

# Buchbesprechungen

*Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt, hrsg. von Helmut Quartsch. Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 102, Berlin (Duncker & Humblot) 1988, 610 S., 98,- DM*

*I. First things first:* Was hat der Leser von diesem Buch zu erwarten? Vom 1. bis 3. Oktober 1986 fand in der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer ein Sonderseminar über das Thema ›Carl Schmitts Stellung in den Rechts- und Geisteswissenschaften des 20. Jahrhunderts‹ statt. Der Band gibt die dort gehaltenen Referate – insgesamt siebenundzwanzig – in ausgearbeiteter Fassung wieder, außerdem die Protokolle der Diskussion über einen Teil der Referate. Hinzu kommt ein bisher nicht in deutscher Sprache vorliegender Text von Schmitt selbst, die Übersetzung des Vorworts von 1971 zur italienischen Ausgabe des ›Begriffs des Politischen‹.

Die Referate sind in vier Blöcke gegliedert. Im ersten Block ›Zur Biographie‹ informiert v. Medem über den wissenschaftlichen Nachlaß Schmitts im Hauptstaatsarchiv Düsseldorf, aus dem neben dem umfangreichen Briefwechsel (vor allem mit Ernst Jünger) vor allem die Tagebücher von hohem Interesse sein dürften. Ernst Rudolf Huber, Schmitts Schüler und Vertrauter, berichtet über ›Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit‹ und macht dabei den maßgeblichen Anteil deutlich, den jener an den Notstandsplanungen Papens und Schleichers hatte. Wichtig für jeden Schmitt-Forscher sind die von P. Tommissen vorgelegten ›Bausteine zu einer wissenschaftlichen Biographie (Periode: 1888–1933)‹, die eine Fülle neuer Informationen bieten, insbesondere über Schmitts akademische Laufbahn und seine Beziehungen zur Literatur; interessant auch der Auszug aus einem Gutachten des Bonner Kirchenhistorikers Neuß für den Nürnber-

ger Prozeß, das Schmitts frühes Faible für Mussolini belegt. Diese, auch von Huber bestätigte Einstellung muß vor allem deswegen herausgestellt werden, weil sie ein wichtiges Argument gegen die auch in diesem Band wieder verbreitete Legende darstellt, die ›CS‹ zum letzten Verteidiger der Weimarer Verfassung stilisiert.

Der Grund für die Unterteilung der folgenden Referate in ›Orientierungen‹ und ›Aus dem Werk‹ ist nicht ganz einsichtig. Themen des Werkes werden in beiden Blöcken behandelt, kontroverse Interpretationen, Versuche der Einordnung und Verortung sind ebenfalls nicht auf einen Block beschränkt. M. Nicoletti untersucht die Ursprünge der Politischen Theologie, A. Mohler das Verhältnis zur ›Konservativen Revolution‹, K. Kröger den Einfluß des Katholizismus und E. Kennedy denjenigen des Expressionismus. W. Nyssen erläutert, was es mit Schmitts Selbsteinschätzung als eines christlichen Epimetheus auf sich hat, G. Maschke beleuchtet Schmitts Schwanken zwischen Hobbes und Donoso Cortés. G. L. Ulmen vergleicht Schmitt mit Weber, P. Pasquino mit Sieyes. Weitere Themen sind: Der Begriff des Politischen (G. Miglio, E.-W. Böckenförde); das ›Konkrete Ordnungsdenken‹ (J. H. Kaiser); die Theorie des Partisanen sowie diejenige des Großraums (J. Freund, J. L. Feuerbach). Der vierte Block geht den ›Wirkungen‹ nach. Hier findet sich Interessantes wie H. Lübbes Schilderung der ›liberalen‹ Rezeption Schmitts im Münsteraner Collegium Philosophicum um Joachim Ritter; Peinliches wie George Schwabs Bericht über die Fortschritte der ›Schmitt Studies in the English-Speaking World‹, der insbesondere die Leistungen George Schwabs würdigt; Informatives wie die Berichte über die Schmitt-Forschung in Italien (P. Schiera) und Japan (Masanori Shiyake) oder V. Neumanns Analyse

der Beziehungen zwischen Carl Schmitt und der Linken; Aufschlußreiches wie H.J. Arndts Darlegungen über den Begriff des Politischen in der Politikwissenschaft nach 1945 und R. Mußgnugs Bilanzierung von Schmitts Einflüssen auf das Staatsrecht der Bundesrepublik; Weiterführendes wie Chr. Meiers kritische Gedanken zu wichtigen Grundbegriffen Schmitts. Zu den Pikanterien, wie sie nur die Schmitt-Forschung zu bieten vermag, gehört J. W. Benderskys Nachweis, daß die neuere Literatur zur Romantik Schmitts klassische Studie entweder ignoriert oder verschweigt, in der Sache gleichwohl identische Positionen vertritt. Pikant auch, wiewohl nur für Schmittianer zu goutieren, der Beitrag Bongkun Kals über Schmitts Einfluß auf das (süd-)koreanische Verfassungsleben, der sich vor allem in der Rolle des Präsidenten als des ›Hüters der Verfassung‹ zeige. Ein Verfassungsgericht, heißt es lapidar, sei gegenwärtig in Korea nicht vorgesehen, »und gerade in der Übertragung dessen Kompetenzen auf den Präsidenten (sic) zeigt sich der Einfluß Schmitts« (S. 506). (An ihren Früchten sollt ihr sie erkennen!). Den Abschluß bilden Reflexionen von B. Willms über die Frage, ob man Schmitt als Klassiker des politischen Denkens zu begreifen habe – eine Frage, die der Referent (wie auch der Rezensent) bejaht.

*II. Streiflichter:* Die Druckerschwärze in diesem Buch war noch nicht trocken, als bereits im ›Staat‹, der sich sonst mit Rezensionen nicht übereilt, die ersten Jubeltöne erschallten. Der vorliegende Band, so war zu vernehmen, bedeute einen großen Fortschritt, gar eine neue Phase in der Schmitt-Forschung, weil mit ihm der *Maitre de Plettenberg* (Feuerbach) endlich in seiner universalen Bedeutung gewürdigt und in die allgemeine Geistesgeschichte Europas eingebettet werde<sup>1</sup>. Ich vermag diese Begeisterung nicht recht zu teilen, wie weiter unten noch genauer zu begründen sein wird. Dennoch muß zugegeben werden, daß der Band eine Zäsur markiert. Der Ausnahmezustand, der bislang über das Werk Schmitts verhängt war, scheint zu Ende zu gehen und der wissenschaftliche Alltagsbetrieb auch hier zu beginnen. Daß dies keineswegs mit der Etablierung einer einheitlichen Auslegung einhergeht, sondern in zahlreichen, durchaus

fruchtbaren Kontroversen kulminiert, macht vielleicht die größte Stärke des Buches aus. Obwohl das Spektrum der Interpreten deutlich eingeeengt war (so fehlten etwa Ingeborg Maus und Ulrich K. Preuß), wird man in der gegenwärtigen Literatur nicht leicht auf Fälle stoßen, in denen ähnlich konzise und straight to the point diskutiert wurde wie hier. Dazu einige Beispiele.

Einer der möglichen Zugänge zum Werk, der erst kürzlich wieder eindrucksvoll von Heinrich Meier zur Geltung gebracht wurde<sup>2</sup>, führt über die Politische Theologie, insbesondere über Schmitts Selbstverständnis als katholischen Denker. Auf dem Symposium wurde diese Sichtweise von K. Kröger vertreten, der dessen Bekenntnis zum römischen Katholizismus als »Grundlage seines Denkens und seiner Weltsicht« zu erweisen versuchte. An dieser These ist sicher richtig, daß Schmitt häufig und nicht zu Unrecht auf die engen Beziehungen zwischen theologischem und juristischem Denken verwiesen hat, und richtig ist wohl auch, daß seine Faszination für die katholischen ›Theokraten‹ (de Maistre, de Bonald, Donoso Cortés) hier ihre Wurzel hat; auch G. Maschke kommt in einer sorgfältig abwägenden Analyse zu dem Schluß, »daß Schmitt eher als der ›Hobbes of the twentieth century‹ der *Donoso del siglo veinte* gewesen ist« (S. 199). Nach Maschke ist Schmitt jedoch nicht bei einer Verteidigung der religiösen Legitimität stehengeblieben. Da die Kirche wie auch der katholische Konservatismus im Zeitalter der Säkularisierung keine wirksamen Gegenkräfte gegen den Nihilismus der Moderne gewesen seien, habe Schmitt die politische Theologie durch die politische Mythologie und die Einheit der Kirche durch die von Volk und Nation ersetzt; was freilich nicht ausschließe, daß Schmitt im persönlichen Glauben weiterhin stark katholisch geprägt geblieben sei. Man könnte dieser Analyse uneingeschränkt zustimmen, wenn nicht der Autor an mehreren Stellen seinem durchaus schmittianischen Ressentiment gegen Weimar so hemmungslos die Zügel schießen lassen würde. Was schließlich an der ›Diskussion‹ so schrecklich ist, daß man sie als »furchtbare Tochter des Rationalismus« perhorreszieren muß, bleibt Maschkes Geheimnis. Aber zu einer echten Schmitt-Messe gehören solche Formeln wohl einfach dazu.

