

# Buchbesprechungen

*Kramer, Helmut (Hrsg.), Braunschweig unterm Hakenkreuz, Braunschweig 1981; 192 Seiten; 22,- DM.*

*Holtfort, Kandel, Köppen, Vultejus (Hrsg.), Hinter den Fassaden, Göttingen 1982; 250 Seiten; 14,80 DM.*

Es geht um zwei Bücher, die sich mit dem alltäglichen Leben in zwei niedersächsischen Städten, Braunschweig und Celle befassen, wobei sich das erstere auf die Zeit des Nationalsozialismus konzentriert, während das zweite heutige politische Aspekte einbezieht. Ich beginne – vielleicht unüblich für eine Rezension – mit einer sehr persönlichen Erinnerung: Ich bin in Niedersachsen aufgewachsen. Als ich Ende der sechziger Jahre zum erstenmal das große Fachwerkhäus in einem niedersächsischen Dorf wiedersah, in dem ich einige Jahre meiner Kinderzeit verbracht hatte, entdeckte ich an seinem Giebel eine Inschrift, die ich als sechs – siebenjähriges Kind nie bewußt wahrgenommen hatte. Die Inschrift lautet:

Solange noch die Eichen wachsen  
im deutschen Hain,  
solange schlägt in Niedersachsen  
die gute deutsche Art nicht ein.

Die gute deutsche Art? Was bedeutete das? Waren das die Menschen, die mir beim »Schlachtefest« Leberwürstchen schenkten, waren es die paukenschlagenden Schützen auf den »Schützenfesten«, die freundlichen Nachbarn, die mir als Kind liebevoll entgegenkamen? War es unser alter jüdischer Hausarzt, der – als ihn die Nazis wegschleppen wollten – nur still darum bat, seinen Kaffee austrinken zu dürfen, in dem der Zyankali war, der ihm den Tod brachte, ihn aber vor einem weitaus grausameren Sterben bewahrte? War es die »gute deutsche Art«, daß Absolventen des – in »Braunschweig unterm Hakenkreuz« oft zitierten – humanistischen Wilhelmgymnasiums meinen Mann und seine

Leidensgefährten auf dem Transport von Braunschweig in das Konzentrationslager Dachau blutig zusammenschlugen?

Der von Helmut Kramer herausgegebene Band »Braunschweig unterm Hakenkreuz« versucht auf diese Fragen eine Antwort zu geben. Die in ihm publizierten Vorträge wurden im Frühjahr 1980 in einer Veranstaltungsreihe gehalten, die die Gewerkschaft ÖTV, Fachgruppe Richter und Staatsanwälte, initiiert hatte und die in der niedersächsischen Bevölkerung ein ungewöhnlich großes Interesse erregt hat. E.-A. Roloff setzt sich mit dem Thema »Bürgertum und Nationalsozialismus in Braunschweig« auseinander, H. Kramer schreibt über »Die NS-Justiz in Braunschweig und ihre Bewältigung ab 1945«; gleichermaßen um Probleme der Justiz geht es im Beitrag von A. Lein »Braunschweiger Justiz im Nationalsozialismus: Zwischen Anpassung und ›Innerer Emigration‹«, D. Kuessner thematisiert unter dem Titel »Die Braunschweigische ev.-luth. Landeskirche und der Nationalsozialismus« die Haltung der Protestanten im »Dritten Reich«, J. Wolf versucht Kontinuitäten zwischen der Zeit vor und nach dem Nationalsozialismus auszumachen (»Deutsche Kontinuitäten – Ergebnisse der Veranstaltungsreihe ›Braunschweig unterm Hakenkreuz‹«). Der Band enthält zahlreiche, teils bebilderte Dokumente aus der nationalsozialistischen Zeit. Interessant und aufschlußreich ist der Anhang: Reaktionen von Braunschweiger Bürgern auf die Veranstaltungsreihe in Form von Leserbriefen sowie Ausschnitte aus der Presseberichterstattung.

Die Beiträge – abgesehen von Wolfs »Kontinuitäten« – müssen als Gesamtkomplex gelesen und begriffen werden; sie ergänzen sich nicht nur, sondern die Fragen in einigen Beiträgen werden teils durch Berichte in anderen beantwortet. Roloff versucht, die Haltung

des braunschweigischen Bürgertums zum Nationalsozialismus paradigmatisch an Hand der damaligen Betätigung der Mitglieder der Wilhelm Raabe-Gesellschaft darzustellen. Deutlich wird an Hand von vielfältigen Zitaten aus Reden und Aufsätzen, wie sehr bürgerliche Schichten ihr Selbstverständnis zu retten versuchten durch die Besinnung auf hehre Werte wie Heimat, Volkstum, nordische Rasse, völkische Kunst. Zu retten wovor? Deutschland war 1918 Republik geworden, 1919 war die Weimarer Reichsverfassung in Kraft getreten; das Bürgertum war konfrontiert mit der Tatsache, daß die bisher stets unterdrückte gesellschaftspolitische Macht der Arbeiterklasse zum erstmalig die Chance hatte, ihre Interessen legal zur Geltung zu bringen. Parlamentarismus in der Weimarer Republik bedeutete die gleichberechtigte staatsbürgerliche Stellung der Vertreter aller Gesellschaftsklassen und damit die Möglichkeit, im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren Rechtspositionen durchzusetzen, die die bisherigen ökonomischen und rechtlichen Privilegierungen des Bürgertums aufhoben. Die die Wirtschafts- und Sozialordnung betreffenden Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung gaben eine breite Grundlage zu einer sozial gerechteren Gestaltung der Rechtsordnung.

Das ist – in kurzer Umschreibung – der verfassungsrechtliche Hintergrund, vor dem die Haltung der überwiegenden Teile des Bürgertums, wie Roloff sie beschreibt, zu sehen ist. Man entzog sich einer rationalen politischen Auseinandersetzung durch die Flucht in irrationale Werte, man wählte eine deutschtümelnde Schein-Bildung als Abgrenzung gegenüber den sog. Proletariern (die übrigens – das sei nebenbei bemerkt – mit Hilfe einer vorzüglich organisierten Arbeiterbildung teils über weitaus profundere politologische Kenntnisse verfügten als das sog. Bildungsbürgertum). Es ereignete sich auf gesellschaftlich – bürgerlicher Ebene in dumpfer und primitiver Form das, was Staatsrechtslehrer wie Carl Schmitt sehr viel besser, geschliffener und eleganter verstanden: die Rettung der »substantiellen Einheit« des Staatlichen durch die Ausgrenzung des Unwerten, des Feindes und seiner Vernichtung.

Roloff bezeichnet die von ihm beschriebene Einstellung des braunschweigischen Bürgertums als »bürgerliche Ideologie«. Das mag hingehen. Fragwürdig erscheint mir dagegen,

wenn er (S. 24) sagt, die meisten Bürgerlichen seien – im Hinblick auf Krieg und Massenmord an Juden – keine Nazis, wohl aber »durch und durch faschistisch« gewesen. Die Verwendung der Begriffe »faschistisch« und »faschistoid« hat eine Art seuchenartiger Verbreitung erfahren, ohne daß auch nur der Versuch einer exakten Begriffsklärung gemacht wird. Wenn selbst der heute wohl bedeutendste Faschismus-Forscher De Felice in seinem Werk »Le interpretazioni del fascismo« eine Typologie des Faschismus ausschließlich als behutsame Arbeitshypothese aufstellt, sollte das zu denken geben und Anlaß sein, die plakative Kennzeichnung einer politischen Haltung als »faschistisch« zu vermeiden. Dieser Ausrutscher ins Unpräzise ändert jedoch nichts an der Qualität des Beitrags von Roloff, dessen Schlußfolgerungen im Hinblick auf die Tendenzen zu einer »formierten Gesellschaft ohne Kommunisten und Ausländer« in der bundesrepublikanischen Verfassungswirklichkeit in weitem Umfang ihre Bestätigung finden.

