es stellt sich die Frage, ob und wie effektiv gegen Diskriminierungen von Ausländern im täglichen Leben vorgegangen wird und dies nicht nur durch formale Rechtsgleichheit. Es ist ein Problem, wenn über Dumpinglöhne für ausländische Arbeiter insbesondere in der Baubranche fast ausschließlich unter dem Blickwinkel des Schutzes der heimischen Bauindustrie oder der deutschen Bauarbeiter diskutiert wird. Solche Fragen geraten bei einem sozialstaatlichen Grundrechtsverständnis in den Blick und müßten zwangsläufig zu einer Verschiebung der Schwerpunktsetzung führen.

Eine weitere Bemerkung aus der Perspektive eines sozialstaatlichen Grundrechtsverständnisses: Der Lagebericht beginnt mit »Reflexionen eines Verfassungsvaters«, genauer mit Reflexionen des letzten noch lebenden Mitglieds des Parlamentarischen Rates. Hanns-Heinz Bauer macht sich das Sozialstaats- und Demokratiegebot unter den Bedingungen von Unternehmenskonzentration und gnadenloser Weltmarktkonkurrenz zum Thema und konstatiert: »Das Volk als ›Souverän‹ bleibt trotz aller Staatsgewalt, die von ihm ausgehen soll, auf diesen Schauplätzen wirtschaftlicher Machtentfaltung ausgeschaltet und kann auch indirekt, über die Wahl seiner Repräsentanten, keinen Einfluß ausüben, weil in einer ungezügelten Marktwirtschaft weder

Parteien noch Abgeordnete legal einzugreifen vermögen und eine nachträgliche Kontrolle sinnlos wäre. Die Entwicklung läuft also am Parlament vorbei, über den Bundestag hinweg.« (S. 18) Er fordert gegen die »raffgierige Konsumgesellschaft«, das »Schnäppchen- und Vorteilsdenken« und den »rücksichtslosen Ellenbogengebrauch« eine »Verpflichtung auf den Gemeinschaftsgeist« (S. 21 f). Solche Sätze und Begriffe erscheinen als Elemente einer Denkart, als Ideale einer scheinbar vergangenen Zeit, die im Einerlei der Sprache des Zeitgeistes (man denke an das Blair/Schröder-Papier) aufleuchten: und der mögliche Vorwurf der »Innovateure«, »von gestern« zu sein, verfängt nicht, da die Ideale nicht eingelöst sind, sondern nur durch die Macht des Faktischen verdrängt oder besiegt wurden. Dem Report vorangestellt, zeigen sie eine Richtung oder ein Programm auf, das dann leider nur unzureichend ausgefüllt wird. Im Grundrechte-Report finden sich Berichte zur Situation von Jugendlichen ohne Arbeit und Ausbildung (Scherr), zur Situation von Obdachlosen (Lampe), zu ungleichen Lebensverhältnissen in Ost und West (Klenner) und zur Entdemokratisierung oder Entpolitisierung politischer Entscheidungen durch Regierungshandeln von der Kultusministerkonferenz über den Europäischen Rat bis zum Nato-Rat (Finckh). Aber sie lösen das von Bauer vorgezeichnete Programm nicht ein, sondern lassen allenfalls die Spitze des Eisberges erkennen.

Trotz oder gerade wegen dieser Kritik, die immer leicht zu formulieren ist und, das wurde zu Beginn eingeräumt, deren Umsetzung notwendig mit der Lesbarkeit und Kapazität eines Grundrechte-Reports in Konflikt geraten würde, muß am Ende das Verdienst des Reports hervorgehoben werden. Er macht im politischen und juristischen Diskurs deutlich, daß Grundrechte in Deutschland keineswegs als gesicherter Bestand des Zusammenlebens angesehen werden können, daß die Gefahr insbesondere darin liegt, daß sie »ganz legal« ausgehöhlt werden können. Unter der mit einer Hoffnung verbundenen Voraussetzung, daß der Grundrechte-Report auch in den nächsten Jahren fortgesetzt wird, kann er eine unschätzbare Funktion als Chronik der Entwicklung des demokratischen Rechtsstaates in Deutschland erfüllen, die im Rückblick seine Höhen und Tiefen erkennen läßt.