<sup>1</sup> Roman Schnur, *Der Staat*, Bd. 27 (1988), S. 437.

<sup>2</sup> Heinrich Meier, *Carl Schmitt, Leo Strauss und »Der Begriff des Politischen«*, Stuttgart 1988.

Einen zweiten kontroversen Verortungsversuch nimmt Armin Mohler vor. Sein Beitrag ist, wie der Untertitel einräumt, nicht eben eine Übung in Kohärenz, vielmehr eine Mischung von persönlichen Reminiszenzen, aktuellen Lesefrüchten und Sottisen gegen Habermas. Dazwischen aber finden sich Anregungen, denen nachzugehen sich lohnte: die These von Schmitts Anti-Nietzsche-Affekt etwa oder die Ablehnung des zyklischen Denkens, die beide gegen eine Zuordnung zur ›Konservativen Revolution‹ sprechen. Seine Überzeugung, Schmitt habe gleichwohl mit der letzteren nicht bloß Berührungspunkte gehabt, sondern sei einer ihrer wichtigsten Vertreter gewesen, begründet Mohler mit dem konkreten Ordnungsdenken, das eine ähnliche ›Feindbestimmung‹ aufweise – die liberal-individualistische Gesellschaft und ihr Recht – und von demselben Leitmotiv geprägt sei: »dem Aufstand gegen die das Wirkliche ausdörrenden Abstraktionen und die Hinwendung zum Besonderen, das seinen Sinn in sich trägt und nicht der Rechtfertigung durch den Bezug auf irgendwelche Allgemeinheiten bedarf« (S. 150). Leider ist von den Diskutanten niemand auf die Idee gekommen, diese Behauptung zu bestreiten, obwohl doch gerade die von Schmitt hochgehaltenen Postulate der Homogenität und Identität so ziemlich das Abstrakteste sind, was man sich vorstellen kann, und obwohl doch gerade Schmitt die »Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen« zum Programm erhoben hat<sup>3</sup>. Immerhin macht Heinrich Meier in einer bemerkenswerten Intervention auf die tiefgreifenden Unterschiede zwischen Schmitts eher metaphysischer Konzeption des Politischen und Ernst Jüngers agonalem Politikverständnis aufmerksam und lehnt eine Zuordnung des ersteren zur ›Konservativen Revolution‹ nachdrücklich ab; der Hinweis sei erlaubt, daß J. W. Bendersky in einer neueren Studie zum gleichen Ergebnis gekommen ist<sup>4</sup>.

Als drittes Beispiel für die Spannweite der Interpretationen sei der Versuch von E.-W. Böckenförde genannt, das staatsrechtliche Werk Schmitts als einen systematischen Zusammenhang auszulegen, der seinen Mittelpunkt im Begriff des Politischen habe. So überzeugend dieser Versuch auf weite Streck-

ken ausfällt und so sehr er sich dazu eignet, der These vom bloß okkasionellen Charakter von Schmitts Arbeiten den Boden zu entziehen, so berechtigt sind doch die Einwände, die darin eine Verharmlosung sehen. Hasso Hofmann warf Böckenförde vor, die Abwertung der rechtsstaatlichen Verfassung bei Carl Schmitt zu unterschätzen; Robert Hepp dagegen witterte die Tendenz, einen Schmitt für den ›Hausgebrauch der Bundesrepublik‹ zurechtzuschneiden, wodurch dessen unzeitgemäße (aber für Hepp offenbar immer noch aktuellen) Seiten im Dunkel blieben – allen voran der auf ethnische Homogenität gegründete Volksbegriff. Da Böckenförde sich im übrigen über die Tragfähigkeit der von ihm herausgestellten Grundbegriffe weitgehend ausschweigt, sollte man anschließend gleich den Beitrag von Christian Meier lesen, in dem einige der in den Begriff des Politischen eingegangenen Verkürzungen und Inkonsistenzen ausgeleuchtet werden. Insgesamt muß man jedoch feststellen, daß der schon in der Weimarer Zeit mit den Kritiken von Hermann Heller und Leo Strauss erreichte Erkenntnisstand nicht überboten wird.

*III. Gravamina:* Damit bin ich bereits bei den Vorbehalten, die eine Relativierung der These von der ›neuen Phase‹ erzwingen. Wirklich neue Einsichten, die über die bereits seit langem bekannten Interpretationsraster hinauswiesen, finden sich nicht, originelle Zugriffe, die einen anderen Blick auf das zerklüftete Ideenmassiv ermöglichten, bleiben die Ausnahme. Für diese Stagnation – denn um eine solche handelt es sich – kommen zwei Ursachen in Betracht: zum einen das überdeutliche Bemühen, Schmitt wieder ›hoffähig‹ zu machen, indem man den Wissenschaftler Carl Schmitt vom Politiker Carl Schmitt trennt; und zum andern die auffällige Weigerung, sich auf die von Masanori Shiyake aufgeworfene Frage einzulassen: »Warum und wozu sich gerade jetzt mit CS auseinandersetzen?«

Ad primum: Natürlich ist das Bemühen, Carl Schmitt einen Platz im Pantheon der Wissenschaften zu verschaffen, verständlich und bis zu einem gewissen Grad auch gerechtfertigt, sieht sich doch die Schmitt-Forschung wie kaum ein anderer Forschungsweig mit einer moralisch-politisch motivierten Tabuisierungsstrategie konfrontiert, die ihrem Gegenstand jegliche Relevanz für die Wissenschaft abspricht. Anstatt sich jedoch mit der

<sup>3</sup> Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 6. Aufl., Berlin 1985, S. 14.

<sup>4</sup> J. W. Bendersky, *Carl Schmitt and the Conservative Revolution*, in: *Telos* 72 (1987).

Kritik souverän auseinanderzusetzen, spielen die Schmittianer die verfolgte Unschuld und verweisen beleidigt auf Schmitts Lebenswerk, das durch die »sehr schlimmen Dummheiten« (Quaritsch) seines Urhebers während der NS-Zeit nicht dementiert werde – just die gleiche Haltung, wie sie die Deutschnationalen gegenüber der Vermutung einnehmen, es könne einen Zusammenhang zwischen der deutschen Geschichte und dem Nationalsozialismus geben.

Wie immer man diese Reaktion bewertet: Solange sie dominiert (und das tut sie seit 1945), ist es ausgeschlossen, daß die Schmitt-Forschung in eine neue Phase tritt. Man erweist Schmitt keinen Dienst, wenn man auf die Frage nach seiner Beziehung zum Nationalsozialismus pflichtschuldig die Person moralisch verurteilt und ansonsten Konferenzen veranstaltet, in denen es um seine Beziehung zu Kunst, Literatur und Theologie geht. Man fördert das Verständnis des Werkes nicht, wenn man für eben die Periode, in der Carl Schmitt publizistisch am aktivsten war – die Jahre 1933 ff. –, ganze zwei von siebenundzwanzig Beiträgen vorsieht – und dann auch noch solche, die entweder völlig kritiklos sind oder seine Großraum- und Reichsideologie im Sinne der Nouvelle Droite (Feuerbach) zu aktualisieren bestrebt sind. Sehen die Schmittianer denn nicht, daß ihre Strategie des Sicheinmauerns und Verdrängens nur dazu führt, Schmitts Theorie den Stachel zu nehmen? Damit aber auch deren Lebensnerv bedroht? Was hält denn das Interesse an Schmitt lebendig, wenn nicht die Frage nach Bedingung und Möglichkeit seines faschistischen Engagements? Schmitt wäre einer der vielen, halb schon vergessenen Staatsrechtslehrer der Weimarer Republik, gäbe es nicht die begründete Vermutung einer Wahlverwandtschaft, wenn nicht sogar noch engerer Beziehungen zwischen dem Kern seiner Verfassungslehre vor 1933 und der späteren Entscheidung für Hitler; gäbe es nicht die Hoffnung, durch das Verständnis dieser Beziehungen auch dem Phänomen NS etwas näherzukommen<sup>5</sup>. Eine Schmittforschung, die sich dieser Aufgabe nicht stellt oder sie auf den zweiten oder dritten Rang verweist, erledigt sich selbst und

ihren Gegenstand. Von ihr hieße es dann mit Recht, daß man sie nicht braucht.