Die Ausführungen Roloffs sollten in unmittelbarem Zusammenhang mit dem informativen Beitrag von Kuessner »Die Braunschweigische Ev.-Luth. Landeskirche und der Nationalsozialismus« gesehen werden. Braunschweig war, wie weitere Landesteile Niedersachsens vor der großen Völkerwanderung vor und nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges, überwiegend protestantisch. Daß nicht nur die protestantische, sondern auch die katholische Kirche in der NS-Zeit schuldig geworden ist, dürfte inzwischen hinreichend bekannt sein. In den evangelisch-lutherischen Landeskirchen wurde – soweit die Spitzen der Kirche willig waren und das waren sie weithin – die Anerkennung der nationalsozialistischen Führung zur Glaubensfrage. Die lutherische Gehorsamslehre, das Gebot von »Gehorsam und Dienst gegen alle die, welche uns zur Obrigkeit gesetzt sind« (Luther, Sermon von den guten Werken) bewirkte unmittelbar das, was Kuessner als »christliche Diktatur« bezeichnet. Verstärkt wurde die Hinwendung der evangelisch-lutherischen Kirche in Niedersachsen zur nationalsozialistischen Obrigkeit durch die Verquickungen von Kirche und Staat im Bereich der Kirchenfinanzen und des Schulverfassungsrechts. Daß der Nationalsozialismus, zumindest in seiner Anfangsphase, die »Volkirche« propagierte und damit die in der Weimarer Reichsverfassung vollzogene

Trennung von Staat und Kirche wieder aufhob, daß die nationalsozialistische Führung geschickt taktierte und – zunächst – der Kirche die Finanzmittel wieder zukommen ließ, die ihr nach der Weimarer Reichsverfassung verwehrt waren, verstärkte das »Ja für Adolf Hitler«, das christliche Gebet für »den Führer und sein Werk« (S. 94).

Die Entwicklung der »Kirchenpartei« der »Deutschen Christen« zu einer Gruppierung, deren Christentum in einer Art germanischer Mythologie mit Thingstätten, Sonnenwendfeiern, Baldur-Verehrung bestand, war im Sinne des Nationalsozialismus folgerichtig. Die Irritationen, die dadurch bei einigen Pfarrern und anderen Mitgliedern der Landeskirche entstanden, wirkten sich auf die grundsätzlich zustimmende Haltung der evangelisch-lutherischen Kirche zur nationalsozialistischen Führung nicht aus. Diejenigen, die sich gegen den Antisemitismus, gegen die »Arisierung« der christlichen Lehre (mit einer »Reinigung« von Gesang- und Konfirmandenbüchern von »Jüdischem« wie Zion, Jehova etc.) wandten, die sich im Pfarrernotbund zusammenschlossen, der auf Reichsebene von Pfarrer Niemöller gegründet worden war, wurden entweder verfolgt oder zumindest jeglichen Einflusses in der Kirche enthoben; die Beispiele, die Kuessner für den Braunschweiger Raum anführt, sprechen für sich. Wenn Kuessner seinen Beitrag resignierend damit beschließt, daß die Einsicht des Stuttgarter Schulbekenntnisses der Evangelischen Kirche »... wir klagen uns an, daß wir nicht mutiger bekannt haben« von der Mehrzahl der Pfarrerschaft und des Volkes nicht mit getragen werde, so stellt sich angesichts der derzeitigen Situation unmittelbar die Frage: Inwieweit werden die katholische und die evangelische Kirche zur Friedensbewegung von heute bei einem Wortbekenntnis bleiben? Werden sie sich auf ihre – angeblich – unpolitische Funktion zurückziehen oder werden sie das ernst nehmen, was eine große Anzahl insbesondere der jungen Pfarrer und der jungen Christen bewegt?

Im Hinblick auf die Beiträge von Kramer und Leim bin ich eine denkbar ungeeignete, weil schwerlich objektive Rezensentin: Die von beiden Autoren genannten Namen der Braunschweiger Juristen der NS-Zeit sind mir nur allzu vertraut und die »Rechtspflege« jener Zeit sowie die Reaktionen der Juristen und der Bürger der Stadt Braunschweig auf die Gewalttaten von SS und SA in Details be-

kannt, die das Ausmaß dessen übertreffen, was in beiden Beiträgen geschildert wird. Der von Leim mehrfach zitierte damalige Landgerichtsrat Staff war mein – 1976 verstorbener – Mann; es fand sich kein Braunschweiger Jurist, der die SS- und SA-Leute anklagte, die ihn und von Griesbach, wie Leim zutreffend berichtet, auf der Straße blutig schlugen; ehemalige Schulkameraden des humanistischen (!) Wilhelmgymnasiums wichen auf der Straße aus, um den »Sozi« Staff nicht grüßen zu müssen und waren – teils – an den Gewalttaten in der AOK Braunschweig beteiligt.

Das, was Kramer und Leim an Fakten von der Braunschweiger Justiz in der NS-Zeit berichten, ist ein lokaler Ausschnitt dessen, was sich im »Großdeutschen Raum« an Gerechtigkeitspflege ereignete. Längst ist die Fama widerlegt, die amtierenden Juristen seien durch die NS-Gesetzgebung gezwungen gewesen, Todesurteile zu verhängen, harte Strafen auszusprechen, Juden und sonstige »Volksfeinde« in Zivilprozessen zu benachteiligen. Die von Kramer und Leim angeführten Beispiele aus der Braunschweiger Justizgeschichte der NS-Zeit machen deutlich, was für die Justiz im Reichsgebiet insgesamt Gültigkeit hatte: Es war nicht Gesetzespositivismus, der die Juristen zu einer ganz bestimmten »Recht«-sprechung veranlaßte; nicht einmal die Freiräume der nationalsozialistischen Gesetze wurden ausgenutzt, die eine mildere Beurteilung, z. B. Freiheitsstrafe statt Todesstrafe zuließen; die Fülle unbestimmter Rechtsbegriffe in den nationalsozialistischen Gesetzen wurden i. S. nationalsozialistischer Ideologie interpretiert. Unterstrichen werden muß zudem, was Kramer und Leim übereinstimmend darlegen: Es ist kein Fall bekannt, in dem ein Richter oder Staatsanwalt verfolgt wurde, weil er Recht statt Unrecht sprach; er galt nur als »politisch unzuverlässig« und wurde nicht befördert.

