

So nicht!

Zum Stil wissenschaftlicher Kritik — Anmerkungen zum Aufsatz von Eugen Bucher, «Drittwirkung der Grundrechte»? (SJZ Heft 3, 1987, S. 37 ff.)

René A. Rhinow, Professor an der Universität Basel (Seltisberg)

Der Autor — ein Vertreter des öffentlichen Rechts — kritisiert die Art, in welcher im Aufsatz von Prof. Bucher in Heft 3 dieses Jahrgangs die Drittwirkungslehre kritisiert wird. Fo.

I.

Im erwähnten Aufsatz setzt sich *Eugen Bucher* kritisch mit der sog. «Drittwirkungslehre» auseinander, die im öffentlichen Recht seit geraumer Zeit Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung bildet und in einem neuesten Bundesgerichtsentscheid — unter Bezugnahme auf die Lehre — abgehandelt wird¹. An sich ist es als sehr erfreulich zu werten, dass der Kreis der wissenschaftlichen Diskussionsteilnehmer über die öffentlich-rechtliche «Zunft» hinaus erweitert und die Thematik auch von einem Vertreter des Privatrechts auf ihre Tragfähigkeit hin untersucht wird. Nach *Bucher* haben die Privatrechtler von dieser Theorie bislang noch «keine Notiz genommen» (S. 38), was freilich nicht zutrifft. Anlass zur Freude über den Dialog im Dienst von fächerübergreifender Wissenschaft und Praxis?

II.

In einem — für mich zentralen — Punkt leider nein. Zu den rechtlichen Thesen *Buchers* soll hier nicht Stellung genommen werden. Sie verdienen zweifellos eine fundierte Auseinandersetzung. Was hingegen beim Autor dieser Zeilen Kopfschütteln verursacht hat, ist der polemische, zum Teil sogar verletzende Stil der Ausführungen *Buchers*. Diese richten sich offensichtlich in erster Linie gegen die Thesen seiner Berner Fakultätskollegen *Jörg Paul Müller* und *Peter Saladin*. Bedenken erweckt

¹ BGE 111 II 245 ff. (Streikurteil). Das Bundesgericht hätte sich freilich in diesem Fall die Ausführungen über die Drittwirkung sparen können, denn das verfassungsrechtlich garantierte Streik- wie das Aussperrungsrecht bedürfen als Arbeitskämpffreiheiten keiner zusätzlichen «Horizontalwirkung», um ins Arbeitsrecht auszustrahlen.

schon die fragwürdige Darstellung der sog. Drittwirkungslehre — da werden weder die unterschiedlichen Positionen etwa von *Müller* und *Saladin* (oder gar anderer Autoren) herausgearbeitet, noch wird auf die unverzichtbare Einbettung der Problematik in die moderne Grundrechtslehre, ja Verfassungslehre überhaupt Bezug genommen. Einige herausgeplückte Zitate stehen stellvertretend und plakativ für wissenschaftliche Gedankengänge und Differenzierungen. Der verehrte Altmeister *Hans Huber* wird kurzerhand zum «Vorläufer» der beiden genannten Autoren gestempelt, was zumindest für *Peter Saladins* Ansatz so kaum zutreffen dürfte — ganz abgesehen von der wenig wählerischen Qualifikation.

Doch in diesem Stil, mit aggressiven und undifferenzierten Formulierungen und Seitenhieben, geht es weiter. Entspricht es etwa wissenschaftlicher Schreibweise, wenn die einlässlichen Ausführungen eines (notabene Fakultäts-)Kollegen als «unproblematisch, aber selbstverständlich», teilweise als «praktisch bedeutungslos, nicht einmal von theoretischer Relevanz» (S. 43) qualifiziert werden? Oder wenn Autoren, die eine wissenschaftliche These vertreten, als «Propagatoren» (= Propagandatreibende) bezeichnet werden? Oder wenn zwischen- durch, in einer Fussnote, die Drittwirkungslehre mit dem wohl wenig sachhaltigen Prädikat versehen wird, er (*Bucher*) hätte ohne den erwähnten Bundesgerichtsentscheid «keinen Anlass gehabt, sich diesen ihm an sich fernliegenden Dingen zuzuwenden» (S. 45, Anm. 44): Lohnt sich das Gespräch unter Wissenschaftlern erst, wenn ihrer — offenbar «absurden» — These vom Bundesgericht Reverenz erwiesen wird, während man sie vorher stillschweigend als nonvaleur abtun darf? Man mag über die bildhafte Schlussfolgerung *Buchers* streiten, der («Drittwirkungs-»)Berg habe eine Maus geboren, die seit 1964 tot sei. Abgesehen davon, dass sie m. E. sachlich verfehlt ist, erweist sie sich als dem (künftigen) Gespräch zwischen den Disziplinen (und wohl auch mit den angegriffenen Kollegen!) wenig förderlich, ebensowenig wie der Satz: «Was bisher vorgelegt wurde, löst sich bei näherem Zusehen in Nichts auf» (S. 47). Und erscheint die schulmeisterliche Mahnung an die Kollegen, sie hätten «die praktischen Auswirkungen des Ganzen (sic!) zu