Ad secundum: Nahezu der einzige, der die Frage nach den Gründen einer möglichen Aktualität Carl Schmitts angemessen behandelt, ist – Carl Schmitt selbst, im eingangs erwähnten Vorwort zur italienischen Ausgabe des »Begriffs des Politischen«. Während seine Jünger diesen Begriff rauf und runter deklinieren, als befände man sich noch im ersten Drittel dieses Jahrhunderts, hat Schmitt diese Akte längst geschlossen. Für ihn sind Staat und Souveränität, Verfassung und Gesetz, Legalität und Legitimität »klassische«, und das heißt: überholte Begriffe. »Sie gehören als wesentlicher Bestandteil zum occidentalen Rationalismus, kulminieren in einem systematisch durchdachten Jus Publicum Europaeum und gehen mit ihm unter« (S. 269). Am Ende seines Lebens hat Carl Schmitt, der sich selbst stets in der Funktion eines Katechon, eines Aufhalters und Bewahrsers sah, resigniert. Wie schon Max Weber im letzten Kapitel seiner Rechtssoziologie, sieht er Staat und Recht, die Garanten von Dauer und Berechenbarkeit, im Strudel der von Wissenschaft und Technik getragenen »permanenten Revolution« versinken. »Verfassung, Gesetz und Maßnahme lassen sich in der Rapidität des wissenschaftlich-technisch-industriellen Fortschritts nicht mehr differenzieren und werden einfach zu Methoden permanenter Umbewertungen. So ergibt sich das moderne Phänomen der legalen Revolution; diese wird sich als das unerwartet adäquate Vehikel der permanenten Revolution anbieten« (S. 270). In den besten Passagen seines Buches »Gegengifte« kommt heute Ulrich Beck zum exakt gleichen Ergebnis<sup>6</sup>. Sollte nicht gerade das Wort eines Carl Schmitt, der den Staat so leidenschaftlich gepriesen (und zugleich so wirkungsvoll instrumentalisiert) hat wie kein zweiter Staatsrechtslehrer dieses Jahrhunderts, sollte das Wort eines solchen Autors nicht Grund genug sein, der These von der Antiquiertheit von Staat und Recht die allergrößte Aufmerksamkeit zu widmen? Daß er dies so vollständig versäumt, macht den vorliegenden Band zu alles anderem als einem Markstein der Carl-Schmitt-Forschung.

Stefan Breuer

<sup>5</sup> Vgl. dazu zuletzt die freilich auch noch nicht zufriedenstellenden Überlegungen von B. Rütters, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München 1988.

<sup>6</sup> Ulrich Beck, *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*. Frankfurt 1988, S. 189 ff.

*Barbara Just-Dahlmann und Helmut Just: Die Gehilfen. NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945. Königstein/Ts. 1988 (Athenäum), 326 S., 38,- DM*

Die Probleme und die Blockierungen der juristischen Aufarbeitung von NS-Gewaltverbrechen sind – auch wenn wichtige Teilbereiche wie etwa die gesamte Einsatzgruppenjudikatur noch der Einzelanalyse bedürfen – in mancher Beziehung näher untersucht. Zuletzt hat Ralph Giordano eindringlicher Essay über die Tendenz zum großen Frieden mit bestimmten NS-Tätern ein erstes Resümee gezogen.<sup>1</sup> Zu wenig bekannt ist jedoch die grundlegende Kritik, die schon in den 60er Jahren gegen eine Justiz formuliert wurde, die oftmals ungewöhnlich milde Strafen für NS-Mörder verhängte. Noch weniger ist bekannt, warum diese öffentlichen Gegenpositionen, trotz erheblicher publizistischer Resonanz, in der Rechtsprechung faktisch wirkungslos blieben. Der Bericht von Barbara Just-Dahlmann und Helmut Just – beide inzwischen pensionierte Justizjuristen – gibt auf diese für eine Rechtsgeschichte der Bundesrepublik wichtigen Fragen erste Antworten. Man mag einwenden, die beiden Zeitzeugen seien parteiisch. Das ist wohl zutreffend. Ihre Parteinahme für eine rechtsstaatsgemäße Ahndung von NS-Verbrechen ist aber durch unser Normensystem selber vorgegeben.

Just-Dahlmann, Jahrgang 1922, war Oberstaatsanwältin in Mannheim und arbeitete für die Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen als Übersetzerin aus dem Polnischen. Ihr trat der Schrecken der nationalsozialistischen Mordkommandos nicht in der halb-distanzierenden Form wissenschaftlicher Darstellungen, sondern im Erleben der konkreten einzelnen Opfer, die dem System des Grauens entkommen waren, unmittelbar entgegen. So unmittelbar, daß sie gemeinsam mit ihrem Mann von nachfühlender Ohnmacht überwältigt wurde: »Übersetzungen haben wir zuweilen ... kaum noch ertragen, wir sind hemmungslos weinend durch unsere Wohnung gelaufen und teilnehmende Freunde weinten mit uns« (S. 32).

Die eingedenkende Erinnerung an die Opfer bildete den Antrieb für das Engagement von

Just-Dahlmann, dem größten Skandalon in der Rechtsgeschichte der Bundesrepublik – der Schaffung eines Sonder(un)rechts für nationalsozialistische Mordverbrecher – entgegenzutreten. Auf die objektiven Schwierigkeiten, der NS-Täter überhaupt habhaft zu werden, machte sie in ihrem ersten, die Öffentlichkeit aufrüttelnden Vortrag in der Evangelischen Akademie in Loccum im Jahre 1961 aufmerksam. Die Zentrale Stelle konnte ihre Ermittlungsakten nicht einfach an jede beliebige Polizeistelle in der Bundesrepublik schicken, »weil sie nicht wußte, ob die Akten dort nicht in die Hände eines Beamten geraten, der zu dem von ihr gesuchten Täterkreis gehört ... Aus dem gleichen Grund sah die ›Zentrale Stelle‹ auch davon ab, Ausschreibungen im Fahndungsbuch vorzunehmen« (S. 43). In demselben Vortrag findet sich jene berühmte Formel, die die Ahndungspraxis vieler, mit NS-Verbrechen befaßter Gerichte charakterisiert: »Ein Toter gleich zehn Minuten Gefängnis« (S. 45).

Diese Tendenz der Judikatur wurde bekanntlich durch eine Überdehnung, ja Verkehrung der Beihilfekonstruktion ermöglicht, die den Täterbegriff für bestimmte Formen von nationalsozialistischen Tötungsverbrechen faktisch zum Verschwinden brachte. Am konkreten Fall wird das ganze Ausmaß der justiziellen Verzerrung des realen Tatgeschehens sichtbar. In einem Brief vom September 1964 an die Bundesrichterin Diemer-Nikolaus schildert Just-Dahlmann u. a. den Fall Pillich, den das Schwurgericht Gießen am 26. 3. 1962 entschied: »Pillich gehörte einer Pionierabteilung an und hatte mit den Erschießungen nichts zu tun. Er hatte jedoch Urlaub und bat – um seinen Urlaub nützlich zu verbringen! –, mitmachen zu dürfen. Er fuhr also freiwillig zu der geplanten Erschießung mit ... Zwei Kinder, die sich in ihrer Todesangst an den Beinen des Vaters festklammerten, konnten nicht abgerissen werden und mußten an den Beinen erst abgeschossen werden, ehe man den Vater umbrachte ... Pillich trieb die Polizeibeamten, die ... sich übergeben mußten und sich drücken wollten, wieder an die Leichengrube ... Obgleich Pillich keinen Befehl hatte und obgleich er besondere Aktivität aus eigener ... Initiative entwickelte, verurteilte man ihn als ›Gehilfen‹ ... Obgleich das Schwurgericht besonders grauenhafte Einzelfälle festgestellt hatte, wählte es als Einsatzstrafe die gesetzlich zulässige Mindeststrafe von drei Jahren und erhöhte diese

<sup>1</sup> R. Giordano, Die zweite Schuld, Hamburg 1987.

für die übrigen 161 Fälle ›angemessen‹ um ganze 3 Monate« (S. 217 f.).

