

# Buchbesprechungen

*Karl-Helmz Fezer, Teilhabe und Verantwortung. Die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts, München (C. H. Beck) 1986, 624 S. DM 198,-*

Bei dem Buch handelt es sich um die Habilitationsschrift des Autors, die im Wintersemester 1981/82 von der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg angenommen worden ist. Bei der Überarbeitung für die Veröffentlichung ist die Literatur bis zum Herbst 1985 berücksichtigt worden. Der Verlag hat das Buch mit der folgenden Textpassage aus dem Vorwort angekündigt: »Die vorliegende Schrift ist ein Plädoyer für subjektivrechtliches Rechtsdenken zur Organisation einer pluralistischen Privatrechtsgesellschaft. In einer interdisziplinären Untersuchung sucht sie Erkenntnisse der Rechtsethnologie, Rechtsanthropologie, Rechtssoziologie, Rechtsmethodologie, Rechtstheorie und rechtshistorischen Forschung für ein eigenständiges und eigenwertiges System eines ethisch begründeten Privatrechts fruchtbar zu machen. Gegenstand der Arbeit sind Funktion und Struktur des subjektiven Rechts. Der erste Teil mündet in Vorüberlegungen zu einer pluralistischen Privatrechtstheorie ein, im zweiten Teil wird eine Lehre vom normativen Erfolgsunrecht im Deliktsrecht vorgetragen.«

In der Tat, ein ambitioniertes Unterfangen. Fezer versucht nicht mehr und nicht weniger als eine Neufundierung der Privatrechtstheorie der entwickelten Industriegesellschaft. Aufgrund ausgreifender Referate rechtsanthropologischer und rechtshistorischer Untersuchungen werden *norma agendi* (objektive Rechtsnorm) und *facultas agendi* (subjektives Recht) als Kontrapunkte des Privatrechts gegenübergestellt. Die Entwicklungsgeschichte des Rechts ist durch eine Bewegung vom Objektivismus über den Subjektivismus

(mit dem Höhepunkt der Naturrechtsentwürfe der Neuzeit) zum erneuten Vorrang des Objektivismus in dem modernen regulatorischen Recht gekennzeichnet. In letzterem sieht Fezer eine Gefährdung für ein Privatrecht, das seine Identität in der Einheit von Kultur, Ordnung und Freiheit zu finden hat. Fezer markiert auch eine entscheidende Schaltstelle für die Fehlentwicklung des modernen Privatrechts: Dies sei der Reduktionismus des bei Kant noch als Freiheitsvermögen konzipierten »persönlichen Rechts« durch Savigny auf Forderungsrecht und Eigentum. Statt dessen sei heute – als Ergebnis eines »Rechtsgesprächs zwischen Kant und Savigny« – Savigny mit Kant zu korrigieren und der personale Gehalt des subjektiven Rechts neu zu entfalten (S. 269).

Das in seiner »personalen Funktionsweise« wieder entdeckte subjektive Privatrecht nimmt drei Aufgaben wahr: die Kultur aufzunehmen (Kulturrezeption), die Ordnung zu begründen (ordnungskonstitutive Funktion) und individuelle Freiheit zu verbürgen (freiheitsoptimierende Funktion). Das moderne Privatrecht habe nicht mehr die Wahl zwischen Subjektivismus und Objektivismus, sondern müsse deren Gleichzeitigkeit und Polarität akzeptieren. Dies ist das Leitthema der Arbeit: Das subjektive Privatrecht ist eine Konkretion »verantworteter Teilhabe« einer Rechtsperson im Rechtsverkehr (S. 365). Das subjektive Recht wird verstanden als *Teilhabe*. Dies zielt auf eine komplementäre Strukturierung von Lebensbereichen. Insoweit gewährt es Handlungsfreiheit für die Entfaltung der Persönlichkeit des Individuums: Autonomie als Selbstgesetzgebung im Kantischen Sinn. Das Komplement der *Teilhabe* ist jedoch *Verantwortung*. Individualität ist ohne Sozialität und »Kulturalität« nicht denkbar. Die Ausbildung der Ver-

antwortung subjektivrechtlicher Rechtsmacht beinhaltet einen Prozeß der Reziprozisierung. Es werden die Schranken der privaten Rechte benannt. Hierbei sind soziale und ökonomische Machtstellungen zu berücksichtigen. Fezer spricht insoweit von Statusierung<sup>1</sup> (Re-Statusierung wäre angemessener). Als verantwortete Teilhabe ist das subjektive Privatrecht entwicklungs-offenes, dynamisches Recht. – Entscheidend aber bleibt wohl, daß durch die Wiedergewinnung der »personalen Funktion« des subjektiven Privatrechts als »Freiheitsverbürgung« Fezer zufolge eine ethische Fundierung des Privatrechts ermöglicht wird und damit auch ein einheitsstiftendes Prinzip für das Privatrecht wieder zur Verfügung steht. Der Prozeß der Instrumentalisierung des Privatrechts seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert in Sonderprivatrecht und Wirtschaftsrecht scheint so revidierbar (S. 269 FN 397). »Subjektivrechtliche Rechtsarbeit ist Rechtsarbeit am Sozialmodell der Gegenwart im Dienst der personalen Freiheit im Recht«.

Dieses über die Kantische Savigny-Kritik neu entdeckte subjektive Privatrecht und sein ethischer Personalismus fungieren schließlich auch noch als erste Bausteine einer »Rechtstheorie des Pluralismus«, des »Arbeits- und Forschungsprogramms der Zukunft« (S. 367). Diese Rechtstheorie besteht aus vier Elementen: (1) einem *Pluralismus der Rechtsmethoden*. Hier wird – zur nicht geringen Überraschung des Rezensenten – Popper's kritischer Rationalismus als juristische Erkenntnistheorie eingeführt. Diese Sichtweise läßt Fezer das Recht (!) als Theorie der Wirklichkeit begreifen (S. 370). Damit entpuppt sich auch der Gegensatz von Sein und Sollen als ein künstlicher: »Recht als Instrument der Wirklichkeitsgestaltung ist unmittelbar sensbezogen. Seine Normativität ist nichts anderes als die Autonomie der Entscheidung einer freien Gesellschaft für das ihr zukommende Recht« (S. 371). Da Recht nun aber doch evidentermaßen nicht nur aus falsifizierbaren<sup>2</sup> Hypothesen über gesellschaftliche Wirklichkeit besteht, bedarf die »Rechtserkenntnis auf der Grundlage des kritischen Rationalismus« der Ergänzung durch juristische Hermeneutik. Ich breche hier ab. Dieser

1 Unter Bezug auf H.S. Maine, *Ancient Law*, London 1861.

2 Der von Fezer in diesem Zusammenhang angesprochene Fallibilismus ist jedoch nicht ohne weiteres identisch mit Poppers Falsifikationismus.