Andreas Fisahn

Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, *Staatsrecht II – Grundrechte*, 14. Auflage, Heidelberg (C. F. Müller) 1998, 312 Seiten, DM 36,-

Anlässlich seines Jubiläums ist das Grundgesetz ausführlich von allen Seiten beleuchtet worden und wird es noch. Wie Verfassungsrecht nach 50 Jahren gelehrt und vermittelt wird, ist jedoch bisher nicht Gegenstand der Diskussion gewesen. Hier soll es darum gehen, einen Blick auf das wohl verbreitetste und anerkannteste Lehrbuch auf dem Gebiet des Verfassungsrechts zu werfen, das die Grundrechte behandelnde Buch von Bodo Pieroth und Bernhard Schlink. Einer der Autoren, Bernhard Schlink, ist nicht nur ein in Deutschland erfolgreicher Verfasser nichtjuristischer Literatur, was an sich bereits ungewöhnlich genug wäre, sondern auch einer der wenigen zeitgenössischen deutschen Autoren, die in den USA großen Erfolg haben. Sein bekanntestes Buch ist wohl »Der Vorleser«.¹ In seiner Eigenschaft als Romanautor hat er es bis in die großen Talkshows des amerikanischen Fernsehens gebracht. Das sagt sicher nichts über die Qualität des hier zu besprechenden Lehrbuches, ist aber ohne Zweifel erwähnenswert.

Der Pieroth/Schlink erschien in erster Auflage 1985, setzte sich sofort durch und wurde in Besprechungen fast euphorisch empfangen. »Ich habe selten ein Anleitungsbuch gelesen, das so anschaulich geschrieben, klug aufgebaut und pädagogisch überzeugend ist.«² Die Rezensionen in einer Ausbildungszeitschrift weisen unisono darauf hin, daß sich das Buch zwar in erster Linie an fortgeschrittene Studenten wendet, es aber aufgrund der Klarheit von Darstellung und Sprache auch für den Anfänger den Zugang zur komplizierten Materie eröffnet.³ Weiterhin gelobt werden die Aktualität und die didaktische Aufbereitung. Auch eine Schweizer Rezensentin zollt den Autoren »höchste Bewunderung«, findet, daß das Buch »zu fesseln« vermag, und beneidet deutsche Studenten nur deshalb nicht vorbehaltlos ob der ihnen mit dem Pieroth/Schlink zur Verfügung stehenden Literatur, weil der Stoff umfangreich und kompliziert sei. Diese,

für Lehrbuchautoren widrigen Umstände, führen natürlich dazu, daß sie den Verfassern des gelungenen Werkes »besonders dankbar« ist für die geleistete Arbeit.⁴ Die endgültige Seligsprechung erfährt das Lehrbuch aber durch den Rezensenten, der nicht nur die Studenten auffordert, ja fast verpflichtet, es zu verwenden, sondern darüber hinaus auch die Lehrenden anhält, durch die Lektüre »nicht nur didaktische Einsichten zu gewinnen.«⁵ Folgerichtig ist das Buch, welches fast schon den Status eines Werkes besitzt, zum feststehenden Teil der Juristenausbildung geworden. Es gibt wahrscheinlich nur wenige Professoren, die das Buch nicht wärmstens empfehlen⁶ und kaum Studenten, die sich nicht vom Pieroth/Schlink die Grundrechte haben erklären lassen. Er ist inzwischen in 14. Auflage erschienen, und, wenn der bisherige Rhythmus jährlicher Überarbeitung beibehalten wird, dann ist zur Zeit die Überarbeitung im Gang und die nächste Auflage wird zu Beginn des Wintersemesters in den Regalen der wissenschaftlichen Buchhandlungen aller Universitätsstädte stehen.

Was macht das Buch nun so erfolgreich? Sicherlich die juristische Qualität, aber, mit Verlaub, ein juristisch gutes Lehrbuch von zwei Professoren der Rechte ist vielleicht nicht unbedingt eine Selbstverständlichkeit, eine große Überraschung kann es aber auch nicht sein. Auch die Orientierung an kurzen Fällen zu jedem Grundrecht, die dann am Ende jedes Abschnitts gelöst werden, ist ohne Zweifel ein Grund für den Erfolg, aber dieses Konzept wird in der Schwerpunkte-Reihe, deren Teil der Pieroth/Schlink ist, durchgehend, aber eben mit unterschiedlichem Erfolg verwendet.