Um einer derartigen Tendenz in der Rechtsprechung entgegenzuwirken, unternahm das Ehepaar Just-Dahlmann den Versuch, eine breite strafrechtswissenschaftliche Kritik an der Beihilfe-Judikatur in NS-Gewaltverbrecherprozessen in Gang zu setzen. 1963 initiierten sie eine vom deutschen Koordinierungsrat der Gesellschaften für christlich-jüdische Zusammenarbeit getragene Anfrage an sämtliche Strafrechtslehrer der Bundesrepublik. Sie verfolgte das Ziel, die Strafrechtswissenschaftler dazu zu bringen, in wissenschaftlichen Aufsätzen und Urteilsbesprechungen zu der Tendenz, daß NS-Gewaltverbrechen »in einer gewissen Häufung anders behandelt werden als Mordfälle sonst« (S. 161), Stellung zu beziehen. Das Ergebnis dieser Anfrage war niederschmetternd. Von 58 angeschriebenen Strafrechtslehrern antworteten lediglich neun. Einige von ihnen, wie Claus Roxin und Jürgen Baumann<sup>2</sup>, hatten sich mit der problematischen Beihilfe-Judikatur des BGH, die für NS-Prozesse weichenstellend wirkte, schon kritisch auseinandergesetzt. Vergeblich bemühte sich Jürgen Baumann auf der Strafrechtslehretagung im Juni 1963 um eine gemeinsame Antwort seiner Fachkollegen. Auch sein Versuch, im Umlaufverfahren eine Stellungnahme zustande zu bringen, schlug fehl – er erhielt nur eine einzige Antwort. Einer der wenigen Strafrechtslehrer, die auf die Anfrage der Gesellschaften für christlich-jüdische Zusammenarbeit reagierten, Günter Spindel, erklärte die Haltung der erdrückenden Mehrheit seiner Kollegen in einem Brief vom März 1963 treffend so: »Wenn heute noch oder wieder Richter und Wissenschaftler im Amt sind, die vor 1945 unter dem Naziregime in irgendeiner Form ›mitgemacht‹ haben, darf man sich nicht wundern, daß psychologisch keine Bereitschaft besteht, die NS-Verbrecher zur Verantwortung zu ziehen« (S. 169).

Zwei Jahre später, 1965, nach einem erneuten Appell an die Strafrechtslehrer, wirkten die Abwehrmechanismen gegen eine wissenschaftliche Behandlung der Spruchpraxis in Verfahren gegen nationalsozialistische Gewaltverbrecher bei der überwiegenden Mehrheit der Professoren unverändert weiter. Die

zunächst schweigende Mehrheit blieb nicht mehr stumm, sondern äußerte sich durchaus offensiv – als kompaktes Verdrängungskartell. Der Tenor der Antworten ging dahin, sich für eine kritische strafrechtliche Analyse der Rechtsprechung zu den größten Mordverbrechen der deutschen Geschichte für unzuständig zu erklären. »Strafrechtswissenschaftlich läßt sich«, heißt es in einer typischen Antwort, »... gegen die Urteile, die Sie aufführen, nichts sagen« (S. 203), auch nicht zu einem besonders eklatanten, in dem Appell erwähnten Urteil: In dem Verfahren gegen Krumei, den Stellvertreter Eichmanns in Ungarn, verhängte das Schwurgericht Frankfurt am 3. 2. 1965 wegen Beihilfe zum Mord in 300 000 Fällen eine Strafe von 5(!) Jahren Zuchthaus.

Auch ein weiterer Versuch von Just-Dahlmann vom Juli 1964, durch einen Appell an die juristischen Fachzeitschriften – an die JZ, MDR, NJW, JR – eine systematische wissenschaftliche Behandlung vor allem der fragwürdigen Gehilfen-Rechtsprechung in Gang zu setzen, nachdem inzwischen schon etwa 160 Entscheidungen in NS-Gewaltverbrecher-Verfahren vorlagen, schlug vollständig fehl. Verzweifelt schrieb Just-Dahlmann in einem Brief an den verantwortlichen Redakteur der JZ vom Dezember 1964: »Nun haben wir seit 1958 die ›Zentrale Stelle‹ in Ludwigsburg. Seit dieser Zeit nimmt die Rechtsprechung in den NS-Prozessen den bekanntesten beschämenden Verlauf, und keine juristische Fachzeitschrift bringt es – in sechs Jahren – fertig, eine kontinuierliche Besprechung dieser Urteile in Gang zu setzen« (S. 185).

Der einzige große Erfolg in der Entwicklung wissenschaftlicher Gegenpositionen gegen den teilexkulpierten Trend der NS-Prozesse, der einer Initiative von Just-Dahlmann und dem Engagement von Ernst Friesenhahn als Präsidenten des Deutschen Juristentages zu verdanken war, bestand in den Ergebnissen einer von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages vom 1.–3. 4. 1966 einberufenen Klausurtagung zum Problem der Verfolgung und Ahndung von NS-Gewaltverbrechen, an der u. a. Fritz Bauer, Jürgen Baumann, Herbert Jäger, Ulrich Klug, Henry Ormond, Claus Roxin und Werner Sarstedt teilnahmen. Die Kommission faßte eine EntschlieÙung, in der es hieß: »Die Kommission hat mit Besorgnis von Urteilen Kenntnis genommen, in denen NS-Gewalt-

<sup>2</sup> C. ROXIN, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, S. 193 ff.; J. BAUMANN, Beihilfe bei eigener voller Tatbestandserfüllung, NJW 1963, S. 561 ff.

verbrechen nach den in den Urteilen getroffenen Feststellungen mit auffallend niedrigen Strafen geahndet worden sind. In einem wesentlichen Teil dieser Fälle beruht das darauf, daß Täter des Mordes als Gehilfen verurteilt worden sind. ... Täter ist nach Ansicht der Kommission auf jeden Fall, ohne Rücksicht auf seine Beweggründe im übrigen, a) wer ohne konkreten Befehl getötet hat; b) wer mehr getan hat, als im befohlen war; c) wer als Befehlshaber mit selbständiger Entscheidungsgewalt oder eigenem Ermessensspielraum Tötungen befohlen hat« (S. 263).<sup>3</sup> Diese eindeutige (naturgemäß nur einmalige) Stellungnahme, die auf einer Sondersitzung des Deutschen Juristentages Ende September 1966 verteilt wurde, blieb ein Warnruf, führte aber zu keiner wesentlichen Änderung der Judikatur.<sup>4</sup> Denn sie sah sich nach wie vor keiner detaillierten und fortlaufenden Einzelkritik ihrer Sonderjustiz zugunsten von Nazi-Mördern ausgesetzt, zumal die Entscheidungen in den juristischen Fachzeitschriften – als handele es sich um exotische Fälle – so gut wie nicht publiziert wurden. Erst seit 1968 erschien, bezeichnenderweise nicht in der Bundesrepublik, sondern in Holland, unter der Hauptverantwortung von C. F. Rüter eine vollständige Sammlung sämtlicher Entscheidungen in NS-Prozessen.<sup>5</sup>

In der besonders wichtigen Rechtsprechungsperiode der 50er und 60er Jahre bildeten die meisten Strafrechtslehrer einen stummen und gerade dadurch äußerst wirkungsvollen Bündnispartner einer Rechtsprechung, die die (eigene?) Mitläuferpsychologie auf das täterschaftliche Mordgeschehen von NS-Verbrechern projizierte. So stützte die Mehrheit der strafrechtswissenschaftlichen Zunft indirekt eine Ahndungspraxis, die die rechtsstaatlich gebotene Achtung des Lebens eines jeden Menschen zwar nicht außer Kraft setzte, aber doch so minimierte, daß unzählige Opfer des NS-Regimes noch einmal verhöhnt wurden. Für eine neue Generation

kritischer Strafrechtler, die das NS-Rechtssystem inzwischen eingehend erforschen, mag es nahe liegen, nun auch die besonderen Kriterien der NS-Verbrecherentscheidungen in der Bundesrepublik an Hand der Einzelurteile umfassend zu analysieren.<sup>6</sup>

Joachim Perels

Robert A. Burt, *Two Jewish Justices. Outcasts in the Promised Land, Berkeley/Los Angeles/London (University of California Press) 1988, 165 Seiten, US \$ 19,95.*

Die Rechtsordnung und deren Einbindung in das gesellschaftliche System der Vereinigten Staaten ist nach wie vor weitgehend *terra incognita*.<sup>1</sup> Gerade in den USA jedoch wurden und werden aufgrund der Heterogenität der Gesellschaft Entwicklungen sichtbar, die erst mit einer gewissen Zeitverzögerung hierzulande eine Rolle spielen. Dies gilt insbesondere für den Umgang mit Minderheiten.