erwägen und für diese wissenschaftlich die Verantwortung zu übernehmen» (S. 47), nicht reichlich deplaziert?

III.

Doch nicht genug. *Buchers* Aufsatz enthält viele Seitenhiebe auf das öffentliche Recht allgemein, die mit Wissenschaftlichkeit wenig zu tun haben. Was ist etwa von folgenden Formulierungen zu halten: «Bei der Auslegung soll alles bedacht werden — sogar die Verfassung» (S. 39). Eine Lösung könne «nur durch Erwägen von Sachargumenten, nicht durch Wälzen vager Verfassungsprinzipien» herbeigeführt werden (S. 44). Nach *Bucher* «weichen die vom «verfassungsrechtlichen Modernismus» (sic!) praktizierten Methoden grundlegend vom überlieferten Wissenschaftsmodell ab», ja es sei zu befürchten, «dass unabdingbare wissenschaftliche Spielregeln in Frage gestellt sind» (S. 47) — von wem, wäre hier kritisch nachzufragen?

Zum Schluss ein Generalangriff: die Verfassungsrechtler seien «weit davon entfernt, sich mit Privatrecht abzugeben, jedoch in Sorge um diese Disziplin und glaubend, dass das Privatrecht ... nicht länger sich selber überlassen bleiben dürfe ...» (S. 47). Werden da nicht Feindbilder aufgerichtet? Geht es angesichts der zunehmenden Fragwürdigkeit einer kategorialen Trennung von öffentlichem und privatem Recht wirklich nur, wie *Bucher* schreibt, darum, dass die Privatrechtswissenschaft «ihr Haus in Ordnung halten» soll? *Bucher* schliesst mit den Sätzen: «Verfassungsrecht und Privatrecht scheinen Welten zu trennen. Heute wenigstens, und besonders in Bern» (S. 47). Ist

das — wenn es zutreffen sollte — nur die Schuld einer Seite? Darf dies beklagen, wer vorher eingesteht, er hätte sich ohne den zitierten Bundesgerichtsentscheid nie mit der ihm «fernliegenden» Drittwirkung befasst?

Ich komme um den Eindruck nicht herum, hier gehe es nicht in erster Linie um *wissenschaftliche* Kritik, um den weiterführenden Diskurs. Ich gelange als «Aussenstehender» (Nicht-Berner) zu diesem Schluss, und zudem als Öffentlichrechtler, der sich (auch) kritisch zur Drittwirkungslehre geäußert hat². Denn wer den *Dialog* sucht, wer um *Verständnis* für seine Thesen wirbt, wer mit besseren *Argumenten* ficht, bedarf dieses — in unserem Land bislang unüblichen — Stils nicht. *Bucher* schreibt, er dürfe glücklicherweise erwarten, mit seiner Kritik «das freundschaftlich-kollegiale Einvernehmen mit seinen Diskussionspartnern nicht zu gefährden» (S. 38). Mit der von ihm gewählten Form darf er das m.E. allerdings kaum. Man kann Kollegialität auch überstrapazieren, und es ist eher seltsam, wenn die Verantwortung für das Scheitern a priori den Angegriffenen zugewiesen wird. Würde es nicht eher der Fairness entsprechen, sich am Gebot auszurichten: Fortiter in re, suaviter in modo?

Bucher hat der Sache (und wohl auch der Berner Fakultät) einen schlechten Dienst erwiesen. *So nicht!*

² Vgl. meinen Aufsatz «Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik», in: *Recht als Prozess und Gefüge*, FS Hans Huber zum 80. Geburtstag (Bern 1981), 427 ff., insbes. 433 ff.