Zum Erfolg wesentlich beigetragen haben sicher Pragmatismus und Konsequenz, woraus insbesondere die große Nutzerfreundlichkeit resultiert. Die Konsequenz kommt in zweierlei Hinsicht zum Ausdruck. Zum einen folgt die Darstellung der einzelnen Grundrechte durchgängig der inzwischen fast allgemein akzeptierten Dreischrittprüfung für Grundrechtsverstöße (Betroffenheit des Schutzbereichs – Eingriff – verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs). Für Studentinnen und Studenten hat das den unschätzbaren Vorteil, daß Wissen nicht völlig abstrakt vermittelt wird, sondern an der für

¹ Vgl. dazu z. B. die Rezension von Thomas Blanke, KJ 1996, 391–395; Bernhard Schlink ist außerdem Autor mehrerer Krimis.

² Bethge, DVBl. 1987, 1034 zur ersten Auflage; ähnliches Lob von Arndt, NJW 1987, 1808; nüchterner, aber ebenfalls uneingeschränkt positiv Henneke, Jura 1988, 167, beide zur zweiten Auflage.

³ Henneke, Jura 1988, 167; Scherzberg, Jura 1993, 224; Horster, Jura 1997, 223.

⁴ Weber-Dürler, AoR 114 (1989), 492 f.

⁵ Bethge, DVBl. 1987, 1034.

⁶ Professorinnen gibt es insgesamt nur wenige.

den Aufbau einer Falllösung relevanten Stelle. Inhaltliche Konsequenz zeigt sich zum Beispiel bei dem Bestehen darauf, daß jedem Grundrecht sowohl eine positive als auch eine negative Freiheit zu entnehmen ist, daß also zu einer grundrechtlich verbürgten Freiheit immer auch gehört, diese Freiheit nicht zu nutzen.⁷ Erkennbar ist im ganzen Buch zudem das Bemühen, den Text des Grundgesetzes nicht aus den Augen zu verlieren und nicht mit unbestimmten und konturenlosen Begriffen zu operieren. Dies wird beispielsweise im Abschnitt über die Menschenwürde deutlich, wo die Versuche des Bundesverfassungsgerichts, die Objektformel – der Mensch dürfe nicht zum bloßen Objekt des Staates gemacht werden – als nicht hinreichend bestimmt kritisiert wird.⁸ Die Autoren verwerfen die Idee einer allgemeinen Definition der Menschenwürdeverletzung und versuchen, eine Konkretisierung durch die Identifizierung verschiedener Bereiche, in denen Verletzungen auftreten, zu erreichen.⁹ Zudem wird deutlich auf den mißbräuchlichen, extensiven Umgang mit der Behauptung einer Menschenwürdeverletzung hingewiesen, wenn bereits bei Petitessen, z.B. Geldbußen im Ordnungswidrigkeitsverfahren, auf die Menschenwürde zurückgegriffen wird.¹⁰ Auch in grundlegenden Fragen überwiegt Zurückhaltung, es werden keine Extrempositionen vertreten. So wird z.B. die Entwicklung vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat dargestellt – es geht eben nicht mehr nur um die Abwehr von Freiheitseingriffen, sondern auch um die Herstellung der Bedingungen der Freiheit. Betont wird aber, daß mit allen neuen Entwicklungen das liberale Grundrechtsverständnis nicht abgetan ist¹¹ und die klassischen Auslegungsregeln nach wie vor von erheblicher Bedeutung sind.¹² Umgesetzt wird dies bei der Diskussion von Schutzpflichten des Staates, wo, durch die Rückbindung an die klassische Eingriffsabwehrfunktion der Grundrechte, versucht wird, dem Schutzpflichtkonzept Konturen zu geben. Staatlicher Schutz ist demnach nur dann notwendig, wenn an der Grundrechtsverletzung ansetzender Schutz zu spät und ineffektiv wäre.¹³

