

Buchbesprechungen

Horst Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat: Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive, Tübingen (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)), 1991, 353 S., DM 168,-

Rezept: man' nehme einen Gegenstand aus der Mitte des Faches, handle ihn mit Scharfsinn, jedenfalls systematisch und fußnotenreich ab, befeißige sich eines ernststen Tones, zügeln vornehm die Kritik an Kollegen und wahre das Gebot politischer Mäßigung. Sodann wende man sich an einen von der Zunft als solide anerkannten Verleger, der das Werk seriös, bis zur Kenntlichkeit grau aufmache und auf hohem Niveau anpreise. Und fertig ist das juristische Standardwerk.

Dem Bild und den Kriterien eines solchen, dieser Eindruck ist übermächtig, entspricht der hier vorliegende erste Teil von Dreiers Habilitationsschrift. Mit seiner umfang- und gedankenreichen Studie zur Entwicklung, zum normativen und empirischen Stellenwert des hierarchischen Bauprinzips der Exekutive breitet der Autor ein Grundproblem der Verwaltungsorganisation aus, das sich allen stellt, die sich mit Verfassungs- und Verwaltungsrecht, mit Verwaltungslehre und -organisation befassen. Ohne Risiko läßt sich prognostizieren, daß die Fachdiskussion künftig nur um den Preis eines erheblichen Niveauverlustes an dieser Studie vorbeigehen könnte.

Der Argumentationsgang – ebenso transparent wie schlüssig – hält sich an die Etikette: Am Anfang steht die Einheit des Staates. Die Genese dieser Staatskonstruktion im Absolutismus konfrontiert Dreier mit dem Interessenpluralismus in einer repräsentativen Demokratie. Fern von verfallsgeschichtlichen

Neigungen konzentriert er sich auf die Frage, »ob man an der Vorstellung von Verwaltung als einem hierarchisch organisierten, aufsichtlich kontrollierten und durch generelle wie individuelle Weisungen dirigierten Apparat ... weiterhin ungebrochen festhalten kann« (S. 35). Im weiteren Verlauf seiner Studie entwickelt er die These, daß ein postabsolutistisches Hierarchieprinzip – nicht zuletzt um der Demokratie willen – unabdingbar sei. Dazu rekonstruiert er in einem informativen, historisierenden Rückblick die Karriere der ebenso hartnäckigen wie nicht mehr zeitgemäßen Vorstellung vom instrumentellen Charakter der Verwaltung (als Apparat oder Maschine), wobei er sich besonders von der Geschichte des Beamtentums und Beamtenrechts informieren läßt. Dem »Modell legislativischer Programmsteuerung« und der darin implizierten weitgehenden Instrumentalisierung der Administration gibt Dreier eine vorsichtig demokratische Rechtfertigung: Hierarchie, freilich nicht zu verstehen als einheitliches Organisationsprinzip der gesamten Exekutive, erscheint nunmehr als funktionales Komplement demokratischer Staatlichkeit. Unter Hinweis hierauf wie auch auf das Grundgesetz verabschiedet er die Montesquieu-Orthodoxie von Gewaltenteilung nebst jüngeren Vorstellungen einer (Allein-)Herrschaft des Gesetzes. Die »Allianz von Gesetzgeber und Verwaltung« (S. 211) in einem arbeitsteiligen Handlungsverbund begründe notwendiger- und richtigerweise eine »Mitherrschaft der Verwaltung«. Einer Verwaltung freilich, die sich seit geraumer Zeit weit von der Funktionsweise einer von außen gesteuerten Maschine entfernt hat. Das Kontrastbild arbeitsteiliger Rechtsverwirklichung zwischen Legislative und Exekutive wird im Schlußkapitel noch komplexer durch die Analyse der hochgradigen organisatorischen Ausdifferenzierung der Verwaltung. In einer

¹ Oder frau.

nachgerade systemtheoretischen Wende beschreibt Dreier die Ausweitung und Flexibilisierung des staatlichen Handlungsrepertoires durch föderatives System und verselbständigte Verwaltungseinheiten, durch Dekonzentration und Dezentralisierung, durch die Beleihung von Privatrechtssubjekten und Verwaltung in Privatrechtsform. Die naheliegende, auch von anderen Autoren gestellte Frage, wie sich solche Pluralisierung mit der Einheit des Staates und demokratischer Kontrolle verträgt, beantwortet Dreier mit der Notwendigkeit einer Steuerung durch das Gesetz und der Unterwerfung unter eine staatliche Rechtsaufsicht.

Nicht ganz untypisch für Darstellungen des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsorganisation wechselt auch Dreier am Ende also die Spur, um den *empirisch* diagnostizierten und funktionalistisch begründeten Pluralismus *normativ* einzufangen. Nur die »Balance zwischen Einheit und Pluralität« soll dem »Anforderungsprofil wie den Legitimationsanforderungen öffentlicher Verwaltung im modernen Wohlfahrtsstaat« gerecht werden (S. 290). Dabei ist Dreier wohl bewußt, daß eine solche Balance zwischen zentralstaatlichen Vorgaben und sich selbst steuernden ausgelagerten Verwaltungseinheiten prekär geworden ist. Seine Untersuchung und Beschreibung läßt den Eindruck entstehen, daß eher das Trabantensystem als die Hierarchie das Erscheinungsbild des modernen Verwaltungsstaates prägt. Irritiert fragt man sich am Ende, warum Dreier der Luhmann'schen Systemtheorie – zumal in Teubners Variante des reflexiven Rechts – eingangs so flink die rote Karte gezeigt hat, obwohl uns diese ohne Mühe und theoretisch plausibler den Weg »von der Hierarchie zum Netzwerk« (S. 211) weist?² Oder warum er nicht die soziologisch informierte Sozialstaatskritik oder die Korporatismus-Diskussion aufgenommen hat, statt dessen aber ein wohl vollständiges Panorama der Werke seiner Fachkollegen präsentiert, auch dann, wenn seine eigene Darstellung geschliffener und durchdachter ist als die der Zitierten?

Ein wenig boshaft wäre die Vermutung, das läge am Exotikverbot, das theoretische Extra-

vaganzen, gar Avancen an Theoretiker jenseits des Aufmerksamkeitshorizonts der Profession untersagt, und an dem für juristische Arbeiten dieser Art charakteristischen Modus selektiver Kritik, die innerhalb der Fachgrenzen Milde walten läßt, aber nach außen um so schärfer zensiert.³ Inhaltlich weiterführender und dem Anliegen des Autors angemessener ist möglicherweise die These, daß er am Ende seiner bis ins Detail präzisen Studie den Preis für ein von Metaphysik nicht freies Staatsverständnis und für ein »technisches« Demokratieverständnis zahlen muß. »Entzauberung« des Staates läßt sich auch nicht-systemtheoretisch begreifen. Etwa wenn man sich vergegenwärtigt, daß mit der Säkularisierung der Legitimitätsgrundlagen politischer Herrschaft auch die »alten« Symbolisierungen von Einheit, wie die Verkörperung der Gesellschaft in der Person des absolutistischen Monarchen, erodieren. Auf Fiktionen trainierten Juristen fällt es traditionell schwer, sich ein Bild von einer weltimmanenten Politik (incl. Verwaltung) in einer dekontrollierten, radikal pluralistischen Gesellschaft zu machen. Zu ihrer *déformation professionnelle* gehört seit je die Vorstellung vom Staat als Makrosubjekt, als einer übergesellschaftlichen Instanz und Person, die das Allgemeine verkörpert, verwaltet und exekutiert. Vor-konstitutionelle Staats- und Verwaltungslehren leiteten daraus mit gutem Gewissen das Bild einer Gesellschaft als Objekt staatlicher Regulierung, Kontrolle und Fürsorge ab. Der Konstitutionalismus hat der deutschen Staats- und Verwaltungs(rechts)lehre dieses gute Gewissen ausgetrieben, ihr freilich theoretische Zugeständnisse abgenötigt, die seitdem vornehmlich im »ehernen Dualismus« von Staat und Gesellschaft fortleben, den auch die vorliegende Studie bekräftigt (S. 299). Die Gegenvorstellung vom »Staat« als temporärer, veränderbarer institutioneller Organisation einer Gesellschaft zur (mehr oder weniger planmäßigen) Einwirkung auf sich selbst, die etwa von Bezeichnungen wie Fiskus, öffentliche Gewalt, öffentliche Hand oder Regierung und Verwaltung immerhin zugelassen wird, scheint bei Dreier zwar im-

2 Vgl. N. Luhmann, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat* (München 1981); ders., *Der Wohlfahrtsstaat zwischen Evolution und Rationalität*, in: *Soziologische Aufklärung 4* (Opladen 1987), 104 ff. und G. Teubner (Hrsg.), *The Dilemmas of Law in the Welfare State* (Berlin/New York 1985).

