

wie wir sie heute selbst im Verwaltungsprozeßrecht nicht mehr kennen. Die Entscheidung ist damit ein Indiz für die Refeudalisierungstendenzen der modernen klientelorientierten Interventionsverwaltungen und die damit für die Einheit des Staates verbundenen Probleme.

## Helmut Fangmann Kritische Richter vor Gericht

1. Im politischen und rechtlichen Streit über die Friedensaktionen von Richtern und Staatsanwälten hat das Bundesverwaltungsgericht am 29. Oktober 1987 zwei weitgehend gleichlautende Urteile (BVerwG 2 C 72.86 und 73.86) gefällt. Danach war der öffentliche Protest von Lübecker Richtern und Staatsanwälten in einer Zeitungsanzeige mit der Überschrift »35 Richter und Staatsanwälte des Landgerichtsbezirks Lübeck gegen die Raketenstationierung« nicht zulässig. Der Kern der Entscheidungen lautet: Richter und Staatsanwälte dürfen öffentlich protestieren, aber ohne »Amtsbonus«. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts begingen die Lübecker Richter und Staatsanwälte eine Dienstpflichtverletzung, weil sie die Pflicht zur Mäßigung und Zurückhaltung des Richterdienstrechts bzw. des Beamtenrechts mißachtet hätten. Die wegen Inanspruchnahme des »Amtsbonus« im politischen Meinungskampf ausgesprochenen Ermahnungen wurden damit letztinstanzlich bestätigt. Das erstinstanzliche Urteil des VG Schleswig vom 12. Dezember 1984 (NJW 1985, S. 1098 ff.), das den kritischen Richtern und Staatsanwälten die Zulässigkeit ihres Protestes bescheinigt hatte, war schon vom OVG Lüneburg (NJW 1986, S. 1126 ff.) mit weit ausholender Begründung kassiert worden.

Der vom Bundesverwaltungsgericht monierte »Amtsbonus« der Lübecker Aktion kam nur in der Überschrift der Anzeige und in dem Hinweis der Richter und Staatsanwälte auf ihr »berufliches Selbstverständnis« zum Ausdruck, demzufolge »die geplante Stationierung der Pershing II und der Cruise Missiles nach unserer Auffassung gegen das Grundgesetz verstößt«. Verzichtet hatten die Lübecker Richter und Staatsanwälte darauf, ihren unter die Anzeige gesetzten Namen die Berufs- und Funktionsbezeichnungen hinzuzufügen. Ob eine Anzeige des gleichen Inhalts, ohne Hervorhebung des Berufes, unbeanstandet hätte erscheinen können – so das OVG Lüneburg –, hat das Bundesverwaltungsgericht offengelassen. Damit ersparte sich das Gericht die Absurdität der »Amtsbonus«-Diskussion, ob Richter und andere Beamtenjuristen sich »ungemäßigt« verhalten, wenn sie in solchen Anzeigen und ähnlichen Manifestationen der Kritik rechtlich argumentieren. Die Lübecker Anzeige hatte die »Nachrüstung« nämlich fast ausschließlich verfassungs- und völkerrechtlich kritisiert. In dem Fall der »Wiesbadener Juristen für den Frieden« war der VGH Kassel (NJW 1985, S. 1105 ff.) so weit gegangen, ein Rechtsargumentationsverbot zu kreieren: »Die Meinungsäußerung ist allein auf Rechtsgründe, nämlich auf völker- und verfassungsrechtliche Gründe gestützt. Gerade diese Begründung muß in dem unbefangenen Leser den Eindruck erwecken, daß diese Wiesbadener Juristen nicht nur im privaten Bereich, sondern auch im Berufsleben ... unter allen Umständen zugunsten derjenigen entscheiden werden, die insoweit ihre Überzeugung teilen« (VGH Kassel, NJW 1985, S. 1106). Was in diesem Fall zur Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit herangezogen wurde,