Schnörkellos und pragmatisch ist das Buch, weil es sich tatsächlich an das hält, was der oft in Vorwörtern beschworene, aber nicht ganz so oft verwirklichte Zweck eines Buches für Studenten ist: die Vermittlung des notwendigen Wissens, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Da Studenten darauf angewiesen sind, den »Mainstream« eines Faches zu beherrschen, dies aber bei der Fülle des Examensstoffes insgesamt für die Mehrheit auch gleichzeitig das Maximum des Erreichbaren oder zumindest Gewünschten ist, führt ein solches Ziel notwendig zu Beschränkungen. Das geschieht durch die, im Klappentext erwähnte, weitgehende Orientierung an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Diese Orientierung hat aber keine unkritische Wiedergabe der Entscheidungen zur Folge. Nicht nur sind die Verweise auf abweichende Meinungen zahlreich, viel wichtiger noch ist, daß das Gericht in der Darstellung nie wie ein Orakel wirkt, dessen unendlich weisem Ratschluß gefolgt werden müsse. Die »Mainstream-Orientierung« des Buches ist denn auch einer der wenigen Kritikpunkte, die geäußert werden, da dem »an diskursivem Lernen interessierten fortgeschrittenen Studenten« die Darstellung nicht immer genügen würde.¹⁴ Richtig ist, daß die Autoren eher zurückhaltend mit Wertungen sind und einzelne Probleme nicht ausführlich dargestellt werden. Es wird aber verkannt, welche Grenzen sich ergeben, wenn nicht nur der Anspruch besteht, ein Buch für Studenten zu schreiben, sondern dieser Anspruch auch eingelöst wird. Es ist vielmehr positiv hervorzuheben, wie gut und auf welchem hohem Niveau es den Autoren gelingt, den Stoff in diesem Rahmen zu vermitteln. Probleme und Widersprüchlichkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵ und bei der Entwicklung von inzwischen anerkannten Mechanismen durch das Gericht¹⁶ werden aufgezeigt. Dort, wo es nötig ist, werden die Studenten auch nicht durch die Probleme verwischende Vereinfachungen geschont, wie der anspruchsvolle Teil über die allgemeinen Grundrechtslehren zeigt. Prag-

⁷ Am deutlichsten entgegen der herrschenden Meinung bezgl. der Freiheit der Person, Rn. 414.

⁸ Rn. 360.

⁹ Rn. 361.

¹⁰ Rn. 363.

¹¹ Rn. 85–87.

¹² Rn. 8.

¹³ Rn. 92.

¹⁴ Scherzberg, Jura 1993, 224.

¹⁵ Beispiele sind: Kritik an der Objektformel zur Bestimmung eines Menschenwürdeverstosses, Rn. 360 f.; Widersprüchlichkeit bezüglich der Begründung der 5%-Klausel für Bundestags- und Europawahl, Rn. 464; Entwicklung zur Superrevisionsinstanz durch Nutzung des Gleichheitsgebots als Gerechtigkeitskontrolle gegenüber den Fachgerichten, Rn. 499.

¹⁶ So etwa die kritische Darstellung der Entwicklung der sogenannten neuen Formel zu Art. 3 I GG, Rn. 444.

matik ohne Verzicht auf die Problematisierung von Fragen, die den Autoren kritikwürdig erscheinen, wird deutlich, wenn es um die Kollision von Grundrechten und die Einschränkung der Grundrechte durch kollidierendes Verfassungsrecht geht. Hierzu wird im allgemeinen Teil zwar eine von herrschender Lehre und Rechtsprechung abweichende Ansicht vertreten, im Anschluß aber ausdrücklich darauf verzichtet, dies auch für jedes Grundrecht im einzelnen zu diskutieren. Stattdessen orientiert sich die Darstellung dort an den gängigen Ansichten.¹⁷ Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch, daß sich der Umfang des Buches kaum verändert hat, obwohl seit der 1. Auflage im Jahre 1985 allein die amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts um fast 30 Bände gewachsen ist und die Literatur ebenfalls in erheblichem Umfang zugenommen hat.¹⁸

Der geneigte Leser mag sich langsam und der weniger geneigte schon länger fragen, wann nun endlich die Kritik kommt, nicht nur weil diese Zeitschrift das Wort im Titel führt, sondern auch weil ein reines Loblied nur begrenzt zu fesseln vermag.¹⁹ Unabhängig von dem Wunsch des Autors, solche (vermeintlichen?) Lesebedürfnisse zu berücksichtigen, ist in einigen Punkten Kritik tatsächlich angebracht. Also: Die grundsätzlich lobenswerte Zurückhaltung wird von den Autoren ein wenig übertrieben, wenn die Kollision der verschiedenen Rechte bei einem im Klassenzimmer hängenden Kruzifix folgendermaßen »gelöst« wird: »Diese Kollision läßt keinen Beteiligten ungeschoren, sie verlangt und rechtfertigt bei allen Beteiligten Beschränkungen. Das Ergebnis muß iS praktischer Konkordanz die verschiedenen betroffenen Grundrechtspositionen miteinander ausgleichen.«²⁰ Das ist schwer zu bestreiten, läßt aber die eigentlich zu beantwortende Frage – bleibt das Kruzifix hängen, obwohl sich Schüler dagegen wehren? – unbeantwortet. Diese Zurückhaltung bei hochgradig umstrittenen Themen ist kein Einzelfall. Vielfach werden diese Konflikte zwar gelungen darge-

stellt, aber die Beantwortung der entscheidenden Fragen unterbleibt. So zum Beispiel bei der Frage, ob der nasciturus Grundrechtsträger sein kann²¹ oder bezüglich der Zulässigkeit von Frauen bevorzugenden Quotenregelungen.²² An anderen Stellen wird die Kritik etwas deutlicher gemacht, beispielsweise im Hinblick auf das erste Abtreibungsurteil,²³ bleibt aber dennoch sehr verhalten. Das bedeutet nicht, daß die Autoren generell keine Stellung beziehen; im Gegenteil, sie tun es in vielen Fällen. Ein Fußballreporter würde aber sagen, »sie scheuen sich hin und wieder, dahin zu gehen, wo es weh tut«.