3 Indizien für selektive Kritik sind einerseits die überraschende Herausbagatellisierung von W. Mossles »Regierungsfunktionen des Parlaments« (1986) zu einer »bedeutenden Arbeit« (S. 13), die nachsichtige Diagnose der »Krise« der konservativen Weimarer Staatslehre (S. 103 f.) sowie andererseits die ebenso zutreffende wie schneidende Beurteilung der oberflächlichen Studie des Politologen C. Barsch.

mer wieder auf, hat aber letztlich gegen die »Staatsperson« (S. 215), den »im Vollbesitz der eigentlichen Entscheidung befindlichen Staat« (S. 156), den sich selbst vergesellschaftenden Staat (S. 303) keine Chance. Und die naheliegende Frage ist, ob es der Demokratie, die doch bei Dreier eine wichtige Rolle als Kontrolle der Verwaltung spielen soll, viel besser geht.

So hinterläßt diese Studie eine Enttäuschung: Wenn Dreiers gezügelter Parforceritt symptomatisch ist, scheinen die Konventionen der Staats- und Verwaltungslehre wie ein Alp auf der Zunft zu liegen und es ihr zu verwehren, Anschluß zu finden an die demokratie- und staats-theoretische Debatte und den Forschungsstand in den Nachbarwissenschaften. Es sollte zu denken geben, daß sich im politischen Mainstream die Einsicht breitmacht, der »Staat als besonderes Wesen sterbe ab.«⁴

Günter Frankenberg

Post-Modern Law – Enlightenment, Revolution and the Death of Man, edited by Anthony Carty, Edinburgh 1990 (Edinburgh University Press), 166 Seiten, 21 £ (pb. 12,90 £)

Bekanntlich beginnt die Katastrophe des Rechts mit dem *Aufschreiben*. Als die Leute sich außer Hörweite voneinander entfernten, mußten ihnen die Gesetze aufgeschrieben werden, wodurch das Recht ins Zwielficht und die Menschen in Ungleichheit zueinander gerieten. Denn wo Gesetze aufgeschrieben werden, »verstummt der allgemeine Wille« (Rousseau). Zweideutigkeit und Ungleichheit sitzen im zeitlichen Abstand von Aufschreiben und Ankommen eines Gesetzes. So ungefähr lautet die Geschichte des Rechts in der Kurzfassung nach dem Autorenteam Rousseau/Derrida (s. Jacques Derrida, *Grammatologie*).

Im vergleichsweise überschaubaren Sonderfall eines Vertrags zwischen zweien statt aller mit allen verzögert die Schrift, das schriftliche

Angebot, den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Zwischen Angebot und Annahme tut sich eine Zeit der Schwebung auf, in der ungewiß ist, ob der Brief mit dem Angebot tatsächlich ankommt. Verkörperte, d.h. verschriftlichte Willenserklärungen sind immer in Gefahr, verloren zu gehen oder aus einem anderen Grund nicht anzukommen. Für solche Fälle muß man regeln, wann ein schriftliches Angebot als »angekommen/angenommen« gilt. Nicht tatsächliches In-den-Händen-halten oder gar Verstehen des Angebots entscheidet darüber. Unabhängig von Kenntnis und Verstehen soll es für das Zustandekommen des Vertrages allein auf die ordnungsgemäße Zustellung ankommen. Die Post und nicht der Empfänger ist gefragt. Das Regelwerk der Post greift, bevor überhaupt eine hermeneutische Regel über die Auslegung der Erklärung zur Anwendung kommt. Extremster Fall: die *Zugangsfiktion* für bestimmte Fälle des Nichtankommens.

Postaufklärerische Rechtskritik, wie die des vorliegenden Bandes, hat entdeckt, daß Gesetze eigentlich Verträge unter Abwesenden und ihre universale Geltung Fiktion ist. Sie hält den Finger auf das Moment der Verzögerung zwischen Aufschreiben und (niemals) Ankommen.

Die Geschichte von der Entstehung der Gesetze muß unter diesem Blickwinkel noch einmal erzählt werden. Der »postalische« Blick legt frei, daß das Moment der Verzögerung schon in einer mündlichen Vereinbarung enthalten ist. Der Übergang von mündlichen zu schriftlichen Gesetzen ist dann nicht länger ein katastrophischer Schritt von gerechten zu immer ungerechteren, weil verschriftlichten Verhältnissen. Die Verzögerung sitzt bereits, wenn auch nur latent, als Struktur, in den mündlichen Verabredungen. Was Rousseau als Verfallsgeschichte der Gesetze mit dem Aufschreiben der Gesetze beginnen läßt, erzählt Derrida (Derrida wie deride) noch einmal unkatastrophisch-ironisch mit der Einsicht in die postalische, postponierende Kraft der Gesetze schlechthin.

Daß das Gesetz immer in Verzug ist, diese postalische Grundregel führt Peter Goodrich in seinem Aufsatz (*Contractions in the Year Two Thousand*) vor. Er zeigt, in welcher Weise das juristische System postalisch strukturiert ist. Gesetze, modellhaft der *contrat social*, werden wirksam qua Zugangsfiktion. Rechtssubjekte sind Postbenutzer. Die Post ist ein juridisches System, in das wir hinein-

⁴ Vgl. den Bericht über die Jahrestagung der Deutschen Vereinigung für Politische Wissenschaft am 8. 10. 1991 in FR v. 9.10.1991, wo von der »schmachtigen Figur« des Staates, von seiner geringer werdenden Handlungsfähigkeit, ja, vom Absterben (C. Bohret) sowie von der »Erosion von Staatlichkeit« (F. Scharpf) berichtet wird.

gezogen sind, bevor wir es wissen oder wissen müßten. Verträge, contracts, sind contractions, Einbeziehungen/Einschlüsse. In diesem Fazit treffen sich die Autoren des Bandes, die auf verschiedene Weise aufdecken wollen, »how we have been contracted (i.e. quite simply trapped)« (Carty, 10).

Goodrichs Untersuchung der postalischen Struktur des Rechts ist sowohl linguistisch als auch sozio-historisch fundiert. Für die Verhältnisbestimmung zwischen beiden Ebenen, zwischen der Post als realer Einrichtung und als rhetorischer Struktur, wäre es aufschlußreich gewesen, wenn Goodrich sich nicht nur auf Derridas »Postkarte«, sondern auch auf Paul de Mans Rousseau-Lektüre des *contrat social* (in »Allegories of Readings«) bezogen hätte, in der die postalische Struktur des Vertrages mit rhetorischen Figuren erklärt wird. Goodrich überspringt eine rein linguistische Analyse des Vertrages und setzt gleich bei den institutionellen Effekten sprachlicher Strukturen auf sozio-historischer Ebene ein. Dort organisieren Oppositionen vom Typ »Glauben – Aufklärung« den rousseauschen Gesellschaftsvertrag. Goodrich findet die verjagten religiösen Figuren in den aufgeklärten Entwürfen des Rechts wieder. Contractions sind contradictions. Was sich widerspricht, wird ausgeschlossen, doch erweisen sich die Ausschlüsse als heimliche Einschlüsse.

Der konstitutiven Seite dieser Ausschlüsse widmen sich die drei folgenden Aufsätze des Bandes. Das Vertragsmodell erschließt nicht nur die diskursive Praxis des Rechts, seine Fiktionen der universalen Bindung und seine Gründungsmythen, sondern erfindet auch seine »Vertragspartner«, also diejenigen, an die es sich adressiert.

Bei Rousseau richtet sich das Gesetz an die (abwesende) Gesellschaft. Was aber war zuerst da, das Recht oder die Gesellschaft? In Anthony Carty's Essay (»Post-Modernism in the Theory and the Sociology of Law, or Rousseau and Durkheim as read by Baudrillard«) liest sich die Antwort darauf wie ein höchst verwickeltes In-Sich-Geschäft der Gesellschaft mit sich selbst. War das Revolutionäre an Rousseau, daß im Akt des Selbstkontrahierens das Recht auf jede Rechtfertigung außerhalb von sich selbst verzichtet, so ist das Postmoderne an Durkheim, daß er darin die Spuren des unterdrückten Imaginären wittert, die das Reale angreifen, verzerren, unterminieren (ähnlich wie der unterdrückte Glaube in Goodrichs Analyse). In Baudril-

lards vollendetem Tausch- und Recyclingunternehmen der Zeichen entdeckt Carty schließlich die gelungene Symbolisierung/Textualisierung des Realen, die vor den Umtrieben des Imaginären schützt. Ob nun aber das Recht die reale Gesellschaft symbolisiert oder die Gesellschaft immer schon ein System von symbolischen Zeichen ist, ob das Imaginäre in diesen Zeichen haust oder die Zeichen selbst imaginär sind, ist unentscheidbar. Nur eines weiß der Autor ganz gewiß: »... reality is pure panic« (S. 87).