Methodenpluralismus ähnelt eher einem Methodeneklektizismus. Die Entwicklung der Wissenschaftstheorie seit dem Ende der 60er Jahre scheint nicht mehr rezipiert worden zu sein. Die grundlegende Arbeit von Th. Kuhn<sup>3</sup> taucht in dem ca. 60 Seiten (!) umfassenden Literaturverzeichnis erst gar nicht auf. Die »Beerbung« des »Positivismusstreits«<sup>4</sup> durch die sprachanalytischen<sup>5</sup>, diskurs-<sup>6</sup> und systemtheoretischen<sup>7</sup> Ansätze bleibt – bis auf gelegentliche Erwähnung in den Fußnoten – undiskutiert.

Die Pluralität des Privatrechts wird schließlich komplettiert durch (2) den *Pluralismus der Rechtsverfahren*. Die Entstehung der Rechtssätze wird dem Verfahren »rationaler Rechtskritik« durch eine »Rechtsfindungsgemeinschaft«, bestehend aus Gesetzgeber, Rechtsprechung und akademischer Rechtswissenschaft, überantwortet. Hinzu kommt (3) ein *Pluralismus der Rechtswerte* und (4) ein *Pluralismus der Rechtsarten*, d. h. insbes. von Subjektivismus, Objektivismus und Moralismus (»gute Sitten«).

Der zweite Teil enthält, neben einer »rechts- und kulturanthropologischen Feldstudie« zum Buchhändlerstreit zur Zeit der Jahrhundertwende (S. 385–452), die Umsetzung des Ansatzes der »personalen Funktionsweise des subjektiven Privatrechts« am Beispiel des BGB-Deliktsrechts und des UWG-Wettbewerbsrechts (S. 453–550). Fezer versucht hier von seinem Ausgangspunkt aus einen Beitrag zur Lösung der aktuellen deliktsrechtsdogmatischen/-theoretischen Fragen nach der systematischen Verortung der Verkehrspflichten in den §§ 823 ff. und nach dem Rechtswidrigkeits-/Unrechtsbegriff des Haftungsrechts. Sein Lösungsversuch läuft auf eine modifizierte Bestätigung des legislativen Konzepts der §§ 823 ff. hinaus. Nach Fezer gibt es *drei Unrechtstypen*: Verletzung eines subjektiven Rechts (§ 823 Abs. 1), Übertretung einer objektiven Rechtsnorm (§ 823 Abs. 2) und Verstoß gegen die guten Sitten

3 Th. S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962 (dt. 1967).

4 Th. W. Adorno u. a., *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, 1969.

5 Vgl. etwa für den juristischen Bereich Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, 1980 – ein Buch, das ebenfalls keine Berücksichtigung findet.

6 Vgl. u. a. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978; J. Habermas, *Theorie kommunikativen Handelns*, 2 Bde, 1981.

7 Vgl. statt vieler N. Luhmann, *Soziale Systeme*, 1984; demnächst G. Teubner (Hrsg.), *Autopoiesis in Recht und Gesellschaft*, 1987.

(§ 826). Die Verhaltensunrechtslehre sei für § 823 Abs. 1 inakzeptabel, weil sie auf ein Privatrecht ohne subjektive Rechte hinausläuft. Die traditionelle Lehre vom Erfolgsunrecht stelle unzutreffend auf den äußeren Erfolg ab. Die Lösung bestehe in der *Normativierung des tatbestandsmäßigen Erfolges* 1. S. von § 823 Abs. 1: Der Erfolg ist die Verletzung des subjektiven Rechts. »Subjektivrechtliches Unrecht ist eine kulturwidrige und ordnungsstörende Freiheitsbeschränkung in einem bestimmten Lebensbereich der Person« (S. 557). Diese Rechtsverletzung ist anhand einer rechtswertenden Konkretisierung des subjektiven Rechts festzustellen. In diesem Kontext haben denn u. a. auch die Verkehrspflichten ihren Stellenwert. Sie haben ihren systematischen Ort bei Fezer in § 823 Abs. 1 und nicht in § 823 Abs. 2. – Abschließend wird dasselbe Nebeneinander der drei Unrechtsarten – subjektiv-, objektiv- und sittlichrechtlich – auch für § 1 UWG konstatiert.

Schon aus dem bisherigen Referat dürfte deutlich geworden sein, daß der Rezensent gegenüber der imposanten Arbeit von Fezer hinsichtlich Grundanlage und Ergebnissen kritische Vorbehalte hat. Fezer sucht eine sehr eigenwillige Antwort auf die »Weberische Grundfrage modernen Rechts, wie Legitimität durch Legalität möglich sei« (Habermas)<sup>8</sup>. Sein Versuch, die Privatrechtsentwicklung seit Savigny durch Rückgriff auf die Kantsche Moralphilosophie strukturell neu zu schreiben, ist zum Scheitern verurteilt. Die von Fezer diagnostizierte Ökonomisierung des Personen- und Freiheitsrechts durch Savigny ist schon bei Kant angelegt, sowohl innerhalb der Metaphysik der Sitten durch die »Zwei-Welten-Lehre« (nuomenon/phänomenon) als auch in gewissen Disparitäten zwischen Moral- und Geschichtsphilosophie. Die moralische Freiheit, Rechtssubjekt zu sein, ist in den geschichtsphilosophischen Schriften nicht mehr ausschließlich moralische Freiheit, sondern hat deutliche sozio-ökonomische Fundamente<sup>9</sup>. Doch das sei letztlich dem Urteil kompetenterer Kritiker überlassen. Die Ethisierung des Privatrechts durch die Kategorie des personalen

subjektiven Rechts bleibt formal. Dies führt zu dem Haupteinwand gegen die Arbeit Fezers: Bei aller Savigny-Kritik unterstellt er unkritisch die Gültigkeit des Savignyschen Ausgangspunktes, daß das »persönliche Recht« *per se* moralisch sei. Auch diese Unterstellung wird schon von der Methodenkritik Jherings an der Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts getroffen. Der altliberale Ansatz, am Ausgang des 20. Jahrhunderts erneut eine Einheit des BGB-Privatrechts gewissermaßen von dem transzendentalen Punkt des personalen subjektiven Rechts aus konstruieren zu können, erscheint mir hoffnungslos illusionär. Der reale historische Prozeß der »Internalisierung des Subjekts« (U. K. Preuß<sup>10</sup>) hat die sozialen Geltungsvoraussetzungen hierfür, wenn sie denn je bestanden haben, unwiderruflich in Wegfall gebracht. Interessenjurisprudenz und »sociological jurisprudence« sind keine Reaktionen auf imaginäre Probleme. Autonomie und personale Integrität werden heute, insbes. in dem von Fezer als Illustration herangezogenen Deliktsrechts, »objektivrechtlich« gewährleistet – und dies weitestgehend mit denselben Formen und Inhalten in den Zivilrechtsordnungen der entwickelten Industriegesellschaften, gleich ob auf Kodifikations- oder auf Common Law-Grundlage<sup>11</sup>.