Ein Gradmesser für die Reaktionen der Mehrheit auf Ansprüche und Äußerungen von Minoritäten sind die Entscheidungen des US-Supreme Court. Dorthin gelangen schließlich die Rechtsstreite derjenigen, die willens und fähig sind, Entscheidungen anderer Gerichte und deren Grundlagen vor dem obersten Gerichtshof auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht und der Verfassung überprüfen zu lassen. Die Stellung des *Supreme Court* unterscheidet sich dabei von der des *Bundesverfassungsgerichts* grundsätzlich dadurch, daß seine Entscheidungen keine Gesetzeskraft erlangen, von der jeweiligen gesellschaftlichen Situation wesentlich abhängiger und die Legislativorgane des Bundes und der Einzelstaaten in ihren Reaktionen viel freier sind. Im politischen System der USA nimmt der Supreme Court eher die Rolle einer Meta-Legitimationsinstanz ein.<sup>2</sup> Hier-

3 In der Wiedergabe der Entschließung auf S. 263 hat sich ein sinnentstellender Druckfehler eingeschlichen. Der folgende Satz lautet richtigerweise so: »Unabhängig davon, ob die Kommissionsmitglieder einer subjektiven oder einer materiell objektiven Teilnahme zuneigen, ist nach ihrer einhelligen Auffassung vielfach (und nicht »vielleicht«, J. P.) zu Unrecht Beihilfe anstelle von Täterschaft angenommen worden.«

4 Vgl. aus jüngerer Zeit F. Kruse, Das Majdanek-Urteil, KJ 2/1985, S. 140 ff.

5 C. F. Rüter (Hrsg.), Justiz und NS-Verbrechen, Amsterdam 1968 ff.

6 Vgl. hierzu die Vorarbeiten von F. Kruse, Zweierlei Maß für NS-Täter? KJ H. 3/1978, S. 236 ff., S. Benzler, Justiz und Anstaltsmord nach 1945, KJ H. 2/1988; C. Laage, Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945, in diesem Heft S. 409 ff.

1 Zum amerikanischen Verfassungsdenken vgl. Helmut Steinberger, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, Berlin/Heidelberg/New York, 1974, und Günter Frankenberg/Ulrich Rödel, Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz, Frankfurt a. M. 1981.

2 Frankenberg/Rödel, Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz, a. a. O., S. 252.

für muß er sich einerseits gegenüber potentiellen Klägern als eine unabhängige Institution profilieren, die deren Ansprüche ernsthaft prüft und ihnen gegebenenfalls zu rechtlicher Anerkennung verhilft. Andererseits gerät er in diesen Fällen mit der gesellschaftlichen Mehrheit und der sie repräsentierenden Legislative und Exekutive in Konflikt, die seine Entscheidungen umgehen und damit seine Autorität gegenüber künftig Rechtssuchenden untergraben. Dabei findet der schwierige Balanceakt des Supreme Court nicht allein zwischen den Polen einer zu großen Nähe zu Legislative und Exekutive und einer offenen Haltung gegenüber minoritären Ansprüchen statt. So kann zum einen bereits ein *dissenting vote* dem unterlegenen Kläger signalisieren, daß seine Ansicht verfassungsrechtlich zumindest vertretbar und möglicherweise zukünftig mehrheitsfähig ist. Zum anderen mag der Kläger eine auf den Einzelfall begrenzte und aufgrund einer anderen rechtlichen Überlegung getroffene, ihm günstige Entscheidung als ein Ausweichen vor dem ihm wichtigen Problem verstehen. Die Integrationswirkung ist im ersten Fall recht groß, im zweiten dagegen gering. Somit hängt es letztlich von der Persönlichkeit der Richter selbst ab, in welchem Maße sie »ihren Anspruch auf Autorität und Unabhängigkeit zu verteidigen bereit und entsprechend konfliktfähig sind, wie sie ihre Rolle im Verhältnis zu den anderen politischen Gewalten und zu der herrschenden Öffentlichkeitsmeinung einerseits und minoritären Positionen andererseits bestimmen.«<sup>3</sup> Die vielschichtigen Zusammenhänge zwischen Rechtsprechungspraxis zu Minderheitenfragen und Richterpersönlichkeit ist das Thema des Essays »Two Jewish Justices. Outcasts in the Promised Land« von Robert A. Burt. Der Autor, Rechtsprofessor an der *Yale University*, schildert anhand zweier jüdischer Richter am US-Supreme Court die Spannungen und Dynamiken in heterogenen Gesellschaften und das darauf bezogene Wirken von Individuen.

Die beiden charakterisierten Personen, Louis D. Brandeis und Felix Frankfurter, gehören unterschiedlichen Generationen an, und ihre Einstellung zu Minderheiten und Außenseitern wird durch ihren jeweiligen Lebenshintergrund entscheidend geprägt. Brandeis

wird 1856 in Kentucky geboren. Seine gesamte Familie war kurz nach dem Scheitern der Revolution von 1848, jedoch noch vor dem Anwachsen des Antisemitismus aus Deutschland emigriert. Die Brandeis' suchten nicht den Anschluß an andere Juden in Amerika, sie zogen allerdings mit vielen Verwandten zusammen und lebten eingebunden in ihre nichtjüdische Nachbarschaft in gesicherten Verhältnissen. Brandeis war nie religiös, und Judesein spielte für lange Zeit keine Rolle. Als er 1916 als erster Jude zum Richter am US-Supreme Court ernannt wird, ist dies durchaus von öffentlichem Interesse, die allgemeine Einstellung gegenüber Juden hatte sich gemessen an den Verhältnissen der Mitte des 19. Jahrhunderts, als es in den USA insgesamt knapp 400 000 Juden gab, bedeutend gewandelt.

Zusammen mit vielen anderen, hauptsächlich aus Osteuropa stammenden Einwanderern, die auch die Anzahl der Juden vervielfachten, kommt vor der Jahrhundertwende auch Felix Frankfurter mit seinen Eltern nach New York. Die Familie aus Wien wohnt auf der East Side Manhattans, dem Zentrum der jüdischen Subkultur. Der Zwölfjährige ist völlig von traditionellen Bezügen umgeben und religiös. Sein Weg in die amerikanische Gesellschaft beginnt auf der Schule, wo wiederum eine Einwanderin, eine irische Lehrerin, die Schüler unter Androhung drakonischer Strafen zwingt, keine andere Sprache als Englisch zu sprechen. Felix wird sie später zu seinen »größten Wohltätern« zählen. Während Brandeis kaum tatsächliche persönliche Erfahrungen, Kränkungen mit dem Außenseiterstatus verbinden konnte und sein Richteramt bis zu seinem Ausscheiden 1939 in einem emphatischen Sinne als *outcast* versah, so galt dies für Frankfurter genau umgekehrt. Als Felix Frankfurter im selben Jahr zum Richter ernannt wird, wähnt er sich seinem Ziel, ein *insider* zu werden, unmittelbar nahe. Seine Distanz zu Außenseitern wächst zunehmend, umso mehr, wie er schmerzlich feststellen muß, daß ein *insider*-Dasein für ihn immer unerreichbar bleibt. Beider Juristenlaufbahn verläuft ähnlich. Sie nehmen als Anwälte hauptsächlich die Interessen von Benachteiligten wahr und stehen in dem – überzeichneten – Ruf, Linke zu sein. So tritt Frankfurter für die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zur Eindämmung der Kinderarbeit und für Mindestlöhne für Frauen ein. Über seine Auseinandersetzung