Anne Barron hat in ihrem, dem überzeugendsten der in diesem Sammelband vereinigten Beiträge (»Colonialisation of the Self in the Modern State«), die konstitutive Seite des Vertragsmodells beschrieben, und zwar nicht wie Carty im textuellen, sondern im soziologischen Sinn.

Der Vertragspartner, den der liberale Rechtsstaat als sein Gegenüber entwirft, ist das Rechtssubjekt. Mit Aufkommen des Wohlfahrtsstaates entwickeln sich daraus bestimmte, mit Sonderrechten ausgestattete Interessengruppen. Zunächst sieht es so aus, als ob die Idee des Wohlfahrtsstaates mit der liberalen Rechtstheorie unvereinbar ist. Statt einer formalen und universalen Rechtsgeltung werden im Sozialstaat ausdrücklich partikuläre Interessen anerkannt. Das Recht ergreift Partei für eine Seite, die als die unterprivilegierte gilt; materiale Ziele der Rechtsverwirklichung werden bestimmt. Das Recht gewährt nicht abstrakten Rechtssubjekten gleiche Rechte, sondern stattet bestimmte Interessengruppen mit partiellen Rechten aus. (Bei der Beschreibung dieser Substantialisierungen des formalen Rechts kann Anne Barron sich auf Arbeiten von François Ewald stützen.) Sie wertet die scheinbaren Widersprüche zwischen formalem und materiellem Recht als notwendig aufeinander bezogene Operationen der Universalisierungsbestrebungen des Rechts, denn Universalisierung setzt Individualisierung voraus. Die Gleichheit vor dem Recht konvergiert mit der Angleichung an das Recht. Foucault hat gezeigt, wie die Zuerkennung gleicher Rechte vom Wissen der Verschiedenheit seiner Rechtsträger abhängig ist. Was formale Gleichbehandlung ist, erschließt sich erst über materiale Ungleichheit. Materiale Ungleichheit wiederum ist ein Wissenssystem in den Händen des Staates. Wer Rechte will, muß das Material dafür liefern, wäre die saloppe Formulierung der »Governmentality« (Foucault), der

Mentalität des Staates, die Zuteilung von Rechten an die soziale Durchleuchtung zu binden. »The materialisation of the formal law consists in the jurification of the facts and needs exposed and created by social knowledge...« (118). Das soziale Wissen ist ein Effekt der »alltäglichen Panoptismen« (Foucault), der unscheinbaren Überwachungen und Befragungen, die als solche dann Gegenstand rechtlicher Regelungen werden können.

Das Programm der »governmentalisation« (S. 109) verfolgt Barron in Anlehnung an Foucault in der Gegenwart. Die Soziologisierung des Rechts entspricht der gegenwärtig zu beobachtenden Tendenz der Kompetenzverlagerung vom Gesetzgeber auf die Verwaltungsebene. Zielbestimmungen des Rechts, seine Prinzipien und Institutionen werden partikularisiert und vervielfältigt. Folge ist ein administratives oder richterliches »ad-hoc balancing of interests« (S. 119). Wenn dann gesellschaftliche Gruppen »ihre« Interessen einklagen, bestätigen sie den staatlichen Mechanismus von Erfinden/Erfassen und Anerkennen dieser Interessen. Zunehmend mehr Bereiche werden über den Prozeß der rechtlichen Anerkennung von Interessen in die Praktiken sozialer Durchleuchtung einbezogen. Und es zeigt sich, wie Universalisierung an totalisierende Erfassung gekoppelt ist.

Auf rechtstheoretischer Ebene wird dieser Totalisierungsprozeß schlicht »die regulative Funktion des Rechts« genannt, wie etwa von dem liberalen Cheftheoretiker Rawls. Barron kann solche Legitimationsentwürfe plausibel rückübersetzen in Techniken des Staates, Interessen epistemologisch zu erfassen und rechtlich zu universalisieren.

Im Phänomen von Interessengruppen zum Beispiel, die sich auf der Grundlage von Alter, Ethnie oder Geschlecht formieren, sieht sie die Wirksamkeit Foucaultscher »Bio-Macht« bestätigt (s. S. 121), durch die solche »biologischen« Kriterien allererst Geltung für rechtliche Regelungen erhalten. Die »grauen Panther« wären dementsprechend Effekt staatlicher Bio-Macht und nicht, wie es auf den ersten Blick scheint, eine ursprüngliche und freie Assoziierung.

Mag der Eindruck entstehen, daß Wissens- und Zuteilungsmacht des Staates, soziales Wissen und rechtliche Regelung minutiös aufeinander abgestimmt sind und daß die Forderung nach Rechten sich immer reibungslos als Effekt dieser Governmentality

entziffern läßt, so erinnert Barron daran, daß »Governmentality« auch widerständige Gegenmächte (»resistance counter-power«, S. 122) hervorruft. Denn nicht immer werden die vorgesehenen Rechte eingeklagt und vielleicht nicht einmal im eigentlichen Sinn »Rechte«. Governmentality bewegt sich am Rande der Steuerung, in Gefahr vor unkalkulierbaren Prozessen, Gegenbewegungen. Diese widerständigen Momente begrenzen die Reichweite der Governmentality. Von der Autorin werden sie zwar genannt, aber nicht in gleicher Weise wie die den Prozeß der governmentalisation affirmierenden Momente im modernen Staat aufgesucht und analysiert.

Barron beschreibt die Binnenseite der konstitutiven Effekte des Staates, die sie »Kolonialisierung des Selbst« genannt hat, Peter Fitzpatrick (»The Desperate Vacuum«: Imperialism and Law in the Experience of Enlightenment) die Außenseite dieses Prozesses – die Kolonialisierung von »Wilden« im Zeitalter der Aufklärung. Fitzpatrick, (der hierzulande aufgrund seines 1987 mit Allan Hunt zusammen herausgegebenen Buches zu »Critical Legal Studies« vielleicht bekannteste der AutorInnen), bezieht Kolonialisierung und Aufklärung so aufeinander, wie Barron es für Individualisierung und Universalisierung unternommen hat. Beide scheinbar sich widersprechenden Sachverhalte sind auf einer tieferen Ebene notwendig aufeinander angewiesen. Wilde und Unzivilisierte stehen auf der europäischen Seite dem zivilisierten, modernen (Rechts-)Subjekt gegenüber. Diese Gegenüberstellung schafft erstmals einen Begriff sowohl des Wilden als auch des Rechtssubjekts. Es ist das Selbst europäischer Identität, über deren Bildung via Exklusion schon viel geschrieben worden ist. Was aber Fitzpatrick interessiert, ist nicht der Wilde gewissermaßen als »Nebenprodukt« identitätsstiftender Exklusionen, sondern die Erfindung der Wilden aus dem Erfordernis, den Universalitätentwurf stimmig zu halten. Die im Kolonialismus angelegte Delegitimierung, nämlich die evidente Verfehlung eines Universalitätsanspruchs, zieht die Erfindung des rechtsunbeugsamen Wilden nach sich, dessen Gestalt um so barbarischer und monströser ausfällt, je größer der Druck ist, seinen Ausschluß aus dem doch eigentlich für alle geltenden Rechtssystem zu rechtfertigen.