Dies wird nicht zuletzt auch durch Fezers Versuch belegt, die subjektivrechtliche Fassung des § 823 Abs. 1 durch die Normativierung des Verletzungserfolges zu retten. Die Frage, wann die personale Freiheit »ungebührlich« beschnitten wird und somit eine »Rechts«verletzung vorliegt, beantwortet sich nach den deliktischen Verhaltenspflichten in dem jeweiligen Lebensbereich. Diese sind nämlich das Ergebnis des komplexen und diffizilen Abwägungsprozesses der involvierten privaten und öffentlichen Interessen durch die »Rechtsfindungsgemeinschaft«. Die Verletzung einer objektivrechtlichen Verhaltenspflicht zum Schutz individueller Interessen konstituiert die »Rechts«verletzung. Die Normativierung des »Erfolges« führt in Konsequenz dazu, auch das deliktische Unrecht als Pflichtwidrigkeit und den Erfolg der Rechtsguts-/Rechts-/Interessen-

<sup>8</sup> Habermas, *Theorie kommunikativen Handelns*, Bd. 2, 1981, S. 449 ff., ders., *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, KJ 1/1987, 1 ff.

<sup>9</sup> Vgl. etwa Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, 1793.

<sup>10</sup> U. K. Preuß, *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, 1979.

<sup>11</sup> Vgl. dazu Brüggemeier, *Deliktsrecht. Ein Hand- und Lehrbuch*, 1986, passim; ders., *Judizielle Schutzpolitik de lege lata*, JZ 1986, 969.

verletzung als objektiven Tatbestand zu be- greifen<sup>12</sup>.

M. a. W.: Das entscheidende Problem des modernen Deliktsrechts ist die Entwicklung derartiger Verhaltenspflichten für die einzelnen Sozialbereiche. Damit repräsentiert das Deliktsrecht oder auch das UWG-Recht lediglich einen Anwendungsfall der umfassenden rechtstheoretischen/-philosophischen Fragestellung nach der moralischen Begründbarkeit von Rechtsnormen, gleich ob positivrechtlichen oder richterrechtlichen. Im Zentrum dieser einschlägigen Diskussion steht denn auch die Analyse der Verfahrens- oder Begründungsrationalität der Rechtssetzung durch die »Rechtsfindungsgemeinschaft«. Zur Lösung dieser Frage – obwohl implizit Thema – trägt die Arbeit von Fezer wenig bei. Das Problem erledigt sich eben nicht schon durch seine bloße subjektivrechtliche Reformulierung. Das ist der Savignysche Trugschluß. Gegenüber Fezers emphatischer Feststellung: »Vergleichbar der Privatrechtstheorie des 19. Jahrhunderts, sucht eine pluralistische (subjektivrechtliche – G. B.) Privatrechtstheorie so den Einklang mit der Gesellschaftstheorie ihrer Zeit herzustellen« (S. 384), ist insofern – in mehrfacher Hinsicht – Skepsis angebracht.

Gert Brüggemeier

*Ruedi Waser, Die sozialistische Idee im Denken Hermann Hellers. Zur politischen Theorie und Praxis eines Demokratischen Sozialismus, Basel/Frankfurt am Main (Helbig & Lichtenhahn) 1985, 216 S., Fr. 49,-/DM 59,-*

Die Studie von Ruedi Waser ist nach den Arbeiten von Wolfgang Schluchter und Stefan Albrecht<sup>1</sup> die dritte Monographie, die sich ausschließlich und ausführlich mit dem Denkweg Hermann Hellers auseinandersetzt. In Wasers Arbeit, einer schweizer juristischen Dissertation, steht dabei, ähnlich wie bereits in den Schriften von Schluchter und Albrecht, das Interesse an politiktheoretischen, ideengeschichtlichen und historischen Aspekten des Hellerschen Werkes im Vor-

dergrund. Besonders konzentriert sich Waser darauf, und auf diese Fragestellung schneidet er seine gesamte Interpretation konsequent zu, in welcher Weise das Theorie-Praxis Paradigma des historischen Materialismus in der Theoriebildung Hellers aufgehoben, weiterentwickelt oder revidiert wird. Die Studie ist in drei Hauptabschnitte gegliedert: Im ersten Teil wird Hellers Kritik an Marx und den Interpretationen des Marxismus der Jahrhundertwende herausgearbeitet; im zweiten Teil analysiert und spezifiziert der Autor Hellers Utopie eines »nationalen Kultursozialismus«; der dritte Teil ist dann der Frage gewidmet, welche praktischen Postulate und welche politisch-praktische Strategie Heller aus seiner Gesellschaftsanalyse entwickelt.

Die Schwierigkeiten mit einem adäquaten Marx-Verständnis resultieren nach Waser im wesentlichen daraus, daß Heller die reduktionistischen Lesearten, wie sie in den scientistisch verkürzten Interpretationen des Marxismus vorliegen, unkritisch übernimmt und deren Mißverständnisse lediglich reproduziert. Die Aneignung dieser positivistischen Marx-Lektüre – von der Waser übrigens zu Recht sieht, daß bereits Engels in die Ahnengalerie derjenigen Theoretiker gehört, die aus dem historischen Materialismus eine pseudo-dialektische Kosmogonie gemacht haben (S. 31) – bedingt, daß Heller den historischen Materialismus nur als streng deterministische Weltanschauung zu begreifen vermag und eine Aneignung des darüber hinausreichenden analytischen Potentials ihm daher verwehrt bleiben muß. Trotz einiger Differenzierungen im Spätwerk bleibe Heller diesem Interpretationsschema verhaftet, so daß sich viele seiner gegen Marx gerichteten Einwände als Fehlinterpretationen nachweisen ließen, wie etwa seine objektivistische Auffassung des marxistischen Gesetzesbegriffs (S. 39). Waser hält Hellers Kritik an der Marxschen Gesellschaftstheorie aber insofern für berechtigt, als diese eine zentrale Schwäche des historischen Materialismus aufdeckt, zumal bei einer nicht zu leugnenden Krise der Marxschen Revolutionstheorie, der Waser in einem gesonderten Kapitel ausführlich nachgeht (S. 141 ff.). Denn die normativen Maßstäbe der Marxschen Theorie, die nach Heller jeder Gesellschaftskritik zumindest implizit zugrundeliegen, bleiben noch in der Kapitalanalyse unklar. Diese offenzulegen, ist aber eine Aufgabe, die Heller als unerläß-

<sup>12</sup> Vgl. Fn. 11.