hat in zahlreichen anderen Fällen zu Disziplinierungsmaßnahmen durch die Dienstaufsicht (§ 26 DRiG) geführt. Des Rechtsargumentationsverbotes hat es meistens nicht bedurft. Es reichte aus, eine Art »Vermummungsgebot« zu konstruieren. Wer sich als Richter, Staatsanwalt, Verwaltungsjurist vor allem öffentlich, politisch, kritisch und kollektiv äußert, muß dafür sorgen, daß man ihn als Amtsträger nicht erkennen kann, also die Maske des Normalbürgers X aufsetzen und im Zweifel so tun, als hätte er seine mühselig erworbenen Rechtskenntnisse vergessen. In letzter Konsequenz fordert die konservative Interpretation des »Amtsbonus«-Verbotes den politisch aktiven Richter dazu auf, die Öffentlichkeit über seine berufliche Identität zu täuschen, vorausgesetzt, die Täuschung ist überhaupt oder noch möglich. In vielen Klein- und Mittelstädten dürfte es sehr schwerfallen, nicht als Richter oder Staatsanwalt erkannt zu werden. Der politische »Wiederholungstäter« hat in der Regel kaum noch eine Chance, in der Masse der »Aktivbürger« unterzutauchen. Aus dem »Amtsbonus« wird unter solchen Umständen ein Politmalus mit entsprechenden Folgen für die Betroffenen. Im Beschluß des VGH Kassel, der einen von zwei Wiesbadener Richterinnen mitunterzeichneten, im »Wiesbadener Kurier« abgedruckten offenen Brief an zwei Bundestagsabgeordnete zum Gegenstand hatte, wurde die Aufgabe der Identifizierung dem »interessierten Leser« der Zeitung zugeschoben. Dieser habe aus der Bezeichnung »Wiesbadener Juristen (Richter, Rechtsanwälte, Juristen aus Verwaltungen, Banken, Hochschulen und Rechtsreferendare)« und den aufgeführten Namen erkennen können, daß sich auch Richter an der Aktion beteiligt hätten, und: »Wenn er dann am Beginn einer mündlichen Verhandlung sich Richterinnen gegenüber sieht, die den Aufruf mitunterzeichnet haben, so ist für ihn die Verbindung zum Richteramt sofort gegeben und das Vertrauen in die Unparteilichkeit dieser Richterinnen insoweit gestört« (NJW 1985, a. a. O., S. 1106). Es war danach nicht ausreichend, alle individuellen Amts- und Berufsbezeichnungen wegzulassen. Ein Aufruf mit dem Titel »Wiesbadener Bürger« wäre der Logik des VGH zufolge auch nicht recht gewesen, denn der »interessierte Leser« hätte die »Bürger« an der Verwendung von Rechtsargumenten als Juristen und spätestens bei der Gegenüberstellung vor Gericht als Richter/Richterinnen entlarven können. Eine Neuauflage des »besonderen Gewaltverhältnisses« im Mantel des Mäßigungsgebotes?

2. Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts gehen differenzierter vor. Sie bestätigen zunächst die Judikatur, die es Richtern und Beamten grundsätzlich erlaubt, sich politisch, rechtspolitisch und parteipolitisch zu betätigen, »ohne Rücksicht darauf, ob er mit der Auffassung der jeweiligen Regierung übereinstimmt oder ihr widerspricht«. In Kopie einer legitimatorischen Floskel aus dem Radikalen-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 39, 334/348) heißt es sogar: »Staat und Gesellschaft können an unkritischen Richtern/Beamten kein Interesse haben.«

Die politische Betätigung ist jedoch nur außerhalb des Dienstes bzw. des Amtes zugelassen. Zwischen dem Richteramt/Amt des Beamten und der Teilnahme am politischen Meinungskampf müsse ein klarer Trennungsstrich gezogen werden. Das folge aus dem Mäßigungsgebot der Richtergesetze (§ 39 DRiG) und des Beamtenrechts (§§ 53, 54 Satz 3 BBG, 35 Abs. 2, 36 Satz 3 BRRG). Der politische aktive Richter/Beamte verletze das Gebot, »wenn er das Richteramt/Amt ausdrücklich in Anspruch nimmt und einsetzt, um einer von ihm selbst geteilten politischen Auffassung größere Beachtung und Überzeugungskraft zu verschaffen« (Amtlicher Leitsatz). Er dürfe bei diesen Äußerungen nicht »den Anschein einer amtlichen Stellungnahme erwecken«. Das Amt habe er nicht erhalten, um es bei privaten und politischen Stellungnahmen zu benutzen. Gleichwohl sei »die Erwähnung des

Amtes/Richteramtes ... in der Regel erlaubt«. Bereits öffentlich bekannte Richter und Beamte könnten von Meinungsäußerungen nicht ausgeschlossen werden.