Alle, die sich nicht in die Idee der Aufklärung einfügen lassen oder die sich der Aufklä-

rungsmission widersetzen, wurden zu Wilden, Fremden, Nativen erklärt. Man legte einen Bereich fest, in dem das moderne, aufgeklärte Recht nicht gelten sollte. Diese Festlegung, die Kolonialisierung der Wilden, ist ein Akt des Imperialismus. Durch ihn bewahrte die Aufklärung ihre ›Unschuld‹ (S. 96). Indem die Wilden vom System der bürgerlichen Rechte des alten Europa vollständig ausgeschlossen waren, wurden sie zugleich dem Feld des Wissens, der Forschung übergeben. Ein ›unvergleichliches Experimentierfeld der Neuen Welt‹ (Levi-Strauss) tat sich auf. Was von den Ethnologen an Wissen produziert wurde, fügte sich in die ›imperialistische‹ Sicht vom unverbesserlichen Wilden. »The savage had to remain intractably savage – impervious in large measure to a reforming discipline« (S. 102), um dieses imperial-aufklärerische Gesamtprojekt stabil zu halten. Man förderte Gebräuche und Sitten zutage, die den Wilden schließlich anstelle von bürgerlichen Rechten gewissermaßen von Gesetzes Gnaden gewährt wurden. Der Akt der Gewährung – die Wilden *dürfen* plötzlich, was sie immer schon getan haben – ist ein Akt rechtlicher Anerkennung des Wilden, durch den sie als Fremde in das europäische Rechtssystem einbezogen wurden. Wie man etwas Fremdes verzollen muß, um es einführen zu dürfen, wurden die fremden Gebräuche ›deklariert‹, um sie als ›kontrolliertes Wildes‹ in das Rechtssystem einführen zu können. Dieser Sachverhalt ist noch im Plural von custom (Sitte) – customs (Zoll) aufbewahrt. Fitzpatricks Entdeckung von der Funktion der kolonialisierten Wilden scheint der Universalisierungsidee des Rechts eine große gestaltende Kraft der Wirklichkeit zuzugestehen. Bei Foucault dagegen entwickelt sich der Legitimationsdiskurs des Rechts erst im Verbund mit den Machttechniken, um diese zu verdecken und zu schützen. Inwieweit die Wilden Effekt des Legitimationsdiskurses der Aufklärung oder der imperialistischen Aufklärungsmission selbst sind, würde sich nach dem Status der Universalisierung – Rechtsidee oder staatliche Praktik – richten, der noch genauer zu bestimmen wäre. Die Gemeinsamkeiten der vier recht unterschiedlichen Beiträge erhellen sich schlagartig durch den Aufsatz von *Beyleveld* und *Brownsword* (B/B; ›The Implications of Natural-Law Theory‹). Nachdem ihre Vorgänger in diesem Band die ›Episode der Aufklärung‹ für beendet erklärt haben (Carty, S. 4),

fragen die beiden Autoren, was unter diesen Umständen von der Rechtsidee der Aufklärung noch zu retten sei, und zaubern die gut handhabbare Formel ›PGC‹ aus dem Hut neoliberaler Rechtstheorie. Principle of Generic Consistency (PGC) von Gewirth (S. 129) steht für Handlungsorientierung im Recht, die mit einer Mischung aus logischen Minimalverbindlichkeiten und pragmatischen Evidenzen à la Finnis, Williams oder MacIntyre gegen postalische Dilemmata und den Vorwurf verdeckt arbeitender Machtstrategien gleichermaßen sich zu wappnen sucht. Man braucht nicht zu entscheiden, was dran ist an PGC und dem Urteil von B/B gegenüber dem post-modern law, anti-cartesianisch zu sein (S. 146), es genügt ein Blick in Carty's Vorwort. Darin versammelt er die Essays unter dem etwas irreführenden Namen ›Ontologie des Rechts‹: »... before the question, ›what ought or must one do?‹, comes the obvious fact, that one does not have to *be there* to do anything«, womit er unbemerkt der normativen Seite des Rechts entwischt und in einen deskriptiven Diskurs über das Funktionieren des Rechts übergewechselt ist. In dieser Diskursform wird die Geschichte des Rechts seit der Aufklärung als Mythen (Goodrich), Texte (Carty) und Mächte (Baron und Fitzpatrick) produzierende Praxis noch mal erzählt und nicht etwa über die Aufklärung zu Gericht gesessen. Der Beitrag von B/B steht außerhalb dieser programmatischen Klammer. Mit PGC ist der normative Diskurs wieder eingeholt: Wenn wir auch nichts machen müssen, was können wir dann trotzdem als verbindlich festlegen? Insofern wird mit dem letzten Beitrag ein anderer Diskurs angeschnitten, der nicht zuletzt im Namen der Aufklärung dem post-modernen Recht den Prozeß macht.

Einig sind sich alle AutorInnen des Buches allerdings darin, daß das Versprechen der Aufklärung nach Universalisierbarkeit des Rechts nicht einlösbar ist. Wenn Universalisierungsbestrebungen jedoch ohne weitere Erläuterung allein mit dem formelhaften Verweis auf Auschwitz diskreditiert werden (Carty, S. 37), dann verrät der totalisierende Name Auschwitz, wie schlecht es noch um eine differenzierte, konkrete Geschichte auch der unscheinbaren und kleinen Formen der Macht, die im Namen des Rechts praktiziert werden, bestellt ist.

Cornelia Vismann

Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of American Law*, New York (The Free Press) 1990, 432 Seiten, \$ 22,50.

Rechtliches Interpretieren bewegt sich bekanntlich zwischen den Verständnisparadigmen des Textgehalts einer Norm und denjenigen Vorstellungen, die über diesen hinausweisende Implikationen antizipieren. In der US-amerikanischen Verfassungslehre widerspiegelt sich dieser Tatbestand in der Unterscheidung von »Interpretivism« und »Noninterpretivism«. Mit interpretivistischer Auslegung werden entsprechend des üblichen Sprachgebrauchs diejenigen Ansätze bezeichnet, welche die ausschließliche Bindung des Richters an die semantische Konstruktion der Verfassung oder an den Regelungswillen des historischen Verfassungsgebers (»originalism«) einfordern. Die Ansätze noninterpretivistischer Auslegung versuchen dagegen, etwa über naturrechtliche Ableitungen, Maßgaben von Vernunft und Logik sowie über den Rekurs sowohl auf traditionelle Werte und gesellschaftlichen Konsens als auch auf ethische, moralphilosophische oder gar religiöse Vorgaben, dem Gericht ein Instrumentarium an die Hand zu geben, mittels dessen der Wertgehalt der amerikanischen Verfassung zu erschließen sei. In funktionell-rechtlicher Hinsicht offenbart sich in dieser Unterscheidung die nach wie vor zentrale Frage nach dem Umfang und den Grenzen verfassungsgerichtlicher Kontrolle (*Judicial Review*) bzw. nach der politischen Stellung dieses Instituts im demokratisch verfaßten Gemeinwesen. Sie ist in den USA verknüpft mit den sich gegenüberstehenden judikativen Funktionspostulaten von »Judicial Activism« und »Judicial Restraint« (verfassungsgerichtliche Zurückhaltung).

Die hier anzuzeigende Arbeit von Robert H. Bork, einem führenden Vertreter verfassungsgerichtlicher Zurückhaltung, ist diesem Spannungsfeld jedoch in äußerst ungewöhnlicher, ja geradezu widersprüchlicher Weise gewidmet: Sie ist der überaus engagierte Versuch zu begründen, daß sich die Verfassungsgerichtsbarkeit der Beurteilung legislativer Wertsetzungen generell zu enthalten habe, mithin von politischen Werturteilen absehen solle, und dennoch verhehlt sie nicht ihre eigene politische Absicht, die zudem offen die biographische Geschichte des Autors reflektiert. Wenngleich in der Bundesrepublik heute

kaum noch ein Gesetzes- bzw. Verfassungspositivismus vertreten wird, so ist es insbesondere diese Kombination, die es lohnt, sich die Arbeit näher anzusehen.

Zum Entstehungszusammenhang sei daher folgendes vorausgeschickt: Robert Bork wurde 1987 von Präsident Reagan für das Richteramt am US-Supreme Court nominiert, jedoch vom amerikanischen Senat vehement zurückgewiesen. Die Nominierung des als äußerst konservativ geltenden ehemaligen Richters am *US-Court of Appeals* für den Gerichtsbezirk Washington, D.C., ließ die Wogen der politischen Auseinandersetzung um die zukünftig zu erwartende Rechtsprechung des obersten Gerichts, sowohl in akademischen Kreisen als auch im mehrheitlich mit Demokraten besetzten Senat, hochschlagen und war Anlaß für extensive Anhörungen des umstrittenen Kandidaten vor dem *Senate Judiciary Committee*. Obgleich Bork während dieser die Schärfe seiner restriktiven Ansichten über verfassungsrechtlich geschützte Positionen, wie etwa der Meinungsfreiheit, dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Recht auf Privatsphäre oder etwaigen sozialstaatlichen Verfassungsimplikationen bedeckt zu halten versuchte, waren es wohl nicht zuletzt seine widersprüchlichen Erklärungen gegenüber früheren, entweder öffentlich vertretenen oder in Gestalt von Urteilsbegründungen niedergeschriebenen Rechtsauffassungen, die das Pendel der Senatsmehrheit schließlich gegen ihn ausschlagen ließen (vgl. N. Totenberg, 101 *Harvard Law Review* 1213, 1220 ff. (1988)). Diese Niederlage veranlaßte ihn offenbar mit dem nunmehr erschienenen Buch seine Person als auch seine verfassungsrechtlichen Auffassungen ins rechte Licht zu rücken.