<sup>1</sup> Wolfgang Schluchter, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat, Köln und Bonn 1968; Stefan Albrecht, Hermann Hellers Staats- und Demokratieauffassung, Frankfurt 1983.

lich ansieht, gerade weil er die politische Option für eine herrschaftsfreie Gesellschaft, die ja gleichzeitig der Revolutionstheorie ihre spezifische Legitimation verleiht, insgesamt ablehnend gegenübersteht. Einem solchen Konzept setzt Heller eine Theorie in praktischer Absicht entgegen, die den Anspruch auf gesellschaftliche Veränderung nicht aufgibt, aber gleichzeitig darum bemüht ist, die normativen Maßstäbe und die politische Idee, die ihre Gesellschafts- und Verfassungskritik anleiten, offenzulegen. Die Basis dieses Normativismus findet Heller im Rekurs auf das Verallgemeinerungsprinzip, jenen »grenzenlos egalitären Tendenzen des demokratischen Rechtsbewußtseins« (H. Heller), das tief in der Geschichte der abendländischen Kultur verwurzelt ist und dessen konsequente Umsetzung Heller zum Ausgangspunkt seines politischen Denkens macht. Damit steht ihm ein Maßstab zur Verfügung, der ihn, wie Waser nachdrücklich betont, sowohl vor den Fallstricken des wertrelativistischen Agnostizismus als auch vor den allzu starren Denkgebäuden des revolutionstheoretischen Dogmatismus schützt (S. 61). Hellers Denken läßt sich so als ethisch begründete Utopie des Sozialismus bestimmen, die sich als legitimer Erbe der bürgerlichen Aufklärung und ihrer zentralen Postulate von Freiheit und Gleichheit versteht (S. 43).

Im zweiten Teil folgt eine Erörterung der theoretischen Versuche Hellers, die Idee der Nation mit der sozialistischen Theorie zu verbinden, die Waser mit einem, wie ich finde, etwas sehr weit ausholendem Abriss des in jüngster Zeit erneut diskutierten Sonderwegs Deutschlands in der europäischen Geschichte einleitet (S. 72 ff.). Waser zeigt hier, daß Hellers Sozialismuskonzept nicht auf einer verkappten Rassenideologie oder einem sonstwie mythisch verklärtem Begriff der Nation aufbaut, sondern, gleich wie sein Begriff der Kulturgemeinschaft, wesentlich rationalistisch ist; hier und dort läßt sich jedoch, wie der Autor sogleich hinzufügt, ein »kräftiger Schuß an lebensphilosophischem Irrationalismus nachweisen (S. 89, S. 97 ff.). Dennoch, der Begriff des nationalen Kultursozialismus steht primär für eine an demokratischen Prinzipien legitimierte Staatsorganisation, wobei sich Heller erstens die Einsicht zu eigen macht, daß komplexe Industriestaaten der politischen Organisation bedürfen und sich zweitens von dem Gedanken

leiten läßt, daß das nationale Zusammengehörigkeitsbewußtsein als das dominante Merkmal der politischen Vergesellschaftungsformen der Neuzeit auch von einer sozialistischen Theorie nicht ignoriert werden kann. Hellers Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat kann daher nicht mit einem entnormativierten Deziisionismus gleichgesetzt werden. Die Idee einer solidarischen Gesellschaft ist gerade nicht aus dem Nichts geboren, sondern verkörpert eine rational begründete und begründbare Option für eine gerechte Ordnung der modernen Industriegesellschaft.

Diese Option unterliegt nun innerhalb der eigenen Theoriegeschichte Hellers einer qualitativen Wandlung, eine These, die Waser bereits an anderer Stelle recht überzeugend dargelegt hat.<sup>2</sup> Heller gebe nämlich die eher idealistische Fassung einer Aufhebung der klassengespaltenen Nation in einer wahren Volksgemeinschaft, wie sie sich besonders in der frühen Arbeit Sozialismus und Nation finde, auf zugunsten einer reflektierteren Auffassung, die stärker an den materiellen Basisstrukturen der bürgerlichen Gesellschaft ausgerichtet ist. »Jetzt aber, am schärfsten in der Staatslehre«, heißt es dazu bei Waser, »beschreibt Heller die bürgerliche Gesellschaft als konkrete historische Gesellschaftsformation, für deren Struktur die Kontrahenten des Arbeitsvertrages, Arbeit und Kapital, entscheidend seien ... Der früher emphatisch erhobenen Forderung nach Erhaltung und Vollendung der nationalen Volksgemeinschaft tritt jetzt die viel konkretere Forderung nach Umwälzung der bürgerlichen Gesellschaft entgegen ... Die Aufhebung der bürgerlichen Gesellschaft fällt zusammen mit der Aufhebung der bürgerlichen Demokratie und meint eine gesellschaftliche Praxis der Demokratisierung der Demokratie« (S. 118 f.). Im Mittelpunkt der weiteren Gedankenarbeit Hellers steht dann die Frage, wie der Autonomiegedanke auch auf die Sphäre der Güterproduktion ausgedehnt werden kann. Im Gefolge dieser Überlegungen lasse sich auch eine Veränderung der politischen Strategie nachweisen, die Heller jeweils befürworte und die ihn schließlich von reformistischen Positionen zum revolu-

<sup>2</sup> Ruedi Waser, Nationaler Kultursozialismus oder Aufhebung der bürgerlichen Gesellschaft?, in: Christoph Müller, Ilse Staff (Hrsg.), Der soziale Rechtsstaat, Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933, Baden-Baden 1984, S. 521 ff.

tionären Klassenkampf führe (S. 172). Eine These des Autors, die sich vielleicht auf die eine oder andere Textstelle bei Heller berufen kann. Insgesamt scheint mir jedoch deutlich zu sein, daß Heller die Möglichkeit einer revolutionären Transformation der Gesellschaft nie ernsthaft in Erwägung gezogen hat.<sup>3</sup>

Die beiden letzten Kapitel beschäftigen sich mit Hellers Analyse des Politischen, dem er bekanntlich eine relativ eigengesetzliche Funktion zuspricht. Waser weist hier zu Recht darauf hin, daß bei Heller die Erklärung des Staates als notwendiger Erscheinungsform einer funktional differenzierten Gesellschaft nicht mit einer moralisch-praktischen Rechtfertigung moderner Staatlichkeit identifiziert werden darf (S. 191 f.). Ein Punkt, der bislang immer noch nicht umfassend zur Kenntnis genommen worden ist. Gleichzeitig präzisiert Waser Hellers Vorstellungen von einer sozialistischen Demokratie, besonders in ihrem Verhältnis zu Konzepten zentraler bürokratischer Wirtschaftsdemokratie und Modellen autonomer genossenschaftlicher Selbstverwaltung. So kann Waser auch deutlich machen, wo die Grenze zwischen der Hellerschen Verfassungstheorie und radikaldemokratischen Begriffen der Politik verläuft: Heller hält zweifellos an dem Konzept nationalstaatlicher Souveränität fest, wie es das kontinentale Verfassungsdenken seit Bodin und Hobbes beherrscht. Darin erkennt Heller eine politische Struktur, die er als irreversible Stufe in der Entwicklung der okzidentalen Kultur begreift und die allenfalls in einem europäischen Bundesstaat oder in einem Weltstaat aufgehoben werden kann. Der Weg zu einem Begriff des Politischen, bei dem der ›vertikale Gesellschaftsvertrag‹ nicht zum Ausgangspunkt des verfassungstheoretischen Entwurfs gemacht wird, läßt sich daher mit Hellers Souveränitätskonzeption wohl nur schwer vereinbaren (S. 225 ff.).