Hier liegt einer der wunden Punkte, die beängstigend wirken. Bereitschaft zu aktivem Widerstand gegen ein Unrechts-System ist eine persönliche Gewissensfrage, deren Fehlen von einem Außenstehenden schwerlich verurteilt werden kann; Bereitschaft zu opportunistischem Verhalten innerhalb des bürokratischen Apparats der Justiz deutet auf eine Haltung hin, die Zweifel an der inneren Unabhängigkeit erwecken, die von Juristen zumindest erwartet wird. Wenn Kramer und Leim die Situation nach 1945 schildern, die Art der Entnazifizierungsverfahren, die Re-

aktionen der Spitzen der Justizverwaltung, die letztendlich dazu führten, daß – bis auf wenige extreme Ausnahmefälle – personell alles beim alten blieb, so liegt darin auch eine Form des Opportunismus: Das reibungslose Funktionieren des Justizapparates mit Hilfe alteingeübter Fachleute schien wichtiger als ein mühsamer Neuanfang ohne die Juristen, die nunmehr größtenteils – nach ihren Amts-eiden in der Weimarer Republik und im Hitler-Staat – ihren dritten Eid schworen, dem demokratischen, sozialen Bundesstaat treu zu dienen. Die Ängste, die Kramer und Leim im Hinblick auf die derzeitige Situation der Justiz äußern, daß noch einmal geschehen könnte, was sich an Unmenschlichkeit ereignete, können nicht ernst genug genommen werden. Es ist nicht einmal so, wie Kramer es hinsichtlich der universitären Juristenausbildung annimmt: Ich kann zumindest für meinen eigenen Fachbereich an der Universität Frankfurt am Main bezeugen, daß Rechtshistoriker, Zivilrechtler, Strafrechtler, Öffentlichrechtler gleichermaßen mit Studenten das aufzuarbeiten versuchen, was sich in der deutschen Justizgeschichte ereignet hat. Aber es ist eine altbekannte Tatsache, daß auch die (und vielleicht: gerade die) Studenten ihr Examen bestehen, die geistesgeschichtlich nichts, juristisch-technisch alles beherrschen. Wie werden sie in politischen Krisenzeiten (und in ihnen befinden wir uns derzeit permanent) reagieren? Hätten wir eine Tradition der »Humana civitas«, wie Ernst Troeltsch es 1922 einmal nannte, man könnte beruhigt sein, aber gerade sie haben wir nicht. Der Herausgeber von »Braunschweig unterm Hakenkreuz« wäre gut beraten gewesen, hätte er ausschließlich die bisher rezensierten, insgesamt ausgezeichneten Beiträge und die beigefügten informativen Dokumente publiziert. Den Beitrag von Jürgen Wolf »Deutsche Kontinuitäten – Ergebnisse der Veranstaltungsreihe »Braunschweig unterm Hakenkreuz« kann man eher als literarischen Unglücksfall bezeichnen. Wolf schildert, was er »persönlich aus der Vortragsreihe gelernt« hat. Zu hoffen ist, daß der Lernprozeß anderer Veranstaltungsteilnehmer differenzierter und fundierter ist. Positiv am Beitrag Wolfs ist allein die deutliche Betroffenheit des Verfassers; einen rationalen Durchblick durch die Zusammenhänge des Geschehens in der NS-Zeit hat er nicht gewonnen. Ich greife einige Beispiele heraus: In den Ausführungen von Roloff, Kramer, Leim und Kuessner

wird – wie angesichts der Situation 1945 nicht anders zu erwarten war – überaus deutlich, daß die deutsche Bevölkerung mit Ende der NS-Zeit nicht plötzlich aus geläuterten Demokraten bestand. Wolf wirft dem Parlamentarischen Rat vor, sich mit dem Argument, die Deutschen seien nicht reif für eine Demokratie, für ein repräsentatives System entschieden zu haben. War dies Argument falsch? Hauptargument für die Ausgestaltung einer repräsentativen Demokratie im Grundgesetz war übrigens nicht die »Unreife des deutschen Volkes«, sondern die katastrophalen Auswirkungen der unglückseligen Mischung von repräsentativen und plebiszitären Elementen in der Weimarer Reichsverfassung. Eine ganz andere Frage ist, daß Lehre und Rechtsprechung in der Bundesrepublik die partizipatorischen Ansätze, die das Grundgesetz enthält, nur sehr vereinzelt (beispielsweise im Baurecht) zum Tragen haben kommen lassen, im übrigen aber zurückgedrängt haben. Auch der Rückgriff auf naturrechtliche Grundsätze, der nach 1945 vehement einsetzte, ist für Wolf Stein des Anstoßes. Daß naturrechtliche Formeln Schein-Legitimationen zu geben imstande sind, ist eine hinreichend bekannte Weisheit, die in der philosophischen, soziologischen und rechtswissenschaftlichen Literatur extensiv behandelt worden ist. Aber auf was konnte man bei der Ausformulierung der Grundrechte zurückgreifen als auf die schlichten naturrechtlichen Grundsätze wie die Würde des Menschen, die Unantastbarkeit seiner seelischen und körperlichen Integrität, das Toleranzgebot? Die Ursachen des Mißbrauchs des Naturrechts durch die höchstrichterliche Rechtsprechung in der Bundesrepublik (mit geradezu grotesken Auswüchsen insbesondere auf dem Gebiet der Sexualmoral) liegen nicht im Naturrecht selbst, sondern in Strukturen, die Wolf zumindest teilweise aus den Beiträgen von Roloff, Kramer, Leim und Kuessner hätte ablesen können. Zudem: Nicht aus dem Rückgriff auf christliches Naturrecht entstand – so Wolf – der »Anti-Kommunismus als tragende Staatsideologie«. Daß wir keine »offene Gesellschaft« (Popper) sind, hat sehr viel differenziertere Gründe, die durch historische Fakten belegbar sind.

Ganz schlimm wird es, wenn Wolf (S. 126) das »Sinndefizit« der Deutschen betrauert und vermerkt, daß die deutschen Soldaten im Weltkrieg »keine übergreifenden Sinnfragen« mehr gestellt hätten; an anderer Stelle (S. 125)

heißt es, die Wohnungspolitik nach 1945 habe »gewachsene Gemeinschaften« aufgelöst und es seien »mobile, wenig bodenständige Arbeitskräfte« entstanden, die man leicht der Industrieentwicklung habe anpassen können. Ob Wolf wirklich nicht gemerkt hat, daß die »gewachsenen bodenständigen Gemeinschaften« in der NS-Zeit genau das waren, was zur Durchsetzung nationalsozialistischer Ideologie diente? Ist ihm niemals bewußt geworden, was die »Sinnfrage« in der spezifisch deutschen philosophischen Tradition bedeutet und wohin die Orientierung an »übergreifenden Sinnfragen« geführt hat? Sollte eine Neuauflage von »Braunschweig unterm Hakenkreuz« herausgegeben werden, so wäre ein Verzicht auf Wolfs Beitrag kein Verlust für die deutsche politologische Literatur.

So nachdrücklich die Lektüre von »Braunschweig unterm Hakenkreuz« empfohlen werden kann, so bedeutungslos ist m. E. der von Holtfort, Kandel, Köppen und Vultejus herausgegebene Band »Hinter den Fassaden«, der »Geschichte und Gegenwart« der Stadt Celle zu beleuchten versucht. Unter dem Obertitel »Denkmäler«, »Mahnmal Ber-

gen-Belsen«, »Krieg und Nachkrieg«, »Rechtswahrer«, »Parteien«, »Meinungsbildung«, »Gesellschaft«, »Traditionen«, »Spezialitäten« präsentieren sich 44 Autoren auf 252 Seiten. Entstanden ist eine reichlich diffuse Mischung von Berichten, die teils dokumentarischen, teils aber ausschließlich emotionalen Charakter haben. Ein Jammer, daß die wenigen ausgezeichneten Beiträge – hervorgehoben sei besonders die erschütternde Darstellung von Lin Jaldati über Bergen-Belsen, »Hölle ohne Gnade« und der Beitrag von Ulrich Vultejus, »Goldene Jugendzeit«, der ein Lehrstück deutscher Justizpolitik ganz besonderer Art darstellt – untergehen in dem übrigen mittelmäßigen Vielerlei. Das in dem Band enthaltene Material hätte entweder so gestrafft und geordnet werden müssen, daß eine exakte soziologische Analyse möglich geworden wäre oder man hätte Streu von Weizen trennen sollen und hätte ein »Lesebuch« besonders für die junge Generation schaffen können. In der präsentierten Form ist der Band weder Dokumentation (dazu ist vieles zu unpräzise) noch lohnende Literatur (dazu ist vieles qualitativ zu miserabel und – teils – schlicht langweilig).