Schon aber der Titel der Arbeit, »*The Tempting of America. The Political Seduction of American Law*«, verrät die Polemik, mit der dies geschehen soll. So versucht der Verfasser die noninterpretivistische Hermeneutik schon zu Beginn seiner Ausführungen in die Nähe verfassungspolitischer Häresie zu rücken (S. 6 ff.) und als (politischen) Verfall der Rechtskultur zu diagnostizieren (S. 1, 136). Von diesem Vorwurf nimmt er auch die Rechtsprechung des Supreme Court nicht aus (S. 8, 19, 32, 101, 132, 342), und entsprechend scharf war der Protest gegen sein jüngstes Werk in der amerikanischen Fachöffentlichkeit (vgl. insbes. R. Dworkin, 57 *Univ. of Chicago Law Review* 657 ff. (1990); B. Ak-

kermann, 99 Yale Law Journal 1419 ff. (1990); Note, 103 Harvard Law Review 2074 ff. (1990)).

Borks Kritik an der Rechtsprechung des US-Supreme Court reicht zurück bis *Marbury v. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)), der Wurzel verfassungsgerichtlicher Kontrolle, deren einzig akzeptable Rechtfertigung er darin sieht, über Bedeutung und Inhalt der *geschriebenen* Verfassung zu wachen (S. 19 f., 22 ff.). Diese Aufgabe aber habe das Gericht vor allem im Rahmen des Schutzes subjektiver Rechte wiederholt überschritten. Besonders eindringlich wendet sich der Verfasser in diesem Zusammenhang gegen die Rechtsprechung zum in der Verfassung nicht ausdrücklich normierten Privatsphärenschutz (S. 95 ff.), den das Gericht aus den »Randzonen« (*penumbras*) der *Bill of Rights* erschloß (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484 (1965)). Ebenso vehement kritisiert er die Rechtsprechung zum Recht der Frau auf Abtreibung sowie zum Gleichheitsgrundsatz des 14. Zusatzartikels (*Amendment*) der US-Verfassung. Während er etwa das Verdikt des Gerichts zur Verfassungswidrigkeit des strafbewehrten Verbots von Schwangerschaftsabbrüchen in der Entscheidung *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973)) für »the greatest example and symbol of the judicial usurpation of democratic prerogatives in this century« (S. 116) hält, will er den Gleichheitsgrundsatz nur vor dem Hintergrund rassenspezifischer Diskriminierung gelten lassen. Obgleich das 14. Amendment mit der Formulierung »No State shall... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws« auf ein generelles Verbot rechtlicher Ungleichbehandlung hinweist, vertritt Bork die Auffassung, es finde weder generell auf geschlechtsspezifische Diskriminierung (S. 329) noch etwa auf die Diskriminierung von Homosexuellen Anwendung (S. 117 ff., 250). Nachdem Bork die Entwicklung und Ausgestaltung grundrechtswertiger Positionen durch den US-Supreme Court per se verurteilt, was bis zu dem Vorwurf reicht, das Gericht begehe in Mißachtung des Willens der demokratischen Mehrheit zuweilen einen »limited coup d'état« (S. 265), wendet er sich im zweiten Teil seiner Ausführungen gegen beinahe das gesamte Spektrum der US-amerikanischen Verfassungslehre. Nicht nur am gesellschaftlichen Gemeinwohl orientierte Verfassungstheoretiker, wie etwa *Lawrence Tribe*, *Frank Michelman*, *Thomas Grey*, *Bruce Ak-*

kerman, *John H. Ely* und *Ronald Dworkin* finden seinen Unmut (S. 187–221), sondern auch so neo-liberale Vertreter des ohne Sozialbindung beschränkten Gebrauchs privaten Eigentums, wie etwa *Richard Epstein* und *Bernard Siegan* (S. 36–49, 224–230). All diesen sei gemeinsam, daß sie die amerikanische Verfassung zur Durchsetzung ihrer politischen Vorstellungen instrumentalisierten (S. 207). Doch damit nicht genug. Von vermeintlich generalem akademischem Wertetotalitarismus ist die Rede, wenn Bork konstatiert: »The point of the academic exercise is to be free of democracy in order to impose the values of an elite upon the rest of us« (S. 145).

Ebenso aber, wie er sich nur an der Oberfläche mit den verschiedenen Verfassungsrechtslehren auseinandersetzt, indem er diese auf das ihnen gemeinsame Streben nach scheinbar extrakonstitutioneller Wertableitung reduziert, so wenig tiefgründig und bar jedweder theoretischen Erwägung ist sein Demokratieverständnis, welches der von ihm vertretenen Auffassung zugrunde liegt. Es bezieht sich lediglich auf die legitimierende Kraft der politischen Mehrheitsentscheidung, die nur dort ihre Grenze finde, wo sie in Gestalt des expliziten Verfassungstexts der historischen Mehrheitsentscheidung zu weichen hat. Daher habe Verfassungsinterpretation gebunden zu sein an den Text, die Struktur und die Geschichte des Dokuments (S. 150, 162), und dies nicht etwa aus der heutigen Sicht, sondern vielmehr ausschließlich auf der Grundlage des ursprünglichen Verfassungsverständnisses (*»original understanding«*) (S. 143 ff.).

Daß dagegen der Wille des historischen Verfassungsgebers häufig weder ein einheitlicher war, noch angesichts der über zweihundertjährigen Geschichte der US-Verfassung oft nicht mehr eindeutig auszumachen ist, läßt Bork als ein methodisches Problem nicht gelten (S. 161 ff.). Allerdings offenbart sein Verfahrensvorschlag in einem solchen Fall die Zirkelschlüssigkeit seiner Argumentation, wenn er ausführt: »all that a judge committed to original understanding requires is that the text, structure, and history of the Constitution provide him not with a conclusion but with a major premise« (S. 162). Derartige Prämissen nämlich sind es gerade, die nur aus dem abstrakten Gehalt der Verfassung entwickelt werden können, was naturgemäß, so sie denn auch heute noch dem Wertesystem der ameri-

kanischen Rechtsordnung zugrunde liegen sollen, mit einem an der heutigen gesellschaftlichen Realität orientierten Werturteil verbunden ist. Für eine solche Weiterentwicklung der historischen Verfassungsentcheidung, auch dort, wo sie in Generalklauseln nur unspezifisch vorliegt, ist nach Borks Theorie kein Platz. Eine Alternative aber bietet sie nicht.

Der dritte Abschnitt schließlich ist schnell referiert. Hier kulminieren seine zuvor entwickelten Auffassungen zu einem offenen Angriff gegen die Einsicht in die gesellschaftliche Bedingtheit des Rechts. Diese werde, wie seine gesamte Arbeit glauben machen soll, durch die (rechts-)theoretischen Konstruktionen insbesondere der intellektuellen Eliten gespeist, »(who have relied upon) an activist, imperialistic Supreme Court as a means of displacing democratic choice by moral principle« (S. 342). Diese globale wie undifferenzierte Zusammenfassung der Borkschen Vorwürfe gegen jede Art *noninterpretivistischer* Verfassungsauslegung, deren weitere polemische Höhepunkte im Zusammenhang mit seiner gescheiterten Nominierung hier nicht mehr weiter von Interesse sind (bes. S. 312 ff., 337 ff.), soll schließlich begründen, weshalb er nunmehr von sich sagen kann, er empfinde »no sadness at not being on the Supreme Court« (S. 316). Dennoch aber, so resümiert er seine Nominierungsniederlage, »it was better to fight than to run, even though defeat was certain« (S. 312).

The Tempting of America soll diesen Kampf offenbar auf anderer Ebene fortsetzen. Zu mehr aber eignet sich die Arbeit kaum. Für den deutschen Leser ist sie allerdings insoweit von Interesse, als sie Aufschluß darüber gibt, mit welcher Schärfe die nunmehr fast 200 Jahre andauernde Auseinandersetzung um die Legitimation verfassungsgerichtlicher Kontrolle in den Vereinigten Staaten zuweilen geführt wird.

Thomas Kupka

Eli Nathans, Franz Schlegelberger, *Der Unrechts-Staat*, Band III. Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1990, 86 S., DM 18,-

»Schlegelberger kommt... für die Führung der deutschen Justiz überhaupt nicht in Frage« (Goebbels 1942)

Daß Biographien einen anschaulichen Zugang zur Geschichte darstellen, gilt in besonderem Maße für die Geschichte der Justiz im Dritten Reich: Motive und Verhalten der Akteure sagen Wesentliches über die Institution und ihre Funktion aus. Leider gibt es außer über Roland Freisler (Buchheit 1968), Reichsgerichtspräsident Erwin Bumke (Kolbe 1975) und Franz Gürtner (Reitter 1976) kaum ausführlichere Lebensbeschreibungen der leitenden Justizfunktionäre des NS-Staates. Die Studie des amerikanischen Rechtsanwalts Eli Nathans über Franz Schlegelberger – der als Staatssekretär unter Minister Gürtner wirkte und nach dessen Tod im Januar 1941 bis zur Ernennung Thieracks im August 1942 die Geschäfte des Reichsjustizministeriums führte – schließt hier eine wichtige Lücke.