Das Bundesverwaltungsgericht war sich offenbar der Ambivalenz des »Amtsbonus« bewußt. Die Nennung von Amt und Beruf vollständig zu untersagen, hätte beispielsweise die gesamte juristische Fachliteratur, die ohne Titel und Ämter nicht auskommt, in disziplinarrechtliche Verlegenheiten bringen müssen. Mit dem Kunstgriff, die legale »Erwähnung« des Amtes von der illegalen »Inanspruchnahme« des Amtes zu politischen Zwecken zu unterscheiden, hat das Gericht sich des Dilemmas entledigt und zugleich neue Abgrenzungsfragen programmiert.

Wenig Zweifel bestehen daran, daß die meisten Protestaktionen, Erklärungen und Appelle von juristischen und anderen Berufsgruppen mit öffentlichen »Ämtern« das bundesverwaltungsgerichtliche Limit des »Amtsbonus« überschritten haben und damit der Gefahr der formellen und informellen Disziplinierung unterliegen. Aktionen wie die der Lübecker und Wiesbadener Juristen, der »Richter und Staatsanwälte für den Frieden« einschließlich der Richterblockade von Mutlangen bezeichnen das Muster einer demokratischen Protestkultur, das intern und in seiner externen Wirkung vom Berufsbezug lebt. Insofern trifft das Bundesverwaltungsgericht eine sehr empfindliche Stelle. Die bestätigten Ermahnungen sind zwar keine Disziplinarmaßnahmen im Sinne des Disziplinarrechts, sondern Dienstaufsichtsmaßnahmen (§ 26 Abs. 2 DRiG), die nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts kein Verschulden voraussetzen. Aber es gehört nicht viel Phantasie dazu sich vorzustellen, daß es mit dem »Interesse des Staates an kritischen Richtern und Beamten« im Alltagsgeschäft nicht sehr weit her sein wird (vgl. Rasehorn, KJ 1986, S. 76 ff.; Fangmann/Zachert, Gewerkschaftliche und politische Betätigung von Richtern, Frankfurt/New York 1986).

3. Daß die Dienstaufsicht einschreiten darf, wenn Richter und Beamte sich außerdienstlich politisch betätigen, gehört zu den Ungereimtheiten des öffentlichen Dienstrechts und der diesem zugrundeliegenden Vorstellung vom »besonderen Gewaltverhältnis« der Richter, Beamten, Soldaten und anderer Staatsbediensteter. Der Beamte muß »innerhalb und außerhalb des Dienstes« der »Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, die sein Beruf erfordert« (§ 54 Satz 3 BBG), und »bei politischer Betätigung« hat er »diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, die sich aus seiner Stellung gegenüber der Gesamtheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten seines Amtes ergeben« (§ 53 BBG). Für die Richter ergibt sich das Mäßigungsgebot unter anderem aus § 39 DRiG, der dazu verpflichtet, »sich innerhalb und außerhalb seines Amtes, auch bei politischer Betätigung, so zu verhalten, daß das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird«. Die Mäßigungsklauseln sind zeitlich, örtlich und sachlich ohne Grenzen, d. h. die Staatsdiener sind insoweit permanent »im Dienst« und müssen sich bei *jeder* Tätigkeit einen gemäßigten, zurückhaltenden Habitus zulegen. Auch wer den Wortlaut der insoweit eindeutigen Bestimmungen nicht ganz so ernst nehmen möchte, kann die Fragwürdigkeit derart umfassender Verhaltenspflichten in einer Zeit abnehmender Wochenarbeitszeit und entmystifizierter Berufsverständnisse (Beruf als »job«) kaum übersehen. Nach fast 40 Jahren Grundgesetz wäre es höchste Zeit, vor allem die politische Betätigung in der dienstfreien Zeit von vordemokratischen und illiberalen Fesseln des Beamtenrechts zu befreien. Das Bundesverwaltungsgericht hätte den ersten Leitsatz seiner Entscheidungen »Der Richter/Beamte genießt nicht als Amtsträger, sondern als Staatsbürger das Grundrecht der Meinungsfreiheit« nur konsequent anwenden müssen. Der Grundrechtsgebrauch in der Freizeit wäre dann wie die Grundrechtswahrnehmung aller anderen Staatsbürger zu beurteilen gewesen. Das Sonderrecht der Mäßigung und Zurückhaltung im außerdienstlichen Bereich ist mit