Ein zweiter und gewichtigerer Kritikpunkt richtet sich gegen das Ergebnis des Versuchs, das Kriterium der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne oder Angemessenheit konkreter zu fassen. Als Teil der Verhältnismäßigkeit ist dies einer der Schlüsselbegriffe des Öffentlichen Rechts. Herrschender Lehre und Bundesverfassungsgericht wird zunächst zu Recht entgegengehalten, daß sie bei diesem Kriterium ein eigenständiges Gewicht und Abwägen der jeweils betroffenen Güter und Interessen verlangen, was rationaler und verbindlicher Maßstäbe entbehrt.²⁴ Zur Vermeidung derartiger Probleme wird sodann vor allem auf das Kriterium der Notwendigkeit als wesentlicher Teil der Angemessenheit verwiesen. Danach muß »von mehreren, gleichermaßen geeigneten Eingriffen der geringste, der schonendste gewählt« werden.²⁵ Schwierigkeiten ergeben sich, weil bereits in der vorgelagerten Prüfung der Erforderlichkeit gefragt wird, ob der Zweck »nicht durch ein gleich wirksames, aber weniger belastendes Mittel erreichbar« sei.²⁶ Offen lassen die Autoren dabei, worin der Unterschied zwischen den beiden Anforderungen besteht. Dies ist insbesondere deshalb problematisch, weil in der Erforderlichkeit richtigerweise Wert auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gelegt wird, um gesetzgeberischen Spielraum zu erhalten.²⁷ Diese Beschränkung richterlicher Überprüfungsmacht wird allerdings bei der Notwendigkeitsprüfung im Rahmen der Angemessenheit nicht mehr erwähnt. Wenn die Einschränkung auch für die Notwendigkeit gilt, dann ist fraglich, wo der Unterschied zwischen

¹⁷ Rn. 336.

¹⁸ Beispielsweise sind die inzwischen 9 Bände des Handbuchs des Staatsrechts seit dem Erscheinen der ersten Auflage herausgekommen, ebenso wie 3 neue Grundgesetzkommentare.

¹⁹ Nicht ohne Grund ist etwa die Buchausgabe der gesamten Verrisse eines Großkruikers wie Marcel Reich-Ranicki wesentlich dicker als die der gesammelten positiven Besprechungen.

²⁰ Rn. 345.

²¹ Rn. 122.

²² Rn. 452.

²³ Rn. 409.

²⁴ Rn. 293.

²⁵ Rn. 296.

²⁶ Rn. 285.

²⁷ Rn. 287.

beiden Prüfungen liegen soll. Sollte die Einschränkung für die Notwendigkeit nicht gelten, verliert sie im Ergebnis ihren Effekt, da der in der Erforderlichkeit gewährte Spielraum in der Notwendigkeit als Teil der Angemessenheit wieder rückgängig gemacht wird. Diese Unklarheiten sind vor allem deswegen bedauerlich, weil die Kritik an herrschender Lehre und Rechtsprechung hinsichtlich ihres Umgangs mit der Abwägung in der Verhältnismäßigkeit berechtigt ist.

Zusammenfassend bleibt jedoch trotz aller Kritik festzuhalten, daß es am Konzept und vor allem seiner Durchführung insgesamt viel zu loben gibt. Was das Buch letztendlich von vielen anderen abhebt, ist, daß die Autoren »Mainstream at its best« bieten, das heißt Mainstream auf inhaltlich hohem Niveau, ohne den Nimbus der unbedingten Richtigkeit. Und es ist ein uneitles Buch, in dem die Versprechen des Klappentextes – Buch für Studenten – eingelöst werden anstatt Steckenpferde zu reiten oder Lieblingsthemen auszuwalzen. Der Pieroth/Schlink ist völlig zu Recht das führende Lehrbuch zu den Grundrechten. Aber, bei allem Lob, zum Vorlesen ist er nicht geeignet.