In der Einleitung stellt Nathans als Ziel seiner Studie heraus zu klären, warum die führenden Justizbeamten, deren »repräsentatives Mitglied Dr. Schlegelberger war, dem Unrechts-Staat trotz der in dessen Namen begangenen furchterlichen Verbrechen diente«, und zu diesem Zweck auch Schlegelbergers bisher weniger beachtete Tätigkeit vor 1941 ausführlicher zu behandeln (S. 10). Im I. Kapitel (»Staatssekretär«) wird Schlegelbergers Karriere bis 1933 verfolgt, die den außerordentlich befähigten, durch seine zivilrechtlichen Veröffentlichungen international anerkannten Juristen 1918 ins kaiserliche Reichsjustizamt und 1931 auf den Posten des Staatssekretärs im Justizministerium der Weimarer Republik führte. Dabei erwähnt Nathans einige überlieferte, für die Beurteilung nicht unwesentliche Charaktereigenschaften Dr. Dr. h.c. Schlegelbergers, der neben seiner erfolgreichen Beamtenlaufbahn 1922 auch eine Professur an der Berliner und 1926 den Ehrendoktor der Königsberger Universität für sich verbuchen konnte: starken Ehrgeiz, Eitelkeit und Geltungsbedürfnis. Im Vorwort zu seiner mehrbändigen Zusammenstellung der während des Ersten Weltkrieges erlassenen Gesetze führt der für »dauernd militärdienstuntauglich« (S. 13) befundene Schlegelberger 1915 eine »heroische« Sprache (S. 14),

¹ Das Urteil des Obergerichtes für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg betr. Schlegelbergers Rechte nach dem Gesetz zu Artikel 131 GG v. 29. 11. 1961 (Arch. des IfZ, Sign. Gl 06 01), in dem alle von ihm zur Rechtfertigung seiner Handlungen vorgebrachten Argumente abgewogen werden, stand Nathans offensichtlich nicht zur Verfügung.

und seine national-konservative Einstellung läßt ihn den Zusammenbruch der autoritären Staats- und Rechtsordnung des Kaiserreichs schmerzlich bedauern. In den Jahren der Republik kommt wiederholt »seine geringe Begeisterung für die wechselhaften Kämpfe im legislativen Prozeß der Republik und die dadurch erzeugte Unübersichtlichkeit« zum Ausdruck (S. 15). In Vorträgen und Aufsätzen kritisiert Schlegelberger den Gesetzgebungsprozeß der pluralistischen Demokratie, der von Parteipolitik und wechselnden parlamentarischen Mehrheiten bestimmt sei und daher eine kontinuierliche Gesetzgebungsarbeit verhindere. Selbst keiner Partei angehörig, sympathisierte Schlegelberger mit den Parteien der Rechten und hegte gegenüber der Weimarer Republik und ihren Trägern – den Mitte-Links-Parteien – eine deutliche Abneigung: »Er sehnte sich nach einem geordneteren und geeinteren Staat, in dem das deutsche Volk die neutrale und wohlwollende Regierung (von Männern seines Schlages) akzeptierte« (S. 16).

Wie Nathans im II. Kapitel (»Hitlers Machtübernahme«) beschreibt, war es deshalb nicht verwunderlich, daß Schlegelberger 1933 die »nationale«, Stabilität verheißende Regierung Hitler begrüßte, deren autoritäre, antiparlamentarische Herrschaftsweise u. a. die Verwirklichung längst fälliger Rechtsreformen versprach. Die gesetzlosen Gewaltmethoden (SA-Terror, KZs) öffneten ihm jedoch bald die Augen. Als Hitler Anfang März für die Verurteilung des Reichstagsbrandstifters van der Lubbe eine Verordnung mit rückwirkender Anwendung der Todesstrafe forderte, zeigte Schlegelberger – der den erkrankten Gürtner im Kabinett vertrat – einen später nie wieder erwiesenen Mut: Er widersprach Hitler mit dem Hinweis auf den in der ganzen Kulturwelt anerkannten Rechtssatz *nulla poena sine lege*. Seine Ablehnung untermauerte er durch ein ausführliches Gutachten, das Reichspräsident Hindenburg bewog, eine solche Notverordnung nicht zu unterschreiben, so daß Hitler – das wird bei Nathans nicht in wünschenswerter Weise deutlich – aus diesem Grunde die *lex van der Lubbe* erst nach der Annahme des Ermächtigungsgesetzes erlassen konnte. In diesem Zusammenhang muß auch Schlegelbergers Beteiligung an dem gescheiterten Versuch (S. 20) gesehen werden, für alle auf der Grundlage des Ermächtigungsgesetzes erlassenen Regierungsgesetze die Zustimmung des Reichspräsidenten

ten vorzuschreiben. Nach einer Rüge durch die Machthaber arbeitete Schlegelberger nunmehr loyal mit und legte – wenn auch teilweise »ohne Begeisterung« (S. 23) – die zur Stützung des Regimes gewünschten Gesetzesentwürfe vor.

Gegen die von der Partei geforderte Ausschaltung aller jüdischen Justizbeamten und Rechtsanwälte unterstützte Schlegelberger erfolgreich das Bestreben, durch gesetzliche Regelungen (Berufsbeamten- und Anwalts-gesetze vom April 1933) Ausnahmen zugunsten jüdischer Frontkämpfer u. a. durchzusetzen und dadurch die noch radikaleren Maßnahmen der nationalsozialistischen Landesjustizminister rückgängig zu machen. Nathans urteilt richtig, daß Schlegelberger mit der Zentralisierung der Justizverwaltung voll übereinstimmte, da sie die Befugnisse des Reichsjustizministeriums erweiterte und die unbequemen Landesjustizminister beseitigte. Wie Nathans auf Grund zahlreicher Reden und Aufsätze Schlegelbergers nachweist, hatte sich der Staatssekretär im Frühjahr 1934 »nicht nur mit dem Regime abgefunden, sondern war in vieler Hinsicht zu ihm bekehrt worden« (S. 29), und betrachtete die »gegen Juden und die politische Linke gerichtete Gewalt als notwendige Begleiterscheinung der Revolution« (S. 30). Auch die Junimorde 1934 vermochten diese Einstellung Schlegelbergers offensichtlich nicht zu erschüttern. Noch 1946 in Nürnberg rechtfertigte Schlegelberger die Erschießung zumindest der SA-Führer – deren Zahl Nathans falsch mit »ungefähr hundert« (S. 30) angibt, während die Gesamtzahl der Getöteten *aller* betroffenen Kategorien 89 betrug – mit dem rechtlich unhaltbaren Argument des »Staatsnotstandes«. Verständlicherweise war die Justizleitung über die Liquidierung jener SA-Führerclique nicht unglücklich, »die für einen erheblichen Teil der Gesetzlosigkeit und Brutalität während der ersten Monate der Nazi-Herrschaft verantwortlich war« (S. 31) und – so kann man Nathans ergänzen – dafür gesorgt hatte, daß im Mai 1934 immerhin 3373 Strafverfahren gegen SA-Angehörige stagnierten. Schlegelbergers Argumentation und seine fehlende Reaktion auf die Ermordung weiterer Personen am 30. Juni zeigen, »daß er bereits im Sommer 1934 akzeptiert hatte, daß Hitler aus eigener Machtbefugnis außergerichtliche Exekutionen anordnen konnte« (S. 31). Diese gegen rechtsstaatliche Grundsätze verstößende Haltung Schlegelbergers wird auch

nicht dadurch aufgewogen, daß er sich 1934 gegen den Willen der Gestapo für die Auszahlung der Versicherungssummen an die Hinterbliebenen einsetzte, die bei einigen Opfern das indirekte Eingeständnis voraussetzte, daß der offiziell angegebene »Selbstmord« der Verhafteten erlogen war.

In Kapitel III (»Beamter unter Hitler«) zeigt Nathans – wenngleich nur in groben Umrissen – mit welchem Elan sich Schlegelberger in der Zeit der von ihm bewunderten innen- und außenpolitischen Erfolge Hitlers der Anpassung des Zivilrechts (für die strafrechtlichen Angelegenheiten war im Oktober 1934 Freisler als zweiter Staatssekretär zuständig geworden) an die Ziele des Regimes widmete. In dieser Zeit (Januar 1938) wurde Schlegelberger ohne sein Zutun, aber auch ohne die mindeste ablehnende Reaktion, auf Verfügung Hitlers in die NSDAP aufgenommen.