<sup>3</sup> Frankenberg/Rödel, Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz, a. a. O., S. 265.

mit dem Harvardpräsidenten Lawrence Lowell, der im Auftrage des Gouverneurs von Massachusetts alle Verstöße gegen Verfahrensrecht und Beurteilungsgrundsätze in den Prozessen gegen Sacco und Vanzetti gutachterlich rechtfertigte, schreibt Frankfurter: »... Lowell war unfähig, auch nur zu erwägen, daß diese beiden Itaker Recht haben könnten und die *Yankee*-Justiz im Irrtum sein könnte. Seine Leute, die *Yankees*, hatten Recht, und die beiden fremden Einwanderer waren das, was sie waren – Pazifisten und Drückeberger.« (S. 57) Doch auch hier wie in allen anderen Fällen sind es weniger die Einzelschicksale selbst, die ihn bewegen. »Die Makellosigkeit der Justiz der Vereinigten Staaten war es, die ihn zum Eingreifen nötigte und antrieb – nicht seine Verbundenheitsgefühle mit zwei unterdrückten Einwanderern.« (S. 58) Diese Einstellung charakterisiert Frankfurters tatsächlich konservativen Konstitutionalismus.

Auch Brandeis mißt der Verbindlichkeit des Rechts und der Verpflichtung eines jeden, dieses anzuerkennen, einen hohen Wert zu, doch es verstellt ihm nicht den Blick auf anderes. Im Verfahren *Coronado Coal Company ./. United Mine Workers* von 1921 waren die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der Bergwerksgesellschaft zur Brechung des Gewerkschaftsmonopols und militante Gegenaktionen der Arbeiter im Streit. In seinem Minderheitsvotum schreibt Brandeis: »Geschäfte zu zerstören ist illegal. Es ist nicht illegal, den Lebensstandard von Arbeitern zu drücken oder eine Gewerkschaft zu zerschlagen, die die Erhaltung und Verbesserung dieses Lebensstandards zum Ziel hat. Ein Unternehmen ist Eigentum; das Gesetz schützt es... Der Lebensstandard eines Menschen ist kein Eigentum; und das Gesetz schützt ihn nicht... So ist das Gesetz, dem jeder Bürger gehorchen soll; und das Gericht hat es anzuwenden. Es mag unmoralisch sein, legale Verfahren, großen finanziellen Aufwand und viel Gedankenarbeit aufzuwenden, um die Lebensbedingungen der Bergarbeiter zu verschlechtern; aber solange das Recht dies gestattet, darf wirtschaftliche Macht nicht mit physischer Gewalt zurückgeschlagen werden.« (S. 31 f.) Mit seinem Votum, dem er eine detaillierte Darstellung der wirtschaftlichen Entwicklung der Bergwerke und der Situation der Kumpel vorausschickte, versuchte Brandeis, seinen Richterkollegen, die aus anderen Gründen die Klage der Mienen-

gesellschaft gegen die Gewerkschaft abweisen, zunächst einmal das dem Fall zugrundeliegende soziale Problem, die gesellschaftlichen Spannungen zu vermitteln. Diese Methode fand schließlich Eingang in die prozesuale Praxis. Der »Brandeis-Brief« ist ein besonderer Schriftsatz, der das Gericht über den sozialen Hintergrund eines Rechtsstreits informiert.

Trotz seiner eher offenen Haltung gegenüber ordnend und regulierend in den gesellschaftlichen Alltag der USA eingreifenden Gesetzen, hatte Brandeis ein feines Gespür für Eingriffe in die Rechtsstellung von Minderheiten, die mit Gemeinwohlüberlegungen begründet wurden. Ein Gesetz des Staates Nebraska, das kurz nach dem 1. Weltkrieg den Gebrauch von Deutsch in Grundschulen verbot, stellte für Brandeis keine allgemein pädagogische Maßnahme zur Homogenisierung der Bevölkerung dar, sondern diene im wesentlichen der Diskriminierung der deutschsprachigen Minderheit (*Meyer ./. Nebraska*, 1923). Es kann als sicher gelten, daß Frankfurter hier anders gehandelt hätte. So gelang es diesem 1940 im Verfahren *Minersville School District ./. Gobitis* zunächst, die Mehrheit der Richter von seiner Auffassung zu überzeugen. Für die Weigerung von Zeugen Jehovas, ihre Kinder an den täglichen Flaggenappellen in Schulen teilnehmen zu lassen, hatte er kein Verständnis. Geprägt von seiner persönlichen Erfahrung erkennt er eine wesentliche Aufgabe der Grundschule im Einflößen »von Liebe zum eigenen Land«. Die Zeugen Jehovas waren für ihn »Abweichler«, die für sich eine »außerordentliche Autonomie« in Anspruch nahmen. Frankfurter erblickte das Kernproblem des Falles darin, ob »individuelle Überempfindlichkeiten« toleriert werden können (S. 40). Seine Lösung lautete: nein. Schon drei Jahre später verwarf das Gericht in einer aufsehenerregenden Kehrtwende den Zwang zur Teilnahme am Flaggenappell. Der Stimmungsumschwung innerhalb des Supreme Court hinsichtlich »individueller Überempfindlichkeiten« hatte sich 1943 schon im vorausgegangenen Prozeß *Schneidermann ./. United States* abgezeichnet. Es handelte sich um den Widerruf der Einbürgerung wegen der nach wie vor bestehenden Mitgliedschaft in der Kommunistischen Partei. Frankfurter plädierte dafür, den Widerruf zu bestätigen, konnte sich allerdings nicht durchsetzen. In seinem Tagebuch notiert Frankfurter, daß

auch er früher ein Fremder gewesen sei, der jedoch – im Unterschied zu Schneiderman – »alte Loyalitäten aufgegeben« (S. 42) habe, was schließlich von allen verlangt werden könne. Und dies sei nicht seine persönliche Meinung, sondern er argumentiere hier als Richter, der aufgefordert ist, zu bestimmen, was es heißt, ein Amerikaner zu sein und hier eine Heimat zu finden. Das Bild, das Frankfurter von sich zeichnet, ist das Portrait eines selbstverständlichen *insiders* – eines »Konvertiten ... eifriger als einer, der bereits in diesem Glauben geboren wurde« (S. 42).

Zwar gab Frankfurter sein Judentum nicht auf, und er verleugnete es auch nicht, aber nachdem er in seiner College-Zeit mitten im Gottesdienst den Raum verlassen hatte, bedeutete es ihm nichts mehr. Brandeis dagegen begriff Judentum als einen Ausdruck seines Standortes. Den Vorsitz der amerikanischen Zionistenbewegung gab er jedoch wieder auf, als er diese nicht mehr glaubwürdig vertreten konnte. Entgegen Chaim Weizmann war Brandeis nicht der Auffassung, daß alle Juden nach Palästina ziehen sollten und dort ihre einzige Heimat finden könnten. »Er wußte, daß er heimatlos war, bevor er erkannte, Jude zu sein. ... ›Ich bin heimatlos und deshalb Jude; und diese Heimatlosigkeit findet ihren Ausdruck im Zionismus.« ... Der Zionismus bot Brandeis eine Alternative dazu, sich als ein vollständig assimilierter Amerikaner zu verstehen, als eine Person, die hier ein bequemes Zuhause gefunden hat.« (S. 18)

Brandeis' bewußte Unabhängig- und Ortlosigkeit prädestiniert ihn zum Schlichter. In dieser Eigenschaft ist er vor seiner Berufung zum Richter auch häufig tätig, wobei ihn bei Tarifaueinandersetzungen beeindruckt, wie sehr sich die Kontrahenten trotz aller Vehemenz in die Rolle des jeweils anderen hineinversetzen können. Die darin zum Ausdruck kommende Rationalität fasziniert Brandeis. Anderen zuzuhören und ihre Ansichten zu berücksichtigen und das Offenhalten gesellschaftlicher Strukturen für künftige Entwicklungen waren für ihn die Kriterien für Vernunft, an denen er die Verfassungsmäßigkeit von Exekutiv- und Legislativentscheidungen maß. Zugleich verband Brandeis damit auch die Verpflichtung, die eigene Entscheidung eingehend und nachvollziehbar zu begründen. Seine, mit Belegstellen und Zitaten gespickten abweichenden Voten sind oft um ein Mehrfaches länger als das Urteil der Senatsmehrheit. Später erst, in den Sechziger Jah-

ren, werden alle Entscheidungen des Supreme Court einen vergleichbaren Umfang annehmen. Der Grund ist dort aber ein anderer: Während Brandeis in der ausführlichen Darstellung der eigenen Überlegungen eine persönliche Aufgabe sah, dient die Berufung auf ältere Entscheidungen nunmehr dazu, dem eigenen Urteil Legitimation und Autorität zu verleihen.