Alexander Hanebeck

Karl-Jürgen Bieback, *Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts: Ihre Grundlagen im Recht der EU und ihre Auswirkungen auf das Sozialrecht der Mitgliedstaaten*, Baden-Baden 1997, Nomos Verlag, 251 S., DM 76.

Bekanntlich fand der Rechtsbegriff der mittelbaren Diskriminierung Eingang in das deutsche Recht über das Europarecht. Obwohl der Rechtsbegriff, dessen Systematik vor allem vom Europäischen Gerichtshof entwickelt wurde, nicht nur im Rahmen des Verbots der Geschlechtsdiskriminierung Rechtswirkungen entfaltet, ist dies zum Hauptanwendungsbereich des Verbots der mittelbaren Diskriminierung geworden. In der BRD ist die rechtliche Diskussion über dieses Rechtsinstitut¹ weniger entwickelt als etwa in den USA oder im Vereinigten Königreich, aus deren Rechtsordnungen das Konzept stammt.

¹ Grundlegend dazu Fuchsloch, Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung, 1995, und Wisskirchen, Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, 1994.

Die Umsetzung in der BRD hat ihren Ausgangspunkt im Arbeitsrecht gehabt und im Sozialrecht noch keine vollständige Wirkung entfaltet; der größte »Rückstand« ist in der verfassungsrechtlichen Diskussion zu verzeichnen: so ist die dogmatische Konstruktion eines verfassungsrechtlichen Verbots der mittelbaren Diskriminierung bisher nur von wenigen Autor/innen diskutiert worden.²

Das Buch von Bieback ist ein wichtiger Beitrag zur Vertiefung und Systematisierung der Diskussion dieses Rechtsbegriffs und seiner Umsetzung im Sozialrecht der Mitgliedstaaten der EU. Bieback untersucht die Fragestellung, inwieweit das Sozialrecht der Mitgliedstaaten gegen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts verstößt, in mehreren Schritten. Zunächst wird die Entwicklung des Rechtsbegriffs im Gemeinschaftsrecht und in der Rechtsprechung des EuGH nachgezeichnet (Kapitel 2); dabei setzt er sich auch mit der noch strittigen verfassungsrechtlichen Dogmatik und der Einordnung des Konzepts in die Struktur der Gleichheitssätze auseinander (S. 34–51). Hier wird auch die Diskussion über die vom EuGH bisher nur vage benannten Kriterien zur Bestimmung der »ungleichen Betroffenheit« eines Geschlechts fortgeführt, die in der Literatur bereits zu Kontroversen geführt hatte. Bieback plädiert für einen »nicht diskriminierenden Bezugspunkt«, um der Gefahr zu entgehen, dominante Strukturen als Vergleichsmaßstab zu wählen,³ und erläutert mögliche Verfahren näher in den Abschnitten über die Methoden der Bildung von Vergleichsgruppen und Bezugsgrößen (S. 83 ff.). Anschließend untersucht er in den Kapiteln 3 bis 6 die Umsetzung des Verbots mittelbarer Diskriminierung der Richtlinie (EWG) 79/7 im Sozialrecht der Mitgliedstaaten der EU (ohne Schweden, Finnland und Österreich; Stand überwiegend 1996, z. T. bis 1997 nachgetragen)⁴. Dieser Teil des Buches ist außer-

² Fuchsloch (Fn. 1); Ebsen, RdA 1993, 11.

³ »Man darf die Betroffenheit und den Grad der Betroffenheit nicht anhand von Durchschnittswerten oder Lebensverhältnissen feststellen, die deutlich von einem Geschlecht dominiert werden und die die besondere Lebenssituation des anderen Geschlechts als »atypisch« ausgrenzen. Deshalb darf eine Arbeit und ihre Benachteiligung nicht als »geringfügig« gelten, nur weil sie gemessen am Durchschnitt aller Vollzeitbeschäftigten geringfügig ist, während sie gemessen an weiblichen Arbeitsmustern (...) erheblich ist« (Bieback, S. 40).