Die Stärke dieser Monographie besteht darin, daß sie deutlich zeigen kann, daß Hellers Gesamtwerk nur aus einer intensiven Auseinandersetzung mit Marx und dem Marxis-

mus zu begreifen ist. Interpretationen, die die geistigen Wurzeln dieses Werkes daher ausschließlich im deutschen Idealismus suchen, in jenem Schwanken zwischen Kant und Hegel, können dem komplexen Denkgebäude dieses Juristen daher nicht gerecht werden. Zudem wird sichtbar, wie konstitutiv wesentliche Überlegungen Marxens für Hellers Spätwerk sind. Eine Einsicht, die ja gerade innerhalb der bundesrepublikanischen Staatsrechtslehre fast durchgängig ignoriert wird, womit die gesamte Theoriebildung Hellers ihres eigentlich kritischen Stachels beraubt wird. Eine Kritik an Wasers Arbeit hat dennoch in diesem Zusammenhang anzusetzen. Zum einen erreicht Waser durch die einseitige Ausrichtung auf politisch-praktische und ›revolutionstheoretische‹ Fragestellungen die tiefer liegenden theoretisch-analytischen Ebenen der Hellerschen Theoriebildung nur unzureichend. So übernimmt Waser beispielsweise Hellers Selbstinterpretation der dialektischen Theorie und betont durchaus richtig, daß Heller in seinen letzten Lebensjahren, unter anderem durch die Rezeption der bedeutendsten Arbeit des westlichen Marxismus, Lukács' Geschichte und Klassenbewußtsein, ein gewandeltes Marx-Verständnis entwickelt habe (S. 53). Schaut man sich Hellers Lukács-Rezeption jedoch einmal nicht nur unter dem Aspekt an, inwiefern hier eine Annäherung der politischen Strategie erreicht wird bzw. was eine Nicht-Annäherung rechtfertigt – überhaupt ist mir Wasers einseitige Ausrichtung auf die Probleme des demokratischen Sozialismus allzu naiv geraten, denn Zweifel, ob es die Alternative einer Politisierung des Produktionssektors unter den Bedingungen des weltweit operierenden Kapitals überhaupt noch gibt und ob jeder nationale Versuch, diesen Zusammenhang zu durchbrechen, nicht ohnehin an der ›Immunreaktion des Systems der Weltgesellschaft‹ (Luhmann) scheitern muß, scheint der Verfasser nicht zu haben –, sondern nimmt man einmal einen analytischen, gleichzeitig von allem geschichtsphilosophischem Ballast befreiten Blickwinkel ein, so zeigt sich, daß Heller trotz der dauernden Verwendung von Begriffen wie Totalität und Dialektik in seinem theoretischen Gesamtkonzept viel stärker mit der Weberschen Soziologie kommuniziert als mit einer dialektisch-materialistischen Konzeption. So wird Lukács noch heute bemerkenswerte Kritik an Webers Verhältnisbestimmung von Staat und

3 Ilse Staff, Staatslehre in der Weimarer Republik, in: Christoph Müller, Ilse Staff (Hrsg.), Staatslehre in der Weimarer Republik, Hermann Heller zu ehren, Frankfurt 1985, S. 7 ff., S. 16 ff., Eike Hennig, Nationalismus, Sozialismus und die ›Form aus Leben‹: Hermann Hellers politische Hoffnung auf soziale Integration und staatliche Einheit, in: ebd., S. 100 ff., S. 105 ff.

Gesellschaft von Heller überhaupt nicht wahrgenommen. Seine These von der relativen Eigengesetzlichkeit des Staates und des Politischen steht dann letztlich auch, trotz aller funktionalistischen Argumentationsfiguren, ganz in der Tradition der Hegelschen Rechtsphilosophie, allenfalls um die (sicher nicht unkritisch gemeinte) Variante erweitert, daß der Staat in Wirklichkeit noch nicht omnipotent genug ist, um das funktionale Primat der gesellschaftlichen Evolution übernehmen zu können, das ihm ja positiv-rechtlich bereits zugestanden ist. Zum anderen geraten durch Wasers Fragestellung, und das ist besonders aus verfassungstheoretischer und staatsrechtlicher Sicht bedauernswert, viele der genuinen theoretischen Leistungen Hellers aus dem Blickfeld oder können in ihrer Relevanz nur unzureichend wiedergegeben werden. Hellers Überlegungen zum Begriff des Staates als organisierter Entscheidungs- und Wirkungseinheit erscheinen bei Waser lediglich unter dem Aspekt der nationalen Einheit und ihrer Bedeutung für den Sozialismus (S. 92 ff.). Nicht anders steht es mit Hellers soziologischen Überlegungen (Kritik der neukantischen Konstitutionstheorie der Gesellschaft) oder seiner Theorie der logischen und sittlichen Rechtsgrundsätze, deren Gehalt von Waser nicht vollständig ausgeschöpft wird. Nach wie vor ist es daher erforderlich, die Auseinandersetzung mit diesem Autor stärker auf einer systematischen Ebene zu suchen. Erst dann wird es gelingen, das analytische Potential dieses Werkes auch staatsrechtlich und verfassungstheoretisch zu erschließen und einen Kommunikationsprozeß in Gang zu setzen, bei dem der Rekurs auf dieses Werk nicht lediglich den legitimatorischen Effekten eines vermeintlich pluralistischen Wissenschaftsbetriebes dient.

Thomas Vesting

- Hermann Borgs-Maciejewski/Frank Ebert, *Das Recht der Geheimdienste, Kommentar zum Bundesverfassungsschutzgesetz und zum G 10, Stuttgart u. a. (Richard Boorberg-Verlag), 1986, 304 S., DM 96,-.*
- Rupert Scholz/Rainer Pitschas, *Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, Berlin*

(Duncker und Humblot-Verlag), 1984, 222 S., DM 48,-.