Nach dem Ende des 2. Weltkrieges mehrten sich die Verfahren, mit denen Schwarze die Rassentrennung angriffen, und kamen später noch die Prozesse der Frauen- und anderer Emanzipationsbewegungen hinzu. Der Supreme Court hatte unpopuläre Entscheidungen zu treffen. Frankfurter gab in der Beratung zur Leitentscheidung in Fragen der Diskriminierung von Schwarzen, *Brown v. Board of Education* von 1958, zu bedenken: »Nichts wäre in meinen Augen schlimmer, als wenn dieses Gericht abstrakt erklärte, Rassentrennung ist schlecht, und dies würde mit Tricks umgangen.« (S. 94) Es war jedoch Frankfurter selbst, der es den Legislativ- und Exekutivorganen der Einzelstaaten letztlich ermöglichte, mit der von ihm verfaßten Begründung und seiner Formel vom »äußerst bedächtigen Umsetzen« (S. 93) das Anti-Diskriminierungsurteil weitgehend leerlaufen zu lassen. Frankfurters Sorge um das ungeteilte Ansehen des Gerichts verkannte völlig die Integrationsfunktion des Supreme Court. Eine Mittlerrolle zwischen *insider* und *outsider*, zwischen konfligierenden Interessen vermochte er aufgrund seines eigenen Lebenskonzeptes gerade in dieser Zeit kaum einzunehmen: »Die neue Militanz stellte die Vorstellung eines zentristischen *insider*-Status mit den ihm innewohnenden repressiven Momenten einer einheitlichen sozialen Identität als Krönung der Assimilation radikal in Frage« (S. 94)

Zwar ging auch Frankfurter von dem radikal-demokratischen Ansatz einer »offenen Gesellschaft«, wie ihn Brandeis in Voten und Aufsätzen entworfen hatte, aus. Doch war für ihn die amerikanische Verfassung kein Rahmenwerk, das über die Garantie von politischen Freiheiten die gesellschaftliche Wirklichkeit weitgehend dem freien Spiel der jeweiligen Gruppen überließ. Vielmehr war seiner Meinung nach immer eine Abwägung zwischen dem geltend gemachten Anspruch und dem Bestandsinteresse der Mehrheit zu treffen. Einzig prozessuale Garantien auf ein faires Gerichtsverfahren sollten unantastbar

bleiben.<sup>4</sup> Diese Ansicht sollte in der Folgezeit die Rechtsprechung des US-Supreme Court auch nach Frankfurters Ausscheiden 1962 zunehmend prägen.

Das Ende der 60er Jahre markiert die Wende von einer mehr Brandeis' Vorstellungen entsprechenden Rechtsprechung zu einer eher von Frankfurters Einstellungen inspirierten Praxis. Seit dieser Zeit wuchsen die sozialen Spannungen, und immer neue Gruppen traten auf, die eigene Rechte reklamierten. Zugleich begann sich die amerikanische Gesellschaft ihrer Heterogenität bewusst zu werden, was diejenigen, die sich selbst als die Träger des »amerikanischen Geistes«, der »civil religion« sahen, zutiefst verunsicherte. »Während der letzten dreißig Jahre war es schwierig, jemanden zu finden, der sich in der amerikanischen Gesellschaft völlig zu Hause gefühlt hätte; die weitverbreiteste Selbsteinschätzung war die Einordnung in eine verletzte Minderheit. Dies trifft nicht nur auf Schwarze oder Frauen zu (...), die selbstbewußt ihren Status als unterdrückte Minderheit mit den Bürgerrechten verbanden. Es trifft auch auf solche zu, die für sich in Anspruch nehmen, die »wahren *insider*« zu sein – das »Mittlere Amerika« oder die »Moralische Mehrheit« – die ihre Situation in alarmierten, gelegentlich paranoiden Begriffen beschreiben, daß man annehmen kann, sie glauben sich von einer gewaltigen und unbezweifelbaren Macht unterdrückt.« (S. 74) Und Burt fährt fort: »Aus dem Widersinn, sich eine aus Außenseitern bestehende Gesellschaft vorzustellen, erwachsen wechselseitige Unsicherheit und Mißtrauen. Selbst in Momenten sozialer Sicherheit sind unter jenen, denen scheinbar der *insider*-Status zukommt, nagende Zweifel unvermeidlich. Diese Unsicherheit wächst, sobald irgendein offener sozialer Konflikt die trügerische Ruhe durchbricht. Im Konkurrenzkampf werden dann zum Schutze des (...) in Alarmbereitschaft versetzten *insider*-Status und um seine Grenzen klarer zu ziehen und abzusichern, die Einordnungskriterien für Außenseiter weiter gefaßt.« (S. 76) Dadurch änderte sich auch die Sichtweise des Supreme Court. Sie wurde nun von der »Perspektive größerer Furcht vor Herausforderungen von verfaßter sozialer Autorität, geringerer Zuversicht in die weitverbreitete und ungezwungene Ach-

tung ihres sozialen Status innerhalb dieser verfassungsmäßigen Ordnung...« beherrscht (S. 107).

Hatte das Gericht noch in den *Brown*-Entscheidungen den inkriminierten Handlungen der Mitglieder der Bürgerrechtsbewegung eine geringe Bedeutung und der Meinungs- und anderen politischen Freiheiten einen hohen Stellenwert beigemessen, die gerade durch Verbote und Sondergesetze eingeschränkt wurden, so beschränkte es den Prüfungsumfang bei ähnlichgelagerten Konflikten zunehmend nur noch darauf, daß formale Erfordernisse erfüllt waren. Folglich bestätigte der Supreme Court schon 1967 im Verfahren *Walker ./. City of Birmingham* die Rechtmäßigkeit der Inhaftierung von Martin Luther King und anderen, die sich demonstrativ über ein Versammlungsverbot hinweggesetzt hatten. Dieser zivile Ungehorsam war für das Gericht keine verfassungsrechtlich geschützte Form der Meinungsfreiheit, die einer Einschränkung dieses Grundrechts begegnete, sondern Rechtsbruch.

Darüber hinaus verhartete die »schweigende Mehrheit« nicht mehr allein in der Defensive und der Abwehr minoritärer Ansprüche. Vielmehr wurde sie selbst zur Bewegung.<sup>5</sup> So gelangten zum einen auf der immer stärker anwachsenden Welle der *Moral Majority* zunächst Richard Nixon und schließlich Ronald Reagan ins Präsidentenamt. Zum anderen war der Supreme Court genötigt, seine Rechtsprechung zumindest partiell den Vorstellungen dieser Gruppierung anzupassen, um die Voraussetzungen für eine neuerliche Identifikation der »moralischen Mehrheit« mit dem politischen System der Vereinigten Staaten zu schaffen. Die Aufmerksamkeit, die gerade im Vorfeld der letzten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch im Sommer dieses Jahres den einzelnen Richtern und ihren Einstellungen galt, zeigt, daß sich die amerikanische Öffentlichkeit der Bedeutung der Richterpersönlichkeit für die prekäre Stellung des obersten Gerichts bewußt ist. In einem kleinen Gremium von acht Mitgliedern kann eine gegenüber Minderheitenpositionen offene – wie bei Brandeis – oder eher verschlossene Haltung – wie bei Frankfurter – entscheidend sein. Möglicherweise war dies auch der Beweggrund für die Mehrheit im Senat, die Nominierung des zuletzt

<sup>4</sup> Vgl. Steinberger, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, a. a. O., S. 326, 357 ff.