⁴ Eine englischsprachige Untersuchung der EG-Richtlinie 79/7 über Gleichbehandlung in den Systemen der sozialen Sicherung und ihre Umsetzung in vier Mitgliedsländern (Niederlande, Irland, Belgien und Vereinigtes Königreich) hat Sohrab 1996 vorgelegt (Sexing the Benefit. Women,

ordentlich materialreich und mit großer Sachkenntnis der nationalen Sozialrechtsordnungen geschrieben (unter Verwendung von Berichten nationaler Sozialrechtsexpert/innen), so daß sich die Lektüre auch gut als problemorientierte Einführung in einen Sozialrechtsvergleich eignet, bei dem Maßnahmen der Mitgliedsländer am Gemeinschaftsrecht gemessen werden. Die detaillierte Diskussion zeigt, daß die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts die Sozialleistungssysteme in vielfältiger Weise geprägt hat: untersucht werden »diskriminierungsverdächtige« Regelungen für prekäre und atypische Arbeitsverhältnisse im Sozialrecht, quantitative Zugangsschranken zu Sozialversicherungsleistungen (»Schwellenwerte« der Sozialversicherungspflicht wie Mindestwochenstunden oder Verdienstgrenzen), qualitative Zugangsschranken (Ausschluß von bestimmten Arbeitnehmer/innengruppen), Beschäftigungszeiten als Leistungsvoraussetzungen und Modi der Leistungsberechnung. Im 5. Kapitel sind mittelbare Diskriminierungen bei familienbezogenen Leistungen und Leistungsvoraussetzungen Gegenstand der Untersuchung. Zwar nimmt die Richtlinie (EWG) 79/7 ausdrücklich alle eigenständigen Familienleistungen (etwa das Kindergeld) vom Anwendungsbereich aus, aber die in Art. 7 der Richtlinie erwähnten familienbezogenen Leistungen der Sozialversicherungssysteme (Zuschläge zu den kurzfristigen Leistungen der gesetzlichen Hauptsysteme für Arbeitnehmer/innen) fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich mit Ausnahme von Hinterbliebenenleistungen und bestimmter, besonders erwähnter Familienzuschläge. Die Einbeziehung gewisser, nicht in den Anwendungsbereich fallenden Familienleistungen in die Untersuchung (Sozialhilfe, Familienleistungen, Hinterbliebenenleistungen) rechtfertigt Bieback mit dem Argument, daß das Konzept der mittelbaren Diskriminierung zunehmend auch in die nationalen Rechtssysteme der Mitgliedstaaten integriert werde und dann ohne Einschränkung gelte. In der Analyse wird das (oft vernachlässigte) Problem der Ambivalenz familienbezogener Zuschläge und abgeleiteten Leistungen für Familienangehörige deutlich, die zwar den Unterhaltsberechtigten (Kindern und meist [Ehe-]Frauen) mit zugute kommen, aber in ihrer rechtlichen Konstruktion und sozialpo-

litischen Begründung Männer als »Haupternährer«, »Einverdiener« oder »Haushaltsvorstand« bevorzugen.

Der Europäische Gerichtshof hatte bereits in einigen Fällen darüber zu urteilen, ob Zuschläge als mittelbare Diskriminierung gegen die Richtlinie 79/7 verstoßen⁵ und entschied im Ergebnis, daß in diesen Fällen die Zuschläge zwar Männer stärker begünstigten, aber sachlich gerechtfertigt seien, da sie dem Ziel der Existenzsicherung dienten. Bei der Ausgestaltung wurde den Mitgliedsländern ein weiter Ermessensspielraum gewährt (etwa in den Rechtssachen *Nolte* sowie *Megner* und *Scheffel*). An einer zu generellen Rechtfertigung von Zuschlägen für Unterhaltsberechtigte setzt Biebacks Kritik der EuGH-Rechtsprechung als zu undifferenziert an (S. 208 ff). Er betont die Notwendigkeit der genaueren Überprüfung der Kriterien im Hinblick auf den Leistungszweck der Mindestsicherung und der strikteren Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Nach einer präzisen und gründlichen Diskussion der Kriterien zur sachlichen Rechtfertigung hält er im Ergebnis die Zuschläge in zahlreichen Ländern für nicht legitimierbar und mittelbar diskriminierend im Sinne der RL 79/7. Die Analyse umfaßt auch einige verdeckte Formen von Zuschlägen im Sozialrecht der BRD und die Diskrepanzen in der Leistungshöhe (S. 210), die durch Bezug auf Nettolohnentgelt und Steuerklassen indirekt an der Familiensituation anknüpfen. Hier werden wichtige Rechtsprobleme angesprochen, die in der Diskussion über mögliche mittelbare Diskriminierungen im Sozialrecht der Mitgliedstaaten durch die Einkommensanrechnung von Partner/innen auf die Leistungshöhe von Sozialleistungen noch vertieft werden, denn erneut stellt sich das Problem möglicher rollenfestschreibender Wirkungen von Sozialleistungen, die auf die Familiensituation Bezug nehmen. Rechtspolitisch hält Bieback direkte und indirekte Familienzuschläge im Rahmen von Sozialversicherungsleistungen für problematisch (anders als bedarfsbezogene Zuschläge in Sozialhilfesystemen, in denen es jedoch auch sinnvoll erscheint, den Bedürftigen selbst individuelle Ansprüche einzuräumen). In den letzten beiden Kapiteln werden Diskriminierungen im Verwaltungsvollzug behandelt (Kap. 6) und