- H. Joachim Schwagerl, *Verfassungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg (C. F. Müller-Verlag), 1985, 361 S., DM 88,-.*

Nach dem geglückten Coup mit dem »ZEVIS-Gesetz«, das nach Opferung des Spielmaterials »Kronzeuge« im Dezember 1986 als Bestandteil eines »Anti-Terror-Gesetzes« ohne vernehmliche Reaktionen der Öffentlichkeit verabschiedet wurde, scheint das Restpaket der Sicherheitsgesetze vorerst in der Schublade zu verbleiben. Freilich wäre es eine Illusion zu glauben, die weitreichenden technischen Möglichkeiten »informativeller Zusammenarbeit« der Sicherheitsbehörden blieben derweil ungenutzt. Wo das parlamentarische »Nachschieben von Legalität«<sup>1</sup> für die Praktiken staatlicher Bürgererfassung und -kontrolle nur stockend vonstatten geht, übernimmt rasch die juristische Publizistik die Aufgabe der Legitimationsbeschaffung. Derzeit sind es vor allem die Ministerialbeamten, weniger schon Wissenschaftler, die das Geschäft der exekutivischen Rechtsfortbildung auf diesem Feld betreiben, wie die hier exemplarisch besprochenen Werke zeigen<sup>2</sup>. Darüber hinaus versuchen die Arbeiten zugleich, ein Gegengewicht zu den in den letzten Jahren zahlreich erschienenen kritischen Veröffentlichungen von Datenschutzrechtlern zu bilden, wie *Borgs-Maciejewski/Ebert* in ihrem Vorwort denn auch deutlich anklingen lassen. Das ceterum censeo der berufsmäßigen Datenschützer, konstatieren die beiden im Bundesinnenministerium bzw. beim Bundesgrenzschutz beschäftigten Autoren mit Entrüstung, sei »ein entschiedenes ›protectionem constitutionis esse diminuendam«. Aber auch die Forderung, den Verfassungsschutz am besten ganz abzuschaffen, gewinnt an Lautstärke: Die GRÜNEN haben es gar in ihr Parteiprogramm geschrieben. Der vorliegende Kommentar folgt diesem Trend nicht« (S. 5).

<sup>1</sup> G. Frankenberg, Angst im Rechtsstaat, KJ 1977, 353 (362).

<sup>2</sup> Weitere Beispiele aus diesem Genre: H. Roewer, Trennung von Polizei und Verfassungsschutz, DVBl. 1986, 205; ders., Zur »informativellen« Zusammenarbeit mit den Nachrichtendiensten in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes, ZRP 1987, 5; H.-U. Evers, Sprengung an der Celler Gefängnismauer: Darf der Verfassungsschutz andere Behörden und die Öffentlichkeit täuschen?, NJW 1987, 153.

In der Tat: Der Geheimdienstkommentar von Borgs-Maciejewski und Ebert sucht in wissenschaftlich-»wohlabgewogener« Diktion den Nachweis zu führen, daß die derzeitige exekutivische Praxis des Staatsschutzes sich mit dem Grundgesetz und den Bestimmungen des Bundesverfassungsschutzgesetzes vollauf im Einklang befindet.

Um die Notwendigkeit heutiger Staatsschutzpraxis zu belegen, wird, wie so häufig, die Weimar-Legende bemüht: Die Demokratie von Weimar habe ihren Feinden gegenüber stets Toleranz walten lassen, auf wirksame Schutzvorkehrungen verzichtet und sei deshalb zu Grunde gegangen – hieraus seien Lehren für die Gegenwart zu ziehen (S. 14 f. u. 25). Auf dieser soliden historischen Grundlage werden dann die Ermächtigungen des Bundesverfassungsschutzgesetzes jeweils weit ausgelegt: Die Beobachtung von »Bestrebungen« gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gemäß § 3 Abs. 1 BVerfSchG müsse selbstredend auch die Observation »extremismusverdächtiger« Individuen umfassen (S. 72 ff.). Damit setzen sich Borgs-Maciejewski/Ebert in einen bewußten Gegensatz zur Position von Datenschutzrechtlern, daß der Schwerpunkt der Observationstätigkeit des Verfassungsschutzes nicht auf Personen, sondern auf Organisationen, deren Formen und Entwicklungen zu liegen habe. Für die beiden Autoren kommt es nicht darauf an, ob eine Person konkret die Verfassungsordnung bekämpft, entscheidendes Kriterium für die verfassungsschützende Observation von Individuen ist vielmehr deren »Extremismusaffinität«: »Martin Niemöller war gewiß ein Demokrat, bekleidete aber in so vielen kommunistischen »Tarnorganisationen« führende Positionen, daß der Verfassungsschutz ihn nicht ignorieren konnte« (S. 75). »Aus Gründen ihrer Extremismusaffinität« stellten Personen auch ein Sicherheitsrisiko dar, was im Rahmen des vorbeugenden Geheim- und Sabotageschutzes nach § 3 Abs. 2 BVerfSchG berücksichtigt werden müsse (S. 47 u. 91 ff.)<sup>3</sup>.

Keine Rolle spiele es jedenfalls, ob das Verhalten zu observierender »Extremisten« grundrechtsgeschützt ist (S. 76). Immerhin stoßen die Autoren bei ihrer Bestimmung des »Verfassungsfeindes« = »Extremisten« auf

das »Paradoxon gleichzeitig und nebeneinander bestehender (formaler) Legalität und (materieller) Verfassungsfeindlichkeit« (S. 50). Daß dieses Paradoxon nicht etwa aus dem Grundgesetz folgt, sondern seine Existenz allein dem Legitimationsbedürfnis der Staatsschützer verdankt, ist im Rahmen der juristischen Auseinandersetzung um die Berufsverbote ausführlich nachgewiesen worden (was die beiden Geheimdienstkommentatoren freilich nicht weiter zur Kenntnis nehmen).

Erkannte »Verfassungsfeinde« dürften nicht nur in Dateien abgespeichert, sondern auch zwecks Aufklärung der Öffentlichkeit in Verfassungsschutzberichten oder anderen Veröffentlichungen staatlicher Organe namentlich genannt werden. Wer »publizistisch zur marxistischen »Revolution« und zur »Zerschlagung des kapitalistischen Staatsapparates« aufruft, muß sich gefallen lassen, daß die Regierung ihn (bzw. der Organisation, für die er agitiert) publizistisch mit der Bewertung »verfassungsfeindlich« entgegentritt« (S. 71). Auch gewählte Bundestagsabgeordnete genossen insoweit keinen Schutz. Die Warnung vor den Gefahren dererlei hoheitlicher Verrufserklärungen und der Umkehrung des Kontrollverhältnisses von Parlament und Exekutive erscheint den Autoren als völlig aus der Luft gegriffen (S. 70 in Auseinandersetzung mit einem Gutachten von Jürgen Seifert).

Wenig rechtsstaatliche Zweifel läßt man auch bei der Auslegung des wahrlich schillernden Begriffs der »nachrichtendienstlichen Mittel« walten, zu deren Anwendung der Verfassungsschutz nach § 3 Abs. 3 Satz 2 BVerfSchG befugt ist. Die Unbestimmtheit dieses Begriffs sei verfassungsrechtlich hinnehmbar, weil diese Mittel »– anders als offenbar in anderen Ländern – sich im Rahmen der Rechtsordnung zu halten haben« (S. 109). Der »Rahmen der Rechtsordnung« kann allerdings auch schon einmal gesprengt werden, wenn es denn der Schutz der Verfassung erfordert: Auch das berühmte »Celler Loch« wird von den beiden Autoren zu den erlaubten »nachrichtendienstlichen Hilfsmitteln« gerechnet<sup>4</sup>.