*Ilse Staff*

*Rainer Eckertz, Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen. Eine Kritik des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 13. April 1978, Heidelberg 1981, 117 S., DM 9,50 (Zu beziehen bei der Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft, Schmeilweg 5, 6900 Heidelberg 1)*

Das »Wehrpflicht-Urteil« bildet den Höhepunkt der häufig und heftig kritisierten verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung der 70er Jahre. Die Fachkritik rügte an dem Judikat die restriktive Bestimmung des »Kernbereichs« von Art. 4 III GG, die Neuschöpfung von dogmatischen Figuren wie »Wehrgerechtigkeit«, den Entwurf der grundrechtsimmanenten Schranke einer »funktionsfähigen militärischen Landesverteidigung« und die Relativierung des Diskriminierungsverbots von Art. 12 a II 2, 3 GG. Methode und Stil der Argumentation wurden eher en passant mit kritischen Anmerkungen versehen. Demgegenüber legt Eckertz' Urteilsanalyse den Schwerpunkt auf die Untersuchung der methodisch-denkerischen Konsistenz der Argumentation. Thematischer Leitfadener Ana-

lyse ist die Frage nach der Bestimmung des Verhältnisses von Individuum und Staat und der dem Recht zugewiesenen Aufgabe in diesem Verhältnis. Rechtsdogmatischer Ausgangspunkt ist die vor allem von Böckenförde und Luhmann vorgetragene Deutung der Gewissensfreiheit als einem Grund- und Menschenrecht, in dem die Spannung zwischen Individuum und Staat den Punkt höchster Intensität erreiche. Indem die Gewissensfreiheit dem privaten Gewissensurteil den Vorrang vor der Befugnis des Staates, über Recht und Unrecht zu entscheiden, einräume, werde das staatliche Entscheidungsmonopol an den einzelnen zurückgegeben. Art. 4 III GG verschärfe diese Spannung noch, indem er der Gewissensentscheidung den Vorrang über die Ausnahmesituation des zwischenstaatlichen Krieges zugestehe. »In der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen prallt das Individuum im Falle seiner extremsten Möglichkeit auf den Staat im Falle seiner extremsten Möglichkeit.« (1) Nach Eckertz ist es die Aufgabe des Rechts, diese Spannung zu entschärfen, um den Zu-

sammenprall von Staat und Kriegsdienstverweigerer zu verhindern oder zumindest soweit abzuschwächen, daß die Persönlichkeit des Verweigerers nicht entwürdigt oder gar zerbrochen wird.

Für seine These, im Recht der Kriegsdienstverweigerung sei wie in keinem anderen Grundrecht das Grundverhältnis von Individuum und Staat thematisiert, findet Eckertz im Urteil reichhaltige Belege. So setzen die Entscheidungsgründe nicht bei der Prüfung von Art. 4 III GG an, sondern postulieren vorab eine verfassungsrechtliche »Grundentscheidung für die militärische Landesverteidigung«. In einem weiteren Argumentationsschritt wird dieses Schutzgut gegen Art. 4 III GG abgewogen, wobei ein aus Art. 3 I GG konstruierter Grundsatz der Wehrgerechtigkeit dafür Sorge trägt, daß das Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung nur solchen Verweigerern zusteht, bei denen sich der Staat von der Authentizität einer Gewissensentscheidung positiv überzeugt hat. Daß es bei der Wehrgerechtigkeit um mehr und im Kern um etwas anderes als den allgemeinen Gleichheitssatz geht, verrät der Satz, von der Wehrgerechtigkeit hänge »nicht zuletzt auch ab, ob die individuelle Wehrbereitschaft im Sinne der Einsicht, persönliche Opfer für das Gemeinwesen erbringen zu müssen, erhalten werden kann«. Es versteht sich, daß eine solche Einsicht von der empirischen Möglichkeit abhängt, das Gemeinwesen als schützens- und achtenswert erleben zu können. Das Gericht zeigt sich mißtrauisch, ob die Realität der Bundesrepublik solche Erlebnisse gestattet. Anders wäre nicht zu erklären, warum es in einem Stakkato von Sätzen der Ergriffenheit die staatliche Realität mit der Verfassung gleichsetzt. Daß ein »grundrechtsgarantierender Staat«, der »Menschenwürde, Leben, Freiheit und Eigentum als Grundrechte anerkennt und schützt«, seinen eigenen Schutz zur Pflicht »seiner« Bürger zu machen befugt ist, erscheint dann nur noch als eine selbstverständliche Konkretisierung des Prinzips der Gegenseitigkeit: »Individueller grundrechtlicher Schutzanspruch und gemeinschaftsbezogene Pflicht des Bürgers eines demokratisch verfaßten Staates, zur Sicherung dieser Verfassungsordnung beizutragen, entsprechen einander.« Im »Radikalen-Judikat« hatte das BVerfG das Eintreten für diesen Staat vom Beamten verlangt, nun fordert es von jedem Bürger, für den grundrechtsschützenden Staat einzutreten, notfalls

auch mit Leib und Leben. Eckertz' düstere Prognose klingt keineswegs überzogen: »Das Dictum des BVerfGs läßt es denkbar werden, daß bei einer inneren oder äußeren Bedrohung des Staates die Bürger zur Abgabe von Treueerklärungen oder zur Teilnahme an die Solidarität bekräftigenden Veranstaltungen verpflichtet werden könnten.« (79)

Nun ist die Kritik an der in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung anzutreffenden Neigung, Verfassungsrecht und staatliche Wirklichkeit gleichzusetzen, nicht neu. Eckertz' Studie unterscheidet sich von den in den vergangenen Jahren vorgelegten Arbeiten dadurch, daß sie weder methodologisch argumentiert, d. h. Verstöße gegen den juristischen Methodenkanon und die Rangfolge der Konkretisierungselemente nachzeichnet, noch sich in die Auseinandersetzung mit Wertlehren begibt, sondern eine Stufe tiefer ansetzt und nach dem in dieser Rechtspraxis dokumentierten Wissenschaftsverständnis fragt. Geleitet wird die Kritik von einem Begriff von Rechtswissenschaft, dessen konstitutives Merkmal die Fähigkeit zur Unterscheidung ist. Wie sehr die Rechtsprechung des BVerfGs von einer Scheu vor Unterscheidungen geprägt ist, beleuchten die Einebnung der Differenz zwischen dem Staat als vorlegaler Voraussetzung der Rechtsordnung und dem positiven Verfassungsrecht sowie die Mißachtung der Unterscheidung von Recht und Ethik. Eckertz' Analyse gelangt zu dem Ergebnis, daß der Topos »Einheit der Verfassung« mehr ist als eines jener Theorie-Elemente, ohne die Verfassungsrechtsdogmatik nicht mehr auskommt. »Einheit« ist vielmehr das Prinzip dieser Rechtspraxis, mehr noch: ihr geheimes Glaubensbekenntnis, das den von Ipsen (ZRP 1978, 157) kritisierten »distanzlosen Stil« oder das – wie Eckertz schreibt – »Aussprechen von Sätzen, durch die die recht Gesonnenen sich bestärkt fühlen können« (70), ebenso wie die partielle Bereitschaft erklärt, diejenigen, die außerhalb der vorausgesetzten Einheit der Herzen stehen, zu Feinden der Einheit der recht Gesonnenen zu bestimmen. Es artikuliert sich hier ein Verständnis von Rechtswissenschaft, das nicht durch das kantische Denken hindurchgegangen, sondern bei der Identitätsphilosophie eines um seine aufklärerischen Partikel verkürzten Rousseauismus stehengeblieben zu sein scheint. Eckertz sieht diese hausgemachte Rechtsphilosophie in der Gefahr, daß sie die Aufgabe der Rechtsordnung verkennt,

zwischen Staat und Bürger zu vermitteln, also statt Identifikation zu verlangen, dem Bürger zu ermöglichen, differenziert zu negieren. »Der Einzelne muß Bestimmtes negieren können, ohne das Ganze negieren zu müssen.« (88) In der Tat, der fehlende Sinn für abgestufte institutionelle Vermittlungen zwischen Bürger und Staat läßt diese Juristenphilosophie als das seitenverkehrte Spiegelbild jener globalen Staatskritiken erscheinen, über deren intellektuellen Tiefgang den Rezensionen alltäglich ein unübersehbarer Widerspruch mit der Aufforderung: »Staat – hau ab« belehrt.