Am Verhalten Schlegelbergers gegenüber jüdischen Kollegen weist Nathans im Kapitel IV (»Die Ausscheidung der Juden aus der Gemeinschaft des deutschen Volkes«) überzeugend nach, daß der Staatssekretär von persönlichen antisemitischen Gefühlen frei war und – wie schon bei den erwähnten Aprilgesetzen von 1933 – in der antijüdischen Gesetzgebungsdiskussion »auf der moderaten Seite« (S. 41) stand. Auch im eigenen Ministerium behielt Schlegelberger trotz der Pressionen Freislers einige jüdische »Mischlinge« als Beamte bei, solange es die gesetzlichen Regelungen nur eben zuließen, d. h. ohne ein persönliches Risiko einzugehen. Warum es Nathans »nicht möglich [war] zu klären« (S. 45), ob auch für den Abteilungsleiter Ministerialdirektor Reinhold (nicht: Curt) Richter die gesetzliche Ausnahmeregelung für »Altbeamte« zutraf, ist unerfindlich, da er das Buch des Rezensenten mehrmals zitiert, in dem diese Tatsache (S. 242) belegt ist. Ob Schlegelberger so gehandelt hätte, wenn er sich dabei nicht der vollen Unterstützung seines Vorgesetzten Gürtner sicher gewesen wäre, die übrigens im Falle des Ministerialrats Koffka sogar die Form einer eindeutigen Weisung annahm, ist äußerst fraglich. Seine persönliche Einstellung zur Judenfrage hinderte Schlegelberger jedenfalls nicht, bei weiteren von der Partei geforderten antijüdischen Maßnahmen mitzuarbeiten, so 1938 beim Berufsverbot für alle jüdischen Rechtsanwälte, nicht ohne dabei allerdings den Mindestunterhalt der betroffenen Frontkämpfer und »Altanwälte«

und die Beibehaltung einer beschränkten Zahl von »Rechtskonsulenten« für jüdische Klienten durchzusetzen. Daß diese vom Justizministerium bereits Anfang August 1938 vorgelegte Verordnung erst am 14. Oktober veröffentlicht wurde, lag nicht – wie Nathans vermutet – an »Hitlers Zögern bei der Unterzeichnung« (S. 50), sondern an der Bummellei mehrerer beteiligter Parteistellen: Hitler unterschrieb die ihm erst am 27. September vorgelegte Verordnung sofort und wollte nur ihre Veröffentlichung bis zur Beendigung der Sudetenkrise verschoben wissen. Schlegelbergers fehlende bzw. laue Reaktion auf die »Kristallnacht« und auf die ungesetzliche Aneignung jüdischer Grundstücke durch die fränkische Gauleitung im November 1938 (S. 50 ff.) zeigen, daß er trotz persönlicher Ablehnung der Vorfälle nicht gewillt war, bei den Machhabern anzuecken.

»Die ersten Kriegsjahre und Schlegelbergers Ernennung zum Amtierenden Justizminister« werden von Nathans im Kapitel V behandelt und dabei Schlegelbergers – aus der Niederlage des Ersten Weltkrieges herrührende – Auffassung verdeutlicht, »daß die Disziplin an der Heimatfront unnachlässig aufrechtzuerhalten sei« (S. 55). Zu diesem Zweck unterwarf sich der Staatssekretär dem »Führer« völlig und bediente sich immer häufiger rechtsstaatswidriger Mittel. Im März 1941 bat er Hitler, ihm sein Mißfallen an einzelnen Urteilen mitzuteilen, »um solche Entscheidungen mit Beschleunigung zu beseitigen« (S. 57). Bei seiner ersten Besprechung als amtierender Minister mit den regionalen Spitzen der Justiz am 23. April 1941 forderte er – und zwar ohne erkennbar von oben dazu veranlaßt worden zu sein –, daß jedes Gesetz entsprechend den »verbindlichen Erklärungen Hitlers« (S. 58) auszulegen sei, und bekundete damit, daß Hitlers Wille ohne Rücksicht auf Form und Inhalt Recht schaffe. Indem er im Oktober 1941 auf Befehl Hitlers die Überstellung des zu einer Gefängnisstrafe verurteilten Juden Luftglass an die Gestapo zur Exekution anordnete (S. 57), erkannte er den Führerbefehl als Rechtsgrundlage für die Tötung eines Menschen auch entgegen vorliegendem rechtskräftigen Urteil an. Analoges galt für Hitlers geheimen Euthanasie-Erlass, dessen Durchführung Schlegelberger durch Tarnung im Justizbereich und Unterbindung der gesetzlich gebotenen Strafverfolgung unterstützte. Die von ihm vorgelegte Strafrechtspflegeverordnung für die eingegliedert

ten Ostgebiete vom Dezember 1941 unterwarf die dort lebenden Polen und Juden einem diskriminierenden und terrorisierenden Strafrecht, das u. a. die Verhängung der Todesstrafe allein schon für antideutsche Äußerungen ermöglichte. Schlegelbergers nachträgliche Argumentation', daß die Verordnung in Freislers Strafrechtsabteilung ausgearbeitet worden sei und die völlige Übernahme der Strafverfolgung der betroffenen Personengruppen durch Himmlers Polizei verhindern sollte, überzeugt nicht: Mit seiner (von Nathans aus Schlegelbergers Schreiben vom 17. 4. 1941 leider nicht zitierten) Begründung der Verordnung, daß sie nämlich die Justiz »in die Lage versetzen [werde], an der Verwirklichung der politischen Ziele des Führers in den Ostgebieten [d. h. deren Eindeutschung] mitzuwirken«, stellte er sich persönlich hinter die Ziele des Entwurfs und empfahl ihn ohne Einschränkung. Auch verhinderte die Wahrung der Zuständigkeit der Justiz für diese Fälle in keiner Weise die rechtsstaatswidrigen Auswirkungen auf die Betroffenen: »Um die Autorität des Justizministeriums und der ordentlichen Gerichte zu sichern, hatte Schlegelberger sich selbst und die Justiz« – so Nathans – »zu Werkzeugen Himmlers und Bormanns gemacht« (S. 68). Übrigens trägt die Verordnung vom Januar 1942 über die rückwirkende Anwendung (!) der Polenstrafrechtspflegeverordnung Schlegelbergers Unterschrift.

In Kapitel VI (»Der Einmarsch in die Sowjetunion und die Ernennung Thieracks zum Justizminister«) beschreibt Nathans die Maßnahmen, die Schlegelberger ergriff, um im Zuge der Radikalisierung des Krieges die Rechtsprechung durch verstärkten Druck auf Staatsanwälte und Richter im Sinne der Staatsführung zu »steuern«. Das betraf u. a. die Strafverfolgung der polnischen Zivilarbeiter im Altreich, für die Himmler durch Geheimerrasse eine konkurrierende Polizeijustiz eingerichtet hatte und bei der Schlegelberger die Gerichte zu schärfsten Strafen antrieb, um den Alleinanspruch der Justiz auf die Verfolgung von Straftaten verteidigen zu können. Nathans erwähnt zwar die Rundverfügung vom 24. Juli 1941, mit der Schlegelberger zu milde Urteile »gegenüber dem uns unversöhnlich gegenüberstehenden polnischen Volkstum« (S. 69) rügte, erwähnt aber die darin gegebene Weisung an die Chefpräsidenten nicht, »die Rechtsprechung zu überwachen und nötigenfalls rechtzeitig eine Umbe-