den einschlägigen Grundrechten der Art. 5, 8, 9 Abs. 1 und 3, 17, 21 und 38 GG nicht zu vereinbaren. Die Anwendung des Mäßigungsgebotes in den Fällen der politischen Betätigung außerhalb des Dienstes diskriminiert (Art. 3 Abs. 3 GG) die öffentlichen Bediensteten und macht sie zu Staatsbürgern »zweiter Klasse«. Gerade weil das Grundrecht der Freiheit der Meinungsäußerung in politischen Angelegenheiten in der ständigen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 20, 162/174; 62, 230/247) von Verfassungs wegen regelmäßig den Vorrang vor allen anderen Rechtsgütern einnimmt, wäre die grundrechtskonforme Begrenzung der Mäßigungspflichten notwendig gewesen.

Das Bundesverwaltungsgericht ist auf Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften nicht eingegangen und hat sie zu »allgemeinen Gesetzen« im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG erklärt. Darüber hinaus hat es § 39 DRiG als »Konkretisierung« der persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit des Art. 97 GG eingestuft und damit dem Mäßigungsgebot den Status einer verfassungsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der Unabhängigkeit verliehen. Unabhängigkeit des Richters bedeute mehr als Unabsetzbarkeit, Unversetzbarkeit und Weisungsfreiheit, sie sei als äußere und innere Unabhängigkeit »im Sinne von Neutralität, Unparteilichkeit und Distanz« zu verstehen: »Sie fordert Offenheit und Freiheit der Rechtsprechung gegenüber Staat und Gesellschaft, gegenüber Wertvorstellungen und Ideologien sowie Ausgewogenheit. Voreingenommenheit, Vorurteile und auch Abhängigkeiten von nichtstaatlichen Institutionen und Kräften (u. a. von Verbänden, der Presse, den Parteien und Kirchen) sind mit ihr unvereinbar.« Und schließlich heißt es, daß das Vertrauen all derer, die sich an *diesem* Begriff von Unabhängigkeit orientieren, durch die Mäßigungspflichten geschützt werden müsse.

Das von den Bundesverwaltungsrichtern entworfene Richterbild postuliert eine Unabhängigkeit, die es schon rein soziologisch betrachtet nicht geben kann. Sie führt aber auch in normative Widersprüche, denn welcher Richter ist in der Lage, sich von Vorurteilen und anderen ideologischen Einflüssen freizuhalten, vor allem, wenn ihm zugestanden wird, daß er sich in Parteien, Koalitionen, Verbänden, Bürgerinitiativen engagieren darf? Das Bundesverwaltungsgericht verlangt eine innere Haltung von Unabhängigkeit, die die Unabhängigkeitsgarantie des Art. 97 Abs. 1 GG in ihr Gegenteil verkehrt, weil sie die Richter verpflichten will, gegenüber allen staatlichen und gesellschaftlichen Einflüssen quasi autonom zu sein. Die volle innere wie äußere »Drittwirkung« der Unabhängigkeitsgarantie macht den Richter von der Unabhängigkeit »abhängig«. Wer in Permanenz neutral, distanziert und ausgewogen zu denken und handeln verpflichtet wird, ist außerstande, genau jenes zu realisieren, welches die Grundrechte garantieren sollen, nämlich selbst zu bestimmen, was wann und wie als Meinung gedacht und geäußert wird.