Eckertz' Studie ist keine methodologische, eher schon eine philosophische Kritik. Daß Kritik die Kunst der Unterscheidung und in der kantischen Philosophie zur Vollendung gebracht ist, erscheint schon angesichts eines Zeitgeistes, der Vernunftkritik treibt, ohne sich der begrifflichen Grundlage dieses Treibens versichert zu haben, eine notwendige und fruchtbare Erinnerung. Fruchtbar auch insofern, als das kantische Unterscheidungsdenken dem Rechtspositivismus zugrunde liegt und die neuere Methodendiskussion sich in der Tradition des Anspruchs bestimmt, Sein und Sollen sowie Recht und Ethik auseinander halten zu können. Die methodenkritische Literatur zeigt aber auch, daß man das zentrale Problem jeder juristischen Entscheidung, die Vermittlung von Faktizität und Normativität, nicht dadurch löst, daß man es verdrängt. Eckertz' Ausblendung aller methodologischen Fragestellungen und sein unmittelbarer Rekurs auf die kantische Philosophie im Rahmen einer Urteilsanalyse suggerieren, daß juristische Auslegung ohne methodologische Regeln, insbesondere ohne Normbereichsanalysen auskommt, d. h. daß die Vermittlung von Sein und Sollen und damit die Integration auch von sozialwissenschaftlichen Auslegungstechniken überhaupt kein Problem juristischen Arbeitens sei. Zwar haben die Größen des staatsrechtlichen Posi-

tivismus ähnlich gedacht, jedoch stand – um nur einen Weimarer Positivisten zu nennen – Kelsens »methodologischer Nihilismus« unter der Voraussetzung, daß es (fast) keine Verfassungsgerichtsbarkeit gab. Heute hingegen liefert die Rechtsprechung des BVerfG, wie die vorliegende Arbeit ja auch sehr schön belegt, immer wieder ausreichende Gründe, sich den Kopf zu zerbrechen, wie die Vermittlung von Faktizität und Normativität methodisch konsistent gelingen kann.

Es ist wohl auch der Vorliebe des Autors für philosophische Themen geschuldet, daß er im letzten Abschnitt seiner Arbeit (88 ff.) das Spannungsverhältnis zwischen Staat und Gewissensfreiheit in Anlehnung an die skeptische Methode Kants zu »Antinomien der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen« verschärft. Kant erklärt die Antinomien der theoretischen und praktischen Vernunft aus einem von der spekulierenden Vernunft erzeugten dialektischen Schein, der immer dann entstehen muß, wenn Erscheinungen der Sinnenwelt für Dinge an sich gehalten werden. Abgesehen davon, daß im kantischen Denken die Antinomien notwendig und allein mit logischen Mitteln nicht auflösbar sind, überzeugt Eckertz' Auflösung vermittels des Rückgriffs auf logische Argumentationsfiguren auch deshalb nicht, weil er den an das Recht wiederholt herangetragenen Anspruch, »Widersprüche zu entschärfen«, an diesem kritischen Punkt seiner Arbeit nicht einhält. Der Anleihe bei der modernen Logik hätte es freilich gar nicht bedurft, denn sieht man sich die »Antinomien« genauer an, stellt man fest, daß es sich um schlichte, aber leider sehr gängige Widersprüche handelt, die einer Vermischung von verfassungsrechtlichen mit politischen Argumenten geschuldet sind. Etwas weniger philosophischer Höhenflug und ein klein wenig mehr Interesse für die juristische Methodendiskussion hätten der im übrigen präzise argumentierenden und stilistisch eleganten Arbeit gut getan.

Volker Neumann

Michael Kittner (Hrsg.), *Arbeitsmarkt – ökonomische, soziale und rechtliche Grundlagen*, Heidelberg 1982 (C. F. Müller Verlag/Uni-Taschenbücher 1132), 338 Seiten, DM 26,80

1. Um es vorwegzunehmen: der Band löst nicht ein, was sein Titel verspricht. Als

»kleine Anthologie« von Referaten eines gemeinsamen Seminars des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesanstalt für Arbeit (BA) und der Gesamthochschule Kassel konzipiert und um eine leistungswerte Einführung von Michael Kittner ergänzt, sind es ausschließlich Juristen, die

sich mit unterschiedlichem Erfolg bemühen, Teilaspekte ihrer jeweiligen Spezialdisziplinen auf den Gegenstand des Bandes – Arbeitsmarkt – zu beziehen. Dies mag für die vornehmlich ökonomisch, soziologisch und politisch konstituierte Arbeitsmarktforschung ein Gewinn sein, konstatiert Kittner doch: »Eine ganz wesentliche Forschungslücke ist offenkundig die bislang praktisch nicht geleistete Aufarbeitung dessen, was die geltende Rechtsordnung für die Abläufe des Arbeitsmarktes bedeutet.« (14) Für die juristischen Disziplinen, denen selbst bis weit ins Arbeitsrecht hinein die Kategorie Arbeitsmarkt eine Unbekannte ist, wird diese editorische Beschränkung kaum von Gewinn sein. Das Postulat auf gegenseitige Einbeziehung der Erkenntnisse von Sozial- und Rechtswissenschaften, gar ihrer Integration (ebd.) läuft so weitgehend leer, sind neben Kittner doch nur Nagel (s. u. 5.) und Pfarr (s. u. 6.) in der Lage, eine ausschließlich normative Bearbeitung ihrer Themen zu sprengen, indem sie auch theoretische Prämissen der in Bezug genommenen Nachbardisziplinen diskutieren. Die übrigen Autoren – soweit sie sich überhaupt die Mühe machen, nach Nahtstellen für die Einbeziehung anderer Wissenschaftsdisziplinen zu suchen – scheitern an einem falschen Verständnis von Integration der Sozialwissenschaften, das diesen nur die Funktion zubilligt, das kognitive juristische Realitätsdefizit beheben zu dürfen. Der Verweis auf fehlende oder unzureichende empirische Belege seitens der Sozialwissenschaften zur realen Wirksamkeit arbeitsmarktrelevanter Normen wird so penetrant.

2. Diesen Mangel der meisten Beiträge des Bandes – von denen hier nur die wichtigen referiert und beurteilt werden können – sucht Michael Kittners »Arbeitsmarkt und Recht – Eine Einführung« (11 ff.) zu beheben, die sich zunächst mit der realsoziologischen Erfassung der Kategorie Arbeitsmarkt beschäftigt. Zwei Besonderheiten sind es, die den Arbeitsmarkt charakterisieren: die personale Gebundenheit der Ware Arbeitskraft an das sie verkaufende Subjekt verbunden mit dessen unbedingter Angewiesenheit auf diesen Verkauf und die Tatsache, daß der Arbeitsmarkt ein abgeleiteter Markt ist, d. h. daß die Nachfrage nach der Ware Arbeitskraft sich grundsätzlich *nicht* aus dem Marktmechanismus des Gutes »Arbeit« erklären läßt, sondern sich abgeleitet aus der gesamtwirtschaftlichen Nachfrage nach Gütern und Dienstlei-

stungen sowie dem Produktionsziel der Beschäftigter ergibt.