setzung der Gerichte ins Auge zu fassen« (!). Nathans ist entgangen, daß Schlegelberger diesen angeordneten rechtsstaatswidrigen Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit auch persönlich vornahm: Als Hitler das Gefängnisurteil des Landgerichts Lüneburg vom Oktober 1940 gegen den polnischen Landarbeiter Wojcieck wegen Notzucht rügte, sorgte Schlegelberger persönlich dafür, daß die beteiligten Richter auf Stellen außerhalb der Strafrechtspflege versetzt wurden². Durch Nathans teils unrichtige, teils verkürzte Angaben zu dem bekannten Fall Schlitt wird Hitlers Forderung an Schlegelberger, das Oldenburger Urteil vom 14. März 1942 in ein Todesurteil umzuwandeln, fast verständlich: Schlitt war nicht zu einer »Gefängnisstrafe« (S. 71), sondern zu Zuchthaus von fünf Jahren verurteilt worden; daß er »wegen Tötung seiner Ehefrau« (S. 71) bestraft wurde, ist in dieser Formulierung zumindest mißverständlich: Schlitt hatte seine Frau wegen Ehebruchs so schwer mißhandelt, daß sie in depressive Geisteskrankheit verfiel und in eine Heilanstalt verbracht werden mußte, in der sie nach einem Vierteljahr an einem infektiösen Darmkatarrh starb. Schlegelbergers prompte Reaktion – Einlegung des außerordentlichen Einspruchs, Todesurteil durch den Besonderen Senat des Reichsgerichts und sofortige Vollzugsmeldung an Hitler – zeigt eine fast ängstlich zu nennende Beflissenheit gegenüber Hitler. Sie steigerte sich noch, als Hitler u. a. diesen Fall zum Anlaß nahm, die Justiz in seiner Reichstagsrede vom 26. April 1942 heftig anzugreifen und sich durch einen Beschluß nochmals ermächtigen zu lassen, mißliebige Richter ohne vorgeschriebenes Verfahren ihrer Ämter zu entheben. Hitlers Brandrede bewog den »erschütterten Schlegelberger« (S. 72) am 6. Mai zu einem Vorschlag, dessen Verwirklichung die Unabhängigkeit der Gerichte nahezu vollends beseitigt hätte: ihn und die Oberlandesgerichtspräsidenten durch Führererlaß zu ermächtigen, rechtskräftigen Strafurteilen die Bestätigung zu versagen oder sie auch selbst abzuändern (!). Damit Hitler über alle wichtigen Vorgänge in der Justiz auf dem laufenden gehalten und seine Reaktion erforscht werden konnte, führte Schlegelberger ferner die »Führerinformationen« ein, die er übrigens in »Führer-type« schreiben ließ,

² Vgl. Akten der Reichskanzlei, Bundesarchiv, Sign. R 43 II/1542, auch als Nurnb. Dok. NG-280 überliefert

damit sie Hitler auch ohne Brille lesen konnte. Darin unterrichtete er Hitler u. a. über das von ihm eingeführte System der »Steuerung auch der einzelnen Verfahren« (S. 73) durch die persönlich verantwortlichen Gerichtspräsidenten. Da Schlegelberger trotz seiner Willfährigkeit »wegen seiner bürokratischen Einstellung für die Führung der deutschen Justiz überhaupt nicht in Frage« kam³ und Hitler den Nationalsozialisten Thierack zum neuen Justizminister ernannte, unter dem Schlegelberger nicht arbeiten wollte, wurde der fast 68jährige in den Ruhestand versetzt. Seine Behauptung, daß ihn schon Hitlers Aprilrede mit ihrer Bedrohung der richterlichen Unabhängigkeit davon überzeugt habe, nicht länger »mitmachen zu können« (S. 72), ihm der Rücktritt aber »aus rechtlichen Gründen unmöglich« gewesen sei (S. 74), wird von Nathans mit Hinweis auf die damals geltenden beamtenrechtlichen Bestimmungen überzeugend widerlegt. Auch Schlegelbergers Argument, daß schon »vor dem Kriege der Rücktritt aus tatsächlichen Gründen« nicht möglich gewesen sei, da ihn Hitler stets »mit Grobheit abwies« (S. 74), kann anhand des Beispiels von Minister Eltz v. Rübenach vom Januar 1937 mit Recht angezweifelt werden. Der wahre Grund für Schlegelbergers Rücktritt dürfte weniger die von ihm selbst praktizierte Bedrohung der richterlichen Unabhängigkeit, sondern die als persönliche Kränkung empfundenen öffentlichen Angriffe Hitlers und die Zumutung einer Zusammenarbeit mit Volksgerichtshofpräsident Thierack gewesen sein, mit dem er wegen Mißachtung seiner Zuständigkeit im Prager Eliáš-Prozeß schon seit Oktober 1941 verfeindet war. Obwohl Schlegelberger laut Urkunde »auf seinen Antrag« in den Ruhestand versetzt wurde, bestand er später darauf, daß er nicht zurückgetreten, »sondern von Hitler aus seinem Amt entlassen« (S. 74) worden sei.

Im Kapitel VII (»Nach dem Kriege«) setzt sich Nathans u. a. mit dem Urteil des amerikanischen Militärgerichtshofs gegen Schlegelberger von 1947 auseinander. Anhand von Urteilsstatistiken aus dem Jahre 1942 hält er

die darin aufgestellte Behauptung für nicht gerechtfertigt, daß das Justizministerium während Schlegelbergers Amtszeit ein »Programm der Rassenvernichtung unter dem Deckmantel des Rechts« (S. 78) betrieben habe. Mit Recht widerspricht Nathans auch den Feststellungen des Militärgerichts, daß Schlegelberger – wenngleich zu spät – zurückgetreten sei, »weil die Grausamkeiten des Systems, das er aufbauen half, ihm zuviel wurden« (S. 79), und daß er eine »tragische Figur« gewesen sei, weil er »das Böse, das er [gezwungenermaßen] tat, haßte« (S. 80). Im Gegenteil habe sich Schlegelberger auch später nie veranlaßt gesehen, sein Unrecht anzuerkennen oder »sich für seine Taten zu entschuldigen« (S. 80). Abgesehen davon, daß Schlegelberger selbst andere Gründe für den von ihm behaupteten inneren Bruch mit Hitler im April 1942 angab, hätten ihn seine Kenntnis und die Verstrickung in die Unrechtsmaßnahmen des Regimes – mit denen er zugestandenermaßen nicht immer einverstanden war – dann in der Tat schon früher zur Aufgabe seines Amtes bewegen müssen, zumal er die vorgesehene Altersgrenze 1941 erreicht hatte.

In seinem Schlußkapitel VIII (»Epilog«) geht Nathans auf Schlegelbergers in Nürnberg gegebene Erklärung ein, daß er nur durch sein Verbleiben die Besetzung des leitenden Postens in der Justiz durch einen radikalen Nationalsozialisten und nur durch Unrechtskompromisse schlimmere Maßnahmen habe verhindern können. Nathans hält dieses Motiv für keinen »maßgeblichen Faktor« (S. 85) in Schlegelbergers Verhalten. In der Tat läßt das in Nathans Studie sachlich geschilderte Verhalten Schlegelbergers dessen – auch noch nach Nürnberg vertretene – Behauptung wenig glaubhaft erscheinen, daß er nur mit der Absicht im Amt geblieben sei, »nach den noch vorhandenen Möglichkeiten und nach seinen Kräften die Rechtsstaatlichkeit aufrechtzuerhalten«⁴. Selbst wenn man Schlegelbergers Motiv als wahr unterstellt, stand seine Bereitschaft, bei Unrechtshandlungen mitzumachen, in keinem Verhältnis mehr zu der Möglichkeit, in Einzelfällen Eingriffe und Unrecht in der Rechtspflege zu mildern oder abzuwenden. Seine Nachgiebigkeit unterminierte in steigendem Maße das Recht, diente dem Fortbestand des Unrechtsregimes und war daher kein angemessenes Mittel mehr,

³ So laut Eintr. v. 30. 3. 1942 in das von Nathans nicht benutzte Goebbels-Tagebuch (Arch. des IfZ, Sign. ED 172/42). Aus dem Eintr. v. 26. 4. 1942 geht hervor, daß Hitler schon zum Zeitpunkt seiner Aprilrede entschlossen war, das Justizministerium auf Goebbels' Vorschlag mit Thierack zu besetzen: sollte Schlegelberger daraufhin zurücktreten wollen, so sei ihm »das nicht nur freigestellt, sondern es wird das vielleicht gewünscht«.

⁴ Vgl. Anm. 1.

um in Einzelfällen das Recht wahren zu können: Die Pflicht zum Rücktritt hätte auf jeden Fall die Pflicht zum Ausharren überwiegen müssen.

Wenngleich dem Historiker einige geringfügige Sachirrtümer Nathans' auffallen (Rosenberg war 1939 noch nicht »neuer Minister für die Ostgebiete« [S. 59], Keitel war Chef, nicht Leiter [S. 59] oder Oberkommandeur [S. 70] des OKW, die Gauleiter hatten nicht nur »in

den Ostgebieten« [S. 64], sondern mit Ausnahme Bayerns überall im Reich gleichzeitig das staatliche Amt des Reichsstatthalters inne, u. a. m.), ist seine biographische Studie – die zugleich zum Verständnis des gegenseitigen Verhältnisses von national gesinntem Bildungsbürgertum und NS-Regime beiträgt – als vollauf gelungen zu hezeichnen.

Lothar Gruchmann