Daneben werden die Befugnisse des Verfassungsschutzes schlicht aus dessen umfassend verstandenen Aufgabenzuweisungen abgeleitet. Was nach der Ratio des Verfassungs-

<sup>3</sup> Zur Problematik der gegenwärtig erheblich ausgeweiteten Praxis der »Sicherheitsüberprüfung« vgl. C. Skrobanek-Leutner, Sicherheitsüberprüfungen. Von der Regelanfrage zur Regelbefragung?, DuR 2/87, S. 123.

<sup>4</sup> Ebenso H.-U. Evers, a. a. O. (Anm. 2).

schutzes notwendig sei, ist eben nach dem Gesetz der Palmström-Logik auch zulässig. So sei es z. B. nicht zu beanstanden, daß der Verfassungsschutz Personendaten auch an »befreundete Nachrichtendienste« übermittelt – selbst ohne die im Verfassungsschutzgesetzentwurf von 1986 vorgesehene Ermächtigungsgrundlage<sup>5</sup>. Der Erkenntnis austausch zwischen befreundeten Diensten, wissen Borgs-Maciejewski/Ebert, verläuft nach dem rigide gehandhabten Prinzip des do-ut-des. »Ohne Teilnahme am internationalen Informationsaustausch wäre die Kompetenz des Bundesamtes für Verfassungsschutz so geschwächt, daß sein Weiterbestehen kaum noch zu rechtfertigen wäre« (S. 64) – und das kann doch nun wirklich niemand wollen! Von ähnlichen Sorgen bewegt sind die Autoren hinsichtlich der informationellen Zusammenarbeit zwischen Verfassungsschutz und Polizei. »Würde der Verfassungsschutz von den Staatsschutzkenntnissen der Polizei (ganz oder teilweise) abgeschnitten, hinge er in der Luft. Seine Berichte verlören mangels ausreichender, das heißt umfassender Informationsbasis an Seriosität. Wer die Effizienz des Staatsschutzes halbieren will, braucht nur die Kommunikation zwischen Verfassungsschutz und Polizei zu unterbinden« (S. 102). Das ursprünglich im »Polizeibrief« der Westalliierten postulierte Trennungsgebot bildet da nach Meinung der Autoren schon längst kein Hindernis mehr – die alliierten Vorbehaltsrechte seien schließlich erloschen, das Trennungsgebot habe keinen Verfassungsrang erlangt und sei für den Datenaustausch ohnehin nicht relevant (S. 102 ff.)<sup>6</sup>. Zum selben Ergebnis gelangen *Rupert Scholz* (Staatsrechtler und derzeit Justizsenator in Westberlin) und *Rainer Pitschas*, wenn auch auf argumentativ anspruchsvollere Art und Weise. Für sie besteht zwischen dem »Sicherungsauftrag« von Polizei und Verfassungsschutz »Funktionsidentität«, diese »verknüpft den Informationsbedarf und das Informationsverhalten von Polizei und Verfassungsschutz zu einer sachlichen Gesamtheit«

(S. 190/191). Jeder Aufgabenträger könne bei der Aufgabenerfüllung die Aufgaben des anderen mitberücksichtigen, vorstellbar sei daher auch ein »abgestimmtes Informationsverhalten im Überschneidungsbereich der Befugnisnormen« von Polizei und Verfassungsschutz (S. 195).

Abgeleitet wird diese Funktionseinheit der Sicherheitsbehörden aus einem umfassenden Gebot staatlicher Informationsvorsorge, das seine Legitimation zum einen aus dem Verfassungsgrundsatz der sozialen Rechtsstaatlichkeit (S. 104 ff.), zum anderen aus dem (wohl zuerst von Isensee kreierten?) »Grundrecht auf Sicherheit« beziehe. Die Grundrechte, so Scholz/Pitschas, entfalten »Elemente einer von Staats wegen zu schützenden, bürgerrechtlichen physischen Sicherheit ... Grundrechtliche Sicherheit in staatlicher Verantwortung heißt deshalb auch und zugleich *staatliche Informationsvorsorge*« (S. 111/112, Hervorhebung im Original).

Die Grundrechte selbst sind damit zur Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe durch »staatsschützende« Informationserhebung und -weitergabe geworden. Plausibel wird dies nur aus dem verengten Blickwinkel eines modernen Leviathan, der – selbst völlig frei von gesellschaftlichen Interessenbindungen – den anständigen Bürger nicht vor seinesgleichen, sondern vor den »Andersartigen«, den »Terroristen, Extremisten und Chaoten« schützen muß. Nicht die staatliche Zwangsgewalt und Erfassungspraxis wird folglich als Bedrohung wahrgenommen, sondern die ungezügelter Aktivität »extremistischer Kräfte« in der Gesellschaft. Staatliche Repression und Überwachung zum Schutz der Grundrechte der bedrängten »schweigenden Mehrheit«. Da ist es nur konsequent, den grundrechtsgewährleistenden und -schützenden Staat zu stärken, bedeutet doch jede Kompetenzerweiterung für die Sicherheitsbehörden, jede Effektivierung der Zusammenarbeit von Verfassungsschutz und Polizei zugleich einen »Sicherheitsgewinn« für den Bürger. Klare Aufgaben- und Befug-

<sup>5</sup> § 10 Abs. 4 Bundesverfassungsschutzgesetzentwurf, BT-Drs. 10/4737; Cilip 23 (1986); hierzu näher M. Kutscha/N. Paech (Hrsg.), Totalerfassung. »Sicherheitsgesetze«, Volkszählung, neuer Personalausweis, 2. Auflage Köln 1987, S. 29 ff. u. 196 f.

<sup>6</sup> Ebenso H. Roewer, a. a. O. (Anm. 2); zur Kritik im einzelnen M. Kutscha, Die Aktualität des Trennungsgebots für Polizei und Verfassungsschutz, ZRP 1986, 144; Ch. Gusy, Das verfassungsrechtliche Gebot der Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten, ZRP 1987, 45.

<sup>7</sup> J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983; ausführliche Kritik dieses Ansatzes bei U. K. Preuß, Das ambivalente Grundrecht auf Sicherheit, in: Die unheimliche Sicherheit (Hrsg. Bürgerinitiative »Bürger beobachten die Polizei«), 2. Auflage Bremen 1986, S. 40; H.-P. Schneider, Von der Bürgerfreiheit zur Sicherheitsversorgung, FR-Dokumentation v. 8. 11. 1986; E. Denninger, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Innere Sicherheit, KJ 1985, 215 (216 ff.).

nistrennungen, »informationelle Gewaltenteilung« zwischen verschiedenen staatlichen Instanzen erscheinen da nur als unzeitgemäße Fesseln für die optimale Ausnutzung der modernen Informationstechnologie. Die »materiell zu begreifende Einheit des Staatsorganismus« (S. 118) macht präzise gesetzliche Kompetenzzuschreibungen und -begrenzungen entbehrlich. An deren Stelle treten »offene Tatbestände« wie z. B. der abstrakte Gefahrenbegriff im »modernen« Polizeirecht, der auch die »Gefahrenvorsorge« umfaßt. Naturgemäß schließen weitgespannte Aufgabenzuweisungen wie diese auch »die für ihre Erfüllung notwendige Informationserhebung und -verwendung unabdingbar mit ein« (S. 172).