Die hieraus folgenden Konsequenzen sind weitreichend, umschließt damit doch das Arbeitsmarktinteresse der Beteiligten – kontrastierend zur gängigen Reduktion des Themas auf den quantitativen Bestand von Arbeitsplätzen bzw. Arbeitslosen in der öffentlichen Diskussion – jeweils ein Bündel heterogener Ziele (Einkommen, Qualifikation, Arbeitszeit, -bedingungen wie -ort), die sich nicht unbedingt und allein auf den Nenner des Klassenantagonismus zwischen Kapital und Arbeit bringen lassen und zudem noch um die Interessen der Sphäre der Politik ergänzt werden. Kittner versteht es, das komplexe Interessenskonglomerat, das sich in der Kategorie Arbeitsmarkt verbirgt, in differenzierter Argumentation aufzudröseln und auch die Konsequenzen für den Arbeitsmarkt, die sich aus den unterschiedlichen Strategien der Interessendurchsetzung ergeben (Segmentierung des Arbeitsmarkts und unterschiedliche Strukturen des jeweiligen Teilarbeitsmarkts) darzustellen.

Allerdings ist hier auch der Ort, wo Kritik an Kittner angemeldet werden muß. Es ist zwar richtig, wie er in der Behandlung der »Machtverteilung auf dem Arbeitsmarkt und seine kollektive Organisation« (42 ff.) eine »typische strukturelle Dominanz der Arbeitgeberseite« (47) nachweist.<sup>1</sup> Doch entlastet der Verweis auf die fast durchgängige Erfolglosigkeit qualitativer gewerkschaftlicher Tarifpolitik (i. e. Fragen der Arbeitsplatzsicherheit und Arbeitsbedingungen etc.) (48 f.) kaum von dem Vorwurf der Konzentration der Gewerkschaften auf quantitative Tarifpolitik und damit der – zumindest passiven – Teilhabe an der bruch- und fast konfliktlosen Etablierung einer unternehmerischen Beschäftigungsstrategie, die die Arbeitnehmer in Stamm- und Randbelegschaften spaltet. Die im Verein hiermit unternommene Delegation der »besonderen« Interessen der von der Arbeitslosigkeit besonders betroffenen Arbeitnehmergruppen an die politische Betriebsamkeit gewerkschaftlicher Arbeitskreise und Fachkongresse mit deren eher erfolg- und sinnlosen Apellen an den Gesetzgeber tangiert nicht nur, wie Kittner dies vornehmlich sieht, die gewerkschaftliche Konfliktfähigkeit mit dem Kapital, sondern auch

<sup>1</sup> Vgl. zuletzt Heinze, Verbändepolitik und »Neokorporatismus«, Opladen 1981, insbes. S. 41 ff.

den Anspruch der Gewerkschaften, die Interessenvertretung der Arbeitnehmer in der Bundesrepublik zu sein.<sup>2</sup> Im übrigen ist gerade dieser Aspekt ein nicht zu vernachlässigendes Moment in der Dynamik der Auflösung der bisherigen »kollektiven Organisation des Arbeitsmarktes« unter den Bedingungen der Krise.

Der Versuch, die rechtliche Gestaltung des Arbeitsmarktes (52 ff.) zu erfassen, steht vor einer doppelten Schwierigkeit: Zum einen bewirkt die Aufgabe, im Rahmen des entwickelten umfassenden Verständnisses der Kategorie Arbeitsmarkt als komplexe Interessenaggregation jegliche arbeitsmarktrelevante Norm zu erfassen, die Ausweitung des Gegenstandes bis ins schier Unendliche – allein z. B. der Frage nachzugehen, wer Normgeber bezüglich des Arbeitsmarktes ist (70 ff.), erfordert die kursorische Behandlung von 14 (!) unterschiedlichen Kompetenzträgern, während die Normbereiche sich in allen Rechtsgebieten verorten lassen (vielleicht mit Ausnahme des Strafrechts); zum anderen nötigt die Unmöglichkeit der Übertragung der kategorialen Differenzierung zwischen markt-konstituierend/organisierendem und markt-intervenierendem Recht (Reich) in bezug auf den Arbeitsmarkt lediglich »umfassend von der Gestaltungsfunktion des Rechts zu sprechen, die sich im übrigen dann in unterschiedlichen Kategorien ausdrückt« (53) und zusammenfassend als »... die Summe einer Unzahl von nebeneinander bestehenden, sich teils überlagernden, teils verdrängenden oder ergänzenden Regelungen mit unterschiedlicher personeller und räumlicher Reichweite...« (87) bezeichnet wird.

Der beschränkte Erklärungsinhalt einer solchen Synthese ist zwar nicht dem Autor, sondern dem Gegenstand anzulasten, wirft allerdings ein bezeichnendes Licht auf die Realisierungschance seines ehrgeizigen Projekts, eine neue (Rechts-)Disziplin »namens ›Arbeitsmarktrecht‹ aus der Taufe zu heben« (15), selbst wenn es später zur »Kategorie eines problemorientierten Herangehens« (63) entscheidend reduziert wird.

Die Inhalte des den Arbeitsmarkt gestaltenden Rechts (90 ff.) können von Kittner ob der dargestellten Schwierigkeiten seiner Erfassung und Systematisierung nur kursorisch behandelt werden. In der Konfrontation mit

den unternehmerischen Freiheiten (107 ff.) wird allerdings deutlich, daß die rechtsförmige Intervention des Staates in den Arbeitsmarkt zugunsten der Arbeitnehmer am Primat der Kapitalinteressen nicht rührt.

3. Otto Ernst Kempens Aufsatz »Grundgesetz und Arbeitsmarkt« (129 ff.) ist eine verfassungsrechtliche Analyse, die auf der Schablone einer extensiven Sozialstaatsklausel-Interpretation verfährt. Diese ist Kempen nicht lediglich Ermächtigungsgrundlage zur Sozialgestaltung des in die Gesellschaft intervenierenden Staates, sondern mit ihr ist »der neue Staat... verfassungsrechtlich zwingend als soziales Ordnungsgefüge, d. h. wörtlich genommen als ein gesellschaftlicher Staat normiert.« (135) Orientierungspunkt ist dabei die möglichst umfassende und freie Entfaltung des Individuums, so daß sich hieraus zugleich die staatliche Verpflichtung der Herstellung von Partizipationschancen des Einzelnen an Entscheidungsvorgängen in Wirtschaft und Gesellschaft ergebe.