Es ist legitim, die richterliche Entscheidungstätigkeit auch von gesellschaftlichen Pressionen (z. B. Mafia) und von den Abhängigkeiten gesellschaftlicher Macht freihalten und insoweit eine rechtsprechungsbezogene, äußere Drittwirkung des Art. 97 Abs. 1 GG anerkennen zu wollen, auch wenn die Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der Unabhängigkeitsgarantie dafür nichts hergibt. Der Bogen ist aber gänzlich überspannt, wenn eine bestimmte geistige Haltung von Unabhängigkeit auch im Freizeitbereich abverlangt wird und das unter Berufung auf das Vertrauen einer völlig undefinierten Allgemeinheit, die diese allseitige Unabhängigkeit erwarte. Die in Meinungsumfragen befragte »Allgemeinheit« hat jedenfalls eine realistische und grundrechtsfreundliche Einstellung bewiesen, wenn man die repräsentative Emnid-Umfrage in der Zeit vom 5. 2.–16. 2. 1987, kurz nach der Richterblockade in Mutlangen (12. 1. 1987), zugrundelegt. Emnid fragte den repräsentativen Querschnitt unter anderem nach der Wahrnehmung der Unabhängigkeit von

Richtern. 45% glauben, daß die Richter die gesetzlich garantierte Unabhängigkeit auch tatsächlich wahrnehmen, 54% sind der Ansicht, die Richter ließen sich gelegentlich beeinflussen. Zur Demonstrationsfreiheit von Richtern ergab die Umfrage ein klares Positivvotum. Auf die Frage: »Einige deutsche Richter haben gegen die Stationierung von Atomraketen auf deutschem Boden mit Sitzblockaden demonstriert. Finden Sie, daß ein Richter wie jeder andere Bürger das Recht haben sollte zu demonstrieren – oder finden Sie, daß die besondere Funktion des Richters ihn nicht berechtigt, öffentlich zu demonstrieren?« antworteten 64% mit »Sollte das Recht haben, zu demonstrieren«. 36% waren gegenteiliger Ansicht. Selbst die Bürger mit der Parteienpräferenz CDU/CSU befürworteten noch zu 50% das Demonstrationsrecht von Richtern.

Das vom Bundesverwaltungsgericht reklamierte Vertrauen in die Unabhängigkeit der Richter scheint mehr Fiktion als Realität zu sein; die Bürger trauen den Richtern zu, daß sie in aller Regel zwischen der Rechtsprechung im Beruf und dem politischen Engagement in der Freizeit unterscheiden können. Sollte es nicht der Fall sein, bleibt die Möglichkeit der Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit. Des außerdienstlichen Mäßigungsgebotes bedarf es nicht, um die Unabhängigkeit zu schützen.

Das Problem des »Amtsbonus« ist nicht, daß er in grundrechtlicher Selbstbestimmung in Anspruch genommen wird, sondern, daß Richter und andere Staatsbedienstete deshalb unzulässig diskriminiert werden. Schließlich sollte die Absurdität nicht vergessen werden, daß die mit dem »Amtsbonus« bekämpften Raketen in nächster Zeit verschwunden sein werden, während die Dienstaufsichtsmaßnahmen die Betroffenen wohl noch einige Jahre »verfolgen« werden.

## Susanne Baer/Vera Slupik Entwurf eines Gesetzes gegen Pornographie\*

### A. Problem

Pornographie ist – nach der Definition dieses Gesetzesentwurfes – eine Form sexueller Gewalt gegen Frauen. Sexuelle Gewalt ist Teil der Diskriminierung von Frauen aufgrund ihres Geschlechts und stellt insofern einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG dar. In der Bundesrepublik wird Pornographie nach geltendem Recht (z. B. § 184 StGB, GjS) nicht als Frauendiskriminierung gesehen und ist deswegen als solche auch nicht angreifbar.

### B. Lösung

Der vorliegende Gesetzesentwurf verfolgt das Ziel, Pornographie als Diskriminierung von Frauen zivilrechtlich durch die Frauen selber angreifbar zu machen. Er beinhaltet eine neue Definition von Pornographie als sexuelle Gewalt gegen Frauen und ermöglicht den direkt Betroffenen und den Zusammenschlüssen von Personen,

\* Der Entwurf wurde angeregt durch die US-amerikanische Initiative zu demselben Mißstand. Siehe dazu: Catherine A. MacKinnon, Pornography, Civil Rights and Speech, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Vol. 20 (1985), S. 1 ff. (21) f.). Eine Überblicksdarstellung bietet: Baer, Neue Gesetze gegen Pornographie? Die Pornographiedebatte in den USA, Streit 4/87, S. 115.