<sup>5</sup> Vgl. Frankenberg/Rödel, Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz, a. a. O., S. 314 ff.

von Reagan für den Supreme Court vorgeschlagenen Richters Charles Bork nicht zu bestätigen. Vor dem Hintergrund einer ohnehin traditionalistischen gesellschaftlichen Stimmung hätte ein betont konservatives Mitglied die Gewichte innerhalb des Gerichts noch weiter nach rechts verschoben mit der Folge, daß dieses seine Integrationsfunktion für das gesamte politische System verloren hätte.

Thomas Kreuder

*Ulrich Magnus, Schaden und Ersatz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbußen.*

*Beiträge zum ausländischen und internationalen Recht Bd. 51, Tübingen 1987 (Mohr), 379 S., 130,- DM*

Die Hamburger Habilitationsschrift aus dem Jahre 1983 setzt die Reihe entsprechender Arbeiten von Mertens (1967)<sup>1</sup>, (Knobbe)-Keuk (1972)<sup>2</sup> und Schiemann (1981)<sup>3</sup> fort, die noch ergänzt wird durch eine stattliche, ebenfalls nicht abreißende, Zahl von Dissertationen<sup>4</sup>. Ihnen ging und geht es allen um das identische Thema – die Neudefinition des Vermögensschadensbegriffs des BGB. Diese Redundanz signalisiert ein ernsthaftes Problem. In der Tat befindet sich das Schadensrecht der §§ 249–255 BGB, ein zentraler Bereich des gesamten Zivil- und Wirtschaftsrechts, in einem wenig erfreulichen Zustand. Es mangelt an systematischer Geschlossenheit. Es herrscht pointillistische Mannigfaltigkeit vor. H. Heinrichs' Bestandsaufnahme ist durchaus repräsentativ, wenn er ein »fast schon chaotisches Bild«<sup>5</sup> konstatiert.

Diesem Zustand abzuhelpen, war das erklärte Ziel der stärker begriffssystematisch ansetzenden schadensrechtlichen Untersuchungen. Von diesen Ansätzen unterscheiden sich durchweg die neueren Arbeiten. Wie auch

schon bei Schiemann (1981) werden in der vorliegenden Studie stärker und konsequenter als in den 60er und 70er Jahren die folgenden Rahmenbedingungen akzeptiert:

– Das vorfindliche Schadensrecht ist Fallrecht, ohne daß es bisher eine entwickelte Fallrechtsmethode gibt.

– Das Schadensrecht in seiner konkreten Gestalt ist Richterrecht, ohne daß die Staatsrechts- und auch die Zivilrechtswissenschaft eine richterliche Rechtsfortbildung in diesem Ausmaß zu akzeptieren bereit ist. (K. Larenz etwa hält eine »den Plan des Gesetzes übersteigende« richterliche Rechtsfortbildung nur im Fall des Rechtsnotstandes (!) für zulässig<sup>6</sup>).

Die Annäherung an das Schadensrecht durch Magnus erfolgt pragmatisch und exemplarisch. Sein methodischer Ansatz ist der der Rechtsvergleichung. Er bezieht sich explizit auf K. Zweigert's »Lehre der stilprägenden Merkmale« (S. 28). Dieser komparative Ansatz unterscheidet seine Arbeit von der ebenfalls fallrechtlich und eher begründungstheoretisch orientierten Studie von Schiemann.

In einem – ersten – Grundlagenkapitel werden die Schadenskonzeptionen der Zivilrechtsordnungen der BRD, Englands, Frankreichs und der USA vorgestellt. In dem zweiten Hauptteil wählt Magnus fünf repräsentative »Streitgegenstände« der internationalen schadensrechtlichen Diskussion aus: Ersatz fiktiver Reparaturkosten, Ersatz konkret entstandener Mietwagenkosten, abstrakte Nutzungsschädigung, Urlaubs- und Freizeitbeeinträchtigung sowie Beeinträchtigung der Arbeitskraft. Zu jedem der fünf Bereiche präsentiert er in der Form von Kurz-Länderberichten eine knappe Bestandsaufnahme der Rechtslage in der BRD, in England, Frankreich und in den USA. In einem resümierenden Vergleich versucht er für jeden der fünf Fallgruppen eine schadensrechtsdogmatische Positionsbestimmung. Der abschließende dritte Teil ist der Diskussion der konzeptionellen Konsequenzen für den Vermögensschadensbegriff gewidmet.

An diesem Ort kann es nicht um die Auseinandersetzung mit den Details seiner schadensrechtlichen Lösungsvorschläge gehen. Es überrascht insgesamt nicht, daß er im Ergebnis zumeist zu einer Bestätigung der BGH-Rechtsprechung kommt. Festzuhalten

1 Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967.

2 Keuk, Vermögensschaden und Interesse, 1972.

3 Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts – dargestellt an der Rechtsprechung des BGH, 1981.

4 Vgl. zuletzt Meder, Schadensersatz als Enttäuschungsverarbeitung, 1989.

5 Palandt-Heinrichs, BGB, 48. Aufl. 1989, Vor § 249 Anm. 2b) cc – (für die Fallgruppe des Nutzungsausfallersatzes).

6 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979, S. 402 ff., 419.

MAI-RANDALE KREUZBERG: OBRISTENAUFSTAND?  
 BERLINER VFS-SKANDALE • TODESSCHÜSSE '88  
 TÖDLICHER SCHUSSWAFFENEINSATZ IN DEN USA  
 POLIZEI & „REPUBLIKANER“ • VORBEUGEHAF  
 IN BAYERN • DER GENETISCHE „FINGERABDRUCK“  
 FAHNDUNGSERFOLGE AN DEN EG-BINNENGRENZEN?

**33**

**Bürgerrechte  
& Polizei**

Cilip 33  
 Nr. 2/1989  
 Preis 9,-DM

**Einzelheft: DM 9 p.V.  
 Jahresabo (3 Hefte)–  
 Institution: DM 40 p.V.  
 Personen: DM 21 p.V.**

**Bestellungen des Buchhandels  
 an die Redaktion:**

**Bürgerrechte & Polizei  
 c/o FU Berlin  
 Malteserstraße 74–100, 1000 Berlin 46  
 Tel.: 030/7792–378/–462**

**Einzelbestellungen/Abos:  
 Kirsch Kern Buchversand  
 Hohenzollerndamm 199 · 1000 Berlin 31**

ist hier vielmehr folgendes: Die Arbeit versteht sich nicht als »Theorie der Fallrechtsmethode«, sie praktiziert sie. Seinen induktiven Ansatz bezeichnet er selbst etwas plakativ so: »Mit dem Fallrecht über das Fallrecht hinaus« (S. 5). Das Schadensrecht wird partikularisiert. Die Exemplarität des Vorgehens immunisiert von vornherein gegen den Versuch, alle disparaten schadensrechtlichen Phänomene umfassend »erklären« zu wollen. Die Einzelprobleme werden argumentativ einer begründeten Lösung zugeführt. Innerhalb der Argumentation kommt bei *Magnus*, der 10 Jahre lang am Hamburger Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht gearbeitet hat, der Rechtsvergleichung derselbe prominente Stellenwert zu, wie ihn früher die Rechtsgeschichte inne hatte. Der ökonomischen Analyse des Rechts wird nur eine marginale Funktion eingeräumt.

Die Einzelergebnisse münden in ein eher vage formuliertes Schadenskonzept, das allerdings für die Rechtsanwendung auch nur noch eine relativierte Bedeutung hat: Differenzhypothese als Grundsatz, der begründete Durchbrechungen zulässt (S. 307 ff.). Die Sprache ist erfrischend unambitioniert. Anstelle überzogener (und zumeist nicht eingelöster) Wissenschafts-/Theorieanforderungen, die sich in vergleichbaren Arbeiten finden, wird ein ordentliches Stück Aufklärung über und Anleitung zu zeitgemäßer Schadensrechtsarbeit geleistet. Weniger kann manchmal mehr sein. *Magnus* jedenfalls braucht sich durch das (angeblich auf N. Luhmann zurückgehende) Verdikt nicht getroffen zu fühlen: »Es gibt ›Theoriegebäude‹, da öffnet man die erste Tür und ist schon wieder draußen.«

*Gert Brüggemeier*