Auf den Gegenstand des Bandes gewendet, lassen sich aus diesem Sozialstaatsverständnis weitreichende Konsequenzen ziehen. Ergibt eine soziologisierende Betrachtung, daß Arbeitslosigkeit neben dem Entzug der Möglichkeit, durch eigene Arbeit die individuelle Reproduktion zu sichern, zugleich den Ausschluß von statusbegründender Kommunikation bedeutet, so rührt ein längerfristiger Ausschluß hiervon an die Menschenwürde. I. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG wird das Sozialstaatspostulat dann nicht nur zum Vehikel, daß das »Recht auf Arbeit«, sondern auch – wegen der Unaufhebbarkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG – einen »gesetzlich nicht aufhebbaren Primat der Vollbeschäftigungspolitik« (151) transportiert. Selbst die »wirtschaftspolitische Neutralität« des GG läßt sich insoweit relativieren, als sie »nur im Rahmen des übergreifenden Sozialstaatsprinzips« (148) bestehe. Insofern kann Kempen auch »erforderlichenfalls« nichtmarktkonforme Mittel der Intervention des Staates in den Arbeitsmarkt verlangen (151): Die Selbstverpflichtung des Staates auf marktkonforme Intervention mittels des Stabilitätsgesetzes (§ 1 StabG)<sup>3</sup> weist als einfachgesetzliche Regelung bei Nichterreichbarkeit der Ziele des berühmten »magischen Vierecks« keine Handlungsalternativen auf und vermag den Ge-

<sup>2</sup> Vgl. Heinze/Hinrichs/Offe/Olk, Einheitsprobleme der Einheitsgewerkschaft, Soziale Welt 1981, S. 19 ff.

<sup>3</sup> Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft v. 8. 6. 1967, BGBl. I, S. 581.

setzgeber nicht von seiner verfassungsmäßigen Verpflichtung aus dem Sozialstaatspostulat zu suspendieren; soweit demgegenüber Art. 109 Abs. 2 GG als Verfassungsnorm angeführt werde, betreffe dieser lediglich fiskalische Maßnahmen und Ermächtigungen des Staates, so daß sich keine Verpflichtung auf ausschließlich marktkonforme Intervention aus ihm ergebe. (148)

Dieses Sozialstaatspostulat-Verständnis muß sich die Frage stellen, inwieweit es nicht mit anderen Verfassungsnormen kollidiert. Kempens zwischengeschaltete Behandlung der einschlägigen Grundrechte der Art. 14, 12 Abs. 1 und 9 Abs. 3 GG will deshalb in Ergänzung der Ausführungen zum Sozialstaatspostulat und zu Art. 109 GG »die verfassungsrechtliche Reichweite derzeitiger Beschäftigungspolitik ausmessen« (137). Hierbei verfällt Kempen leider in eine interpretatorische Zurichtung der betroffenen Artikel, die diese zwar durchaus mit dem explizierten Sozialstaats-Verständnis kompatibel machen. Doch geschieht dies um den Preis lediglich selektiver argumentativer Applikation von Inhalten der herrschenden Interpretationspraxis, die wesentliche Restriktionen für Marktinterventionen des Staates aus den Grundrechtsgarantien ignoriert. Zumindest die Konfliktlinien, auf die sich die verfassungsrechtliche Legitimation der von Kempen eingeforderten Politik einzulassen hätte, hätten benannt werden sollen, will er sich dem Vorwurf, Verfassungstheologie zu betreiben, entziehen. Auch ein weiteres Argument legitimiert diesen Vorwurf. Selbst nach den amtlichen Angaben hat die Arbeitslosenzahl die 2-Millionen-Grenze bereits im Dezember 1982 überschritten. Prognostiziert werden ca. 2,5 Millionen Arbeitslose für das Frühjahr 1983<sup>4</sup> (wobei in den offiziellen Statistiken das reale Beschäftigungsproblem weiterhin verschleiert bleibt<sup>5</sup>). Damit dürfte der Zeitpunkt erreicht sein, an dem vom Versagen marktkonformer Steuerung gesprochen werden kann, so daß die »erforderlichenfalls« – nach Kempen grundgesetzlich verlangte! – nichtmarktkonforme Intervention erfolgen müßte. Weder ein politischer Träger – auch

nicht auf Arbeitnehmerseite<sup>6</sup> – noch eine programmatisch konsistente und konsensfähige Konzeption für eine derartige Politik ist aktuell vorhanden bzw. auf Zeit absehbar. So mag Kempen zwar eine *in sich* stimmige Konzeption alternativer Verfassungsinterpretation geliefert haben, doch haftet ihr als wesentliches Manko an, daß ihr der Bezug zum realen Modus der Interessenvermittlung und -durchsetzung in der Krise (hierzu s. u. 7) fehlt.

4. Der Beitrag von Manfred Zuleeg, »Subventionsrecht zur Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen« (155 ff.) ist eher eine Einführung in juristische Probleme der Subventionsgewährung. Wesentlicher Erkenntniswert der Ausführungen ist, daß es jenseits des AFG arbeitsplatzfördernde Subventionen im nennenswerten Umfang nicht gibt<sup>7</sup>, da in der gesetzesförmigen Programmierung von Investitionshilfen des Staates die Förderung der Errichtung von Arbeitsplätzen allenfalls als Sekundärzweck auftaucht, der im Kollisionsfall mit anderen Zwecksetzungen in der Rechtsprechung regelmäßig untergeht (159 f.).

5. Von arbeitsmarktpolitischen Interessen nahezu unberührt – wie das Subventionsrecht jenseits des AFG – sind sowohl die Normen wie die herrschende Praxis des Kartell- und Wettbewerbsrechts. Im Unterschied zu Zuleeg versucht Bernhard Nagel, »Der Schutz von Arbeitsplätzen im Kartell- und Wettbewerbsrecht« (187 ff.) nicht lediglich die deskriptive Erfassung dieses Zustands, sondern auch eine Argumentationslinie aufzuzeigen, wie bereits de lege lata Arbeitsplatzinteressen berücksichtigt werden können.

Sind Kartell- wie Wettbewerbsrecht mit ihren jeweiligen Schutzbereichen in der Zirkulationssphäre angesiedelt, so sind ihre sich aus der »doppelten Instrumentalität des Wirtschaftsrechts« (marktorganisierende wie staatsinterventionistische Funktion)<sup>8</sup> ergebenden mittelbaren Auswirkungen auf die Produktionssphäre dennoch evident. Konzentration des Kapitals, gleichgültig in wel-

6 Vgl. Esser, Gewerkschaften in der Krise, Frankfurt a. M. 1982.

7 So erwähnt z. B. ein »Wegweiser der niedersächsischen Industrie- und Handelskammern für öffentliche Finanzierungshilfen 1978« von den 60 wichtigsten Subventionen im Verwendungszweck lediglich zwei, die arbeitsmarktpolitisch ausgewiesen sind. Beides sind Einstellungsbeihilfen des Arbeitsamts.

8 Vgl. zur Ableitung dieser Differenzierung Reich, Markt und Recht, Neuwied/Darmstadt 1977, S. 29 ff., insbes. S. 64 ff.

4 Vgl. Frankfurter Rundschau v. 3. 12. 1982, S. 1 u. 3.

5 Vgl. exemplarisch die Berechnung von *realer* Arbeitslosigkeit für 1978 bei Heinrichs, Entwicklung der Arbeitslosigkeit und Arbeitsmarktpolitik in den Industrieländern, in: Starnberger Studien Bd. 4, Frankfurt a. M. 1980, 169 ff. (175 ff.): 993 000 offiziell registrierten Arbeitslosen steht real die Unterbeschäftigung von 2 614 000 erwerbsfähigen Personen gegenüber!