Social Security and Financial Independence in EC Sex Equality Law, Aldershot: Dartmouth 1996)

⁵ Rs 30/85 (Teuling) Slg. 1987, 2497, Rs C-226/91 (Molenbroek) Slg. 1992, I-5943; Rs 229/89 (Kommission/Belgien) Slg. 1991, I-2205

mögliche Ansätze einer Effektivierung des Verbots der Diskriminierung wegen des Geschlechts im Sozialrecht (Kap. 7) diskutiert. Die Bedeutung von Biebacks Arbeit zur Dekkung eines Nachholbedarfs in der juristischen Diskussion der Geschlechtsdiskriminierung und seine Qualitäten als rechtssystematische und rechtspolitische Darstellung wurden bereits von anderen Rezensenten betont (Igl, VSSR S. 78 f.; Eichenhofer, SGH 1998, S. 192). Hier sei noch hingewiesen auf Erklärungen und Hypothesen Biebacks, die für das Europarecht insgesamt von Interesse sind. Warum hat der EuGH in der bisherigen Rechtsprechung verhältnismäßig geringe Anforderungen an die Feststellung der überwiegenden Benachteiligung eines Geschlechts und die objektive Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierungen im Sozialrecht gestellt? Bieback erklärt die von ihm nachgezeichneten Mängel auch mit der eingeschränkten Kompetenz der EG im Bereich des Sozialrechts sowie mit der eingeschränkten Prüfungskompetenz des EuGH im Verhältnis zu den Mitgliedsstaaten (»Gemengelage von sachlichen Problemen des Konzepts und den Restriktionen des Gemeinschaftsrechts«, S. 102). Bieback vermutet, daß ein nationales Gericht bei der Abwägung dem eigenen Sozialrecht

einen weniger großen Spielraum beimessen dürfte, wenn es das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts als Grundsatz des nationalen (Verfassungs-) Rechts anwenden würde (S. 17). Er nimmt an, daß eine durchschlagendere Wirkungskraft des Diskriminierungsverbots gegenüber gewachsenen Strukturen der sozialen Sicherheit »ohne die Fesseln der begrenzten Kompetenzen der EU« nur dann zu erreichen sei, wenn das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts fester Bestandteil des nationalen Verfassungsrechts geworden ist »und von ihm aus das nationale Sozialrechtssystem jeweils im Kontext der Verfassungstradition und der Sozialpolitik überprüft wird« (S. 164). Es mag zwar bezweifelt werden, ob die genannte Hypothese für die anderen Länder Geltung beanspruchen kann, in denen – anders als in der BRD – eine Überprüfung einfachen Rechts an der Verfassung nicht oder nur eingeschränkt möglich ist. Für die BRD folgt daraus die bereits eingangs erwähnte Notwendigkeit, das Rechtskonzept der mittelbaren Diskriminierung auch verfassungsrechtlich stärker zu verankern, wozu die Arbeit Biebacks wichtige Anregungen bietet.

Kirsten Scheiwe

Ulrich Meyerholt

Umweltverträglichkeitsprüfung und nationales Zulassungsrecht

Die Umweltverträglichkeitsprüfung soll frühzeitig Umweltbelastungen bei bestimmten Vorhaben aufzeigen, ist aber seit ihrer Einführung in der Bundesrepublik umstritten. Nicht zuletzt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sorgt für laufenden Nachbesserungsbedarf und setzt so Maßstäbe auch für das Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Recht.

Der Verfasser zeigt umfassend die dabei auftretenden Integrationsprobleme auf. Hierzu befaßt er sich zunächst mit der Genese der Zielsetzung des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung, um danach seine Regelungen zur Integration in Fachgesetze zu analysieren. Ansätze für eine Verbesserung der Umweltverträglichkeitsprüfung runden das Werk ab.

1999, 208 S., brosch., 64,- DM, 467,- öS, 58,- sFr; ISBN 3-7890-6031-3 (Oldenburger Forum der Rechtswissenschaften, Bd. 1)



NOMOS Verlagsgesellschaft
76520 Baden-Baden