Das Buch von Scholz/Pitschas wurde bewußt konzipiert als Antwort auf die Herausforderung durch das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts von 1983 und die Argumentationsansätze der kritischen Datenschutzliteratur. Wichtig ist es wegen seiner grundsätzlich angelegten Argumentationsmuster, die die Auflösung klarer gesetzlicher Befugnisbegrenzungen und -trennungen, nicht nur bei den »Sicherheitsbehörden«, rigide, aber »wissenschaftlich objektiv« zu legitimieren suchen. Im Gegensatz zum Kommentar von Borgs-Maciejewski/Ebert entstand diese Arbeit noch vor der Diskussion um die »Sicherheitsgesetze«. Sie liest sich dennoch wie eine einzige Rechtfertigung extensiver Staatsschutzpraxis, wenn auch auf höherem verfassungstheoretischem Niveau als das Kommentarwerk.

Eine andere Zielrichtung scheint das Werk von Schwagerl zu verfolgen. Der Autor, ehemaliger Fachreferent im Bundesamt für Verfassungsschutz, nunmehr in Hessen für »informativen Verfassungsschutz« zuständig, kann als Vertreter einer weichen Linie in der Staatsschutzliteratur gelten. So kritisiert Schwagerl z. B. die in einigen Landesverfassungsschutzgesetzen vorgesehene »Mitwirkung« des Verfassungsschutzes bei der Überprüfung der Verfassungstreue von Beamtenbewerbern. Eine solche Zuständigkeit sei vom Verfassungsauftrag des nachrichtendienstlichen Verfassungsschutzes nicht mehr gedeckt. Dem Verfassungsschutz werde »inhaltlich eine Entscheidung zugewiesen, für die der Nachrichtendienst weder die sachlichen Voraussetzungen noch seine zielgerichtete Tätigkeit mitbringt. Der Konfliktfall ist damit vorprogrammiert«. Eine derartige Er-

weiterung der Zuständigkeit in einigen Ländern verstieße auch gegen das Prinzip der Identität der Aufgaben (S. 57).

Auch der Begriff der »nachrichtendienstlichen Mittel« wird von Schwagerl problematisiert. Da sich weder im Grundgesetz noch in den einfachen Gesetzen ein Anhaltspunkt für die Auslegung dieser generellen Ermächtigung finde, ergäben sich Rahmen, Intensität und Reichweite dieser Mittel aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Im Ergebnis empfiehlt Schwagerl die Einzelfallprüfung (S. 168). Mit diesem – aus der Berufsverbotspraxis bekannten – Begriff wird die Frage, welche Mittel nun zulässig sind, indes wiederum der politischen Opportunität der staatschützenden Exekutive überantwortet. Der Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz wird nicht gebranntmarkt, sondern situationselastisch kleingearbeitet.

Das Trennungsgebot für Polizei und Verfassungsschutz hat für Schwagerl im Gegensatz zu Borgs-Maciejewski/Ebert durchaus Verfassungsrang. »Wenn diese Trennung innerhalb der Exekutive nicht eingehalten oder nicht genügend ernst genommen wird, wirkt sich dieser Umstand nach außen negativ auf das Ansehen des NDV (nachrichtendienstlicher Verfassungsschutz, M. K.) aus, weil sofort Erinnerungen an die NS-Zeit wach werden« (S. 121).

Nicht nur an dieser Stelle wird das zentrale Anliegen des Autors deutlich: Das Ansehen des Verfassungsschutzes in der Öffentlichkeit soll nicht durch die Rechtfertigung fragwürdiger Praktiken noch weiter geschmälert werden. Deshalb betreibt Schwagerl mit seinem Buch (und durch »umfangreiche Vortragstätigkeit«, S. IV) Werbung für einen »aufgeklärten Verfassungsschutz«.

Selbst ein »aufgeklärter Verfassungsschutz« muß sich allerdings nach seiner Funktion in der Demokratie befragen lassen. Auch hierauf versucht Schwagerl eine Antwort zu geben. Verfassungsschutz in der Demokratie sei nicht nur beobachtende und »abwehrende« Tätigkeit, sondern auch »Verfassungsschutz durch Aufklärung« in Gestalt staatlicher Öffentlichkeitsarbeit (S. 240). Der Autor meint, selbst Fritz Bauer für sein Modell von »Streitbarer Demokratie« vereinnahmen zu können: Demokratie, wird Bauer zitiert, sei die permanente Einladung zum Widerstand, keine Demokratie ohne Widerstand gegen die demokratiefeindlichen Kräfte (S. 20).

Die Mehrdeutigkeit dieser Aussage wird von Schwagerl geflissentlich übersehen. Wer definiert die »demokratiefeindlichen Kräfte«? Heißt »Widerstand« staatliche Repression und Agitation gegen unbotmäßige Teile des Volkes? Kann »Widerstand« nicht auch das Aufbegehren von Bürgerbewegungen gegen als unzumutbar empfundene politische Entscheidungen und Grundrechtsverstöße der staatlichen Obrigkeit meinen? Gerade hierin wird doch von den staatlich bestellten Verfassungsschützern »Widerstand« erblickt und durch Medienkampagnen negativ besetzt. Wo käme man auch hin, wenn die Bürger und Bürgerinnen den Schutz der demokratischen Verfassung als ihre ureigene Angelegenheit begriffen?

*Martin Kutscha*

### **Mehr Rechtssicherheit im Umgang mit einem schwierigen Thema:**

Bernd Brunn

### **Die Abschiebungshaft**

(Unveränderter Auszug aus:  
Gemeinschaftskommentar zum  
Asylverfahrensgesetz GK-AsylVfG)  
1987, 213 Seiten, kartoniert,  
DM 38,-  
ISBN 3-472-32322-1

Die Zahl der Abschiebungshaftfälle ist hoch (allein in Berlin soll es zwischen 1978 und 1983 zu mehr als 11 000 Haftfällen gekommen sein!), die Auseinandersetzung mit der Abschiebungshaft und der damit verbundenen Rechtsproblematiken in der rechtswissenschaftlichen Literatur dagegen gering: Das Recht der Abschiebungshaft ist ganz entscheidend durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte gestaltet worden.

Der vorliegende Sonderdruck ermöglicht allen, die mit dem Recht der Ausländer und speziell mit dem der Asylsuchenden befaßt sind, nicht nur einen umfassenden Überblick über die oft schwer zugängliche Rechtsprechung. Mit der fundierten und kenntnisreichen Kommentierung ist der Band zugleich ein Beitrag zu größerer Rechtssicherheit bei allen Beteiligten. Er kann helfen den Freiheitsanspruch des Ausländers in gebotenem Umfang zu wahren.

**Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung  
oder beim  
Luchterhand Verlag, 5450 Neuwied 1**