cher Form, vernichtet kurz- oder langfristig, mittel- oder unmittelbar Arbeitsplätze. In Zeiten ökonomischer Expansion und Prosperität ist dies für eine Theorie des Wettbewerbs (-rechts) und ihre Anpassung an die ökonomische Entwicklung, die in Richtung auf zunehmende Oligopolisierung und Monopolisierung der Märkte verläuft, ein zu vernachlässigender Aspekt. Dennoch legt die Theorie in dem Paradigmenwechsel von der Neo- bzw. Ordoliberalen Schule zur Theorie des monopolistischen Wettbewerbs bzw. funktionalistischer Wettbewerbs(-rechts)-theorien und die diesen Paradigmenwechsel reflektierenden Änderungen des GWB von 1973 und 1980 den Grundstein dafür, auch arbeitsmarktpolitische Aspekte in das Wettbewerbsrecht einfließen lassen zu können. Denn indem nunmehr anerkannt wird, daß die vormals rein im unbehinderten Kräftefeld des Marktes herzustellenden optimalen Wettbewerbsfunktionen wegen der Vermachtung der Märkte nicht mehr dem urwüchsigen Marktprozeß allein überantwortet werden können, sondern durch staatliche Intervention z. T. in quasi synthetischer Form herzustellen sind, ist zugleich ein Wandel in der Normstruktur des GWB indiziert. (204 ff.) Das traditionell konditional programmierte Recht des liberalen Gesetzes vermag wegen seiner Unflexibilität mit den realen ökonomischen Entwicklungen in der Konzentrationsbewegung nicht mitzuhalten und kann auch im Kollisionsfall mit Konjunktur- und Strukturpolitik dysfunktional sein. Es liegt daher nahe, die konditionale Programmierung des GWB aufzugeben zugunsten gesetzesförmiger Zweckprogramme nach Art von Lenkungs- und Planungsgesetzen, die Kompetenzen für Marktinterventionen staatlichen Instanzen zuordnen und inhaltliche Zielsetzungen normieren, anhand derer im konkreten Einzelfall durch Güterabwägung entschieden werden kann. Nagels These ist, daß sich das Kartellrecht einem solchen Normtyp immer mehr annähert (205) – durch Verwendung von Generalklauseln, unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensspielräumen der Kartellbehörde, insbesondere aber in der ausdrücklichen Anerkennung seiner marktinterventionistischen Funktion z. B. bei der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB und bei der Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle nach § 24 Abs. 3 GWB, mittels derer der Bundeswirtschaftsminister von einem nach Marktkriterien zu verhängenden

Fusionsverbot durch das Bundeskartellamt anhand politischer Kriterien suspendieren kann.

Damit hat sich das GWB von seiner zivilrechtlichen Grundlegung und Beschränktheit emanzipiert und kann als ein Teilbereich eines umfassenden Systems marktinterventionistischer Normen verstanden werden, die mittels des Sozialstaatsprinzips und der staatlichen Verantwortung für das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht (Art. 109 GG und § 1 StabG) ineinander integriert werden – eine Auffassung, die in der Wettbewerbs(-rechts)theorie anscheinend allmählich an Boden gewinnt.<sup>9</sup> Die Konsequenzen dieses Ansatzes deckt Nagel mit seiner anschließenden Kritik herrschender Interpretationspraxis unbestimmter Rechtsbegriffe, der Ermessensausübung durch die Kartellbehörde und der Praxis der Ministererlaubnis auf. (208 ff.) Klar wird hierbei, daß es nicht allein darauf ankommt, das Wettbewerbsrecht in das Ensemble der vorhandenen Interventionsnormen zu integrieren, sondern es auch notwendig und möglich ist, im Rahmen der Auslegung der Vorschriften des GWB neben wettbewerbstheoretischen Erwägungen auch dem Arbeitsplatzargument den seiner gesellschaftlichen Relevanz gebührenden Stellenwert zukommen zu lassen.

6. Unter den arbeitsrechtlichen Abhandlungen des Bandes sollte die von Heide M. Pfarr, »Besondere Arbeitnehmerschutzrechte zwischen sozialpolitischer Zielsetzung und arbeitsmarktpolitischer Dysfunktionalität« (259 ff.) besonders hervorgehoben werden, die anstelle des Verschanzens hinter fehlenden empirischen Untersuchungen Schritt für Schritt die scheinbare Konsistenz neoklassischer Erklärungsmodelle<sup>10</sup> zu den Ursachen der spezifischen Betroffenheit sog. Problemgruppen des Arbeitsmarktes (i. e. Frauen, Jugendliche, ältere Arbeitnehmer) demontiert. Nach diesen könne die arbeitsmarktpolitische Diskriminierung dieser Gruppen erst aufgehoben werden, wenn durch Abschaffung der sie besonders schützenden Gesetze die Verwertung ihrer Arbeitskraft in der Pro-

<sup>9</sup> Vgl. Tolksdorf, Stand und Entwicklungstendenzen der Wettbewerbstheorie, WuW 1980, 785 ff. (801 ff.).

<sup>10</sup> Vgl. die Beiträge von Soltwedel/Spiniger, Zur Erklärung der Beschäftigungsprobleme in ausgewählten Industriestaaten, Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung 2/76 und diess., Beschäftigungsprobleme in Industriestaaten, Beiträge zur Arbeitsmarkt- und Berufsforschung Nr. 10, 1976, an denen sich Pfarr insbesondere abarbeitet.

duktion wieder rentabel werde. Pfarr gelingt es, bereits grundlegende Prämissen des neoklassischen Paradigmas zu relativieren, indem sie dessen Verzicht »auf einen Versuch, die tatsächlich entstehenden Kosten bzw. Ertragsminderungen in ihrer allgemeinen Höhe wie in ihrer Differenziertheit nach Gruppen oder Maßnahmen zu benennen« (279) durch exemplarische »Überlegungen zu einer Quantifizierung der Belastungen« (279 ff.) ersetzt. Pfarrs Ergebnis ist, daß das besondere Arbeitsschutzrecht zwar die Kosten der Verwertung der Arbeitskraft der geschützten Arbeitnehmer im Vergleich zu ungeschützten Arbeitnehmergruppen erhöhen kann (nicht einmal muß!), sich insgesamt eine – selbst unter Zugrundelegung kapitalistischer Verwertungslogik – Unrentabilität dieser Arbeitnehmergruppen keinesfalls belegen läßt. Der Grenznutzen sinkt scheinbar nur theoretisch.

Damit kann Pfarr dazu übergehen, die Ursachen für die besondere Betroffenheit der »Problemgruppen des Arbeitsmarktes« zu benennen: ein Überangebot an Arbeitskräften auf dem Arbeitsmarkt, das es einer unternehmerischen Selektionsstrategie bei Kündigungen wie Einstellungen erlaubt, das betriebsinterne Qualifikations- und Leistungspotential über die Notwendigkeit der aktuel-

len Verwertung hinaus zu steigern<sup>11</sup> und – dies wäre zu ergänzen – die im Verein hiermit und auch hieran gebundene Etablierung eines spezifischen Modus der Interessensvermittlung zwischen Staat, Wirtschaft und Gewerkschaft in der Krise, der die Krisenlasten auf marginalisierte oder zu marginalisierende Gruppen zu übertragen sucht, um so die Folgenbewältigung sozial abgedeutet zu individualisieren und Konfliktpotentiale nach Möglichkeit zu minimieren.<sup>12</sup>

Die Verwirklichung der Forderungen der Neoklassiker würde – wie Pfarrs Ausführungen zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Schutzrechte belegen – mit dem gängigen, der h. M. zu entnehmenden Interpretationsset zur Sozialstaatsklausel kollidieren. Doch auch eine »h. M.« ist keine feststehende Größe. Den Kapriolen ihrer vornehmsten Vertreter zur Vereinbarkeit der derzeitigen sozio-ökonomischen Situation mit einem interpretatorisch wohl neu zu definierenden Sozialstaatsverständnis darf deshalb mit Spannung entgegengesehen werden.

*Christoph Schmidt*

<sup>11</sup> Hierzu besonders instruktiv sind die Ausführungen von Klees in der Einleitung zur Textausgabe des AFG, Neuwied/Darmstadt 1978, S. 15 ff. (57 ff.).

<sup>12</sup> Vgl. Esser, a. a. O.