

## REZENSIONEN

*Hans Petter Graver, Der Krieg der Richter. Die deutsche Besatzung 1940-1945 und der norwegische Rechtsstaat (Übersetzung: Dr. Melanie Hack), Baden-Baden (Nomos), 2019, 337 S., € 84,00*

Wie verhalten sich Richter, wenn ihr Land von einer fremden Macht besetzt wurde, und wie verhalten sich die Richter der Besatzungsmacht? Diese „doppelböde“ Problematik kennzeichnet die Situation in Norwegen nach der Besetzung durch die deutsche Wehrmacht im Mai 1940 und der Etablierung einer deutschen, zivilen Regierung unter einem Reichskommissar (Joseph Terboven), nachdem die norwegische Regierung und das Königshaus ins englische Exil geflohen waren.

Die Arbeit ist nicht chronologisch aufgebaut – allerdings wäre eine Chronologie der Ereignisse im Anhang hilfreich gewesen –, sondern zunächst nach den Gerichtstypen. Der Zeit der Aufarbeitung, d.h. dem Umgang mit norwegischen und deutschen Richtern nach 1945, ist dann ein abschließender Teil gewidmet (245 ff.).

Untersucht werden die herkömmlichen norwegischen Gerichte mit drei Instanzen, dem Høyesterett an der Spitze. In der Darstellung folgen neu eingerichtete „nationalsozialistische Gerichte“ mit norwegischen Richtern: der „Volksgerichtshof“ (der insgesamt 111 Fälle entschied) und drei Sondergerichte. Unter den Militärgerichten ist das Reichskriegsgericht hervorzuheben, das auch in Oslo tagte. Daneben agierten Standgerichte. Geplant war ein dem Reichskommissar unterstellter „Deutscher Gerichtshof“, der aber aus Personalmangel nie aktiv wurde. Von den „deutschen Gerichten“ sticht das SS- und Polizeigericht Nord mit 16 Richtern hervor, das mehr und mehr die Militärgerichte ablöste. Nach Graver sei es kein „Blutgerichtshof“ gewesen: In „unpolitischen“ Verfahren verhängte es 11 Todesurteile (bei mehr als 2.800 Verfahren). In „politischen“ Verfahren waren es 120 Todesurteile (226). Die Strafzumessung sei zurückhaltend gewesen. Damit widerspricht er der Beschreibung, die Willy Brandt 1945 gegeben hatte (23).

Das vorliegende Buch stellt einen Beitrag zum Thema „Konformität des Rechtsstabes“ dar. Der Befund für Norwegen fügt sich in den allgemeinen Forschungsstand ein: die norwegischen

Richter und die deutschen Richter in Norwegen verhielten sich im Großen und Ganzen loyal gegenüber den Erwartungen der Machthaber. Die Ordentlichen norwegischen Gerichte urteilten wie vor der Besatzungszeit (113); die unteren Instanzen erwiesen sich als „verständnisvoll“ gegenüber den Forderungen des Quisling-Regimes (138); der allgemeine Rechtsapparat war fügsam (158). Aber es gab Ausnahmen.

Die Fülle des von H.P.Graver präsentierten Materials lässt sich unter folgenden Fragestellungen systematisch betrachten (wobei der Focus auf den norwegischen, nicht den deutschen Richtern in Norwegen liegt):

1. Wie gelang es der deutschen Besatzungsmacht, die Konformität des norwegischen Rechtsstabes zu sichern?
2. Warum haben sich die Richter in der Regel loyal verhalten – gegenüber der deutschen Besatzungsmacht und gegenüber der Nasjonal Samling von Vidkun Quisling, der ab Februar 1942 als Ministerpräsident-Marionette fungierte?
3. Welche Formen richterlichen Widerstandes gab es?

(zu 1.) Die Konformität des norwegischen Rechtsstabes wurde mit den üblichen Mitteln hergestellt. Es wurden neue Gerichtsbarkeiten geschaffen: ein Volksgerichtshof und Sondergerichte; Richter wurden versetzt, abgesetzt oder es wurde mit Entlassung gedroht; durch Senkung der Altersgrenze wurden Richter in den Ruhestand geschickt; als die bestehenden Gerichte die Verordnung über die Verpflichtung zum Arbeitsdienst sabotierten, wurden eigene Gerichte für Arbeitsdienstangelegenheiten geschaffen (147). Justizminister Riusnæs entschied, wer den Vorsitz an einem Sondergericht übernimmt und wer Schöffe sei (239). Er besuchte selbst Gerichtsverhandlungen. Richter wurden festgenommen, kamen aber nach einer Strafpredigt frei (234). Es gab eine „wohlwollende Anleitung“ der Richter (235). Waren all diese Maßnahmen nicht erfolgreich, so wurden die Gerichte einfach umgangen (297). 14 Richter wurden während der Besatzung aus politischen Gründen entlassen, 65 Richter kommissarisch eingesetzt (58 f.); 183 Personen wurden in dieser Zeit in den Gerichtsdienst berufen – die Zahl beinhaltet allerdings nicht nur Richterpositionen (259). Wenn die Spitzenposi-

tionen neu und passend besetzt sind, können autoritäre Regime die Richter in den unteren Instanzen weitgehend in Ruhe lassen (294).

(Zu 2.) Wie ist die hohe Loyalität der Richterschaft zu erklären? „Was sind die Faktoren, die den Einzelnen dazu antreiben, sich dem Druck durch soziale Strömungen, von großen und kleinen Machthabern oder persönlichen Einstellungen, die den Anforderungen eines Rechtsstaates widersprechen, zu beugen?“ (314) – Auch hier erhalten wir die üblichen Erklärungen: Angst vor persönlichen Folgen; Karrierestreben und Opportunismus, Mitmachen, um Schlimmeres zu verhindern, Hoffnung auf eine Mäßigung des Regimes durch „Dialog“ (295 f.), ein „positivistischer“ Glaube an die Legitimität der vorgegebenen Rechtsquellen (297 f.), ein allgemeiner Autoritätsglauben (für den wieder einmal Milgram angeführt wird) (298); diverse Bindungswirkungen: durch die Zugehörigkeit zu einer Profession, die in der Kontinuität des Rechtsdenkens steht (298, 305); durch die Position in der Gerichtshierarchie (299); eine Bindungswirkung dadurch, dass Widerstand immer schwieriger wird, wenn man „den Anfängen nicht gewehrt“ hat (300). Für die besondere Fügsamkeit der Richter an den Sondergerichten führt Graver an: sie waren handverlesen; es waren meist Personen ohne Richter Erfahrung; das Vorgehen wurde „abgestimmt“. Etwas ominös klingt die Erklärung mit einer nicht an Prinzipien orientierten „pragmatischeren norwegischen Herangehensweise an das Recht“ (244).

(zu 3.) Das Bild der konformen Richter an norwegischen Sondergerichten fügt sich ein in den durchgängigen Befund einer Konformität des Rechtsstabes auch nach Regimewechseln. Richterlicher Widerstand ist die Ausnahme. Aber auch dafür gibt es im Norwegen der Besatzungszeit rühmliche Beispiele: im Dezember 1940 traten die 18 Richter des Høyesterett kollektiv zurück. Es ist – trotz der Liste auf S. 92 – nicht ganz klar, wie viele neu ernannte Richter in der Folgezeit amtierten. Mit einer Ausnahme waren sie Mitglieder der Nasjonal Samling (89, 266). Es gab Fälle von Befehlsverweigerung (59); Richter und Rechtsanwälte protestierten gegen die Zwangsmitgliedschaft in einer neuen Berufsvereinigung, sie weigerten sich, in die Partei einzutreten (61 f.). Sie verhängten bewusst „milde“ Urteile, die mitunter auch Bestand hatten; sie legten Normen restriktiv aus (288 f.); ganz konkret: Akten wurden geschreddert oder gingen auf dem Postweg verloren (228), Richter verweigerten ihre Unterschrift unter ein Urteil (237, 290) oder sie weigerten sich

überhaupt, Verfahren durchzuführen (225, 289). Da auch in Norwegen die Praxis der „Urteilskorrektur“ betrieben wurde, unterließen Gerichte eine Mitteilung an die Gestapo (226). Der neu geschaffene Volksgerichtshof folgte weitgehend einer unabhängigen Linie (236). Urteile waren beinahe moderat bis auf einzelne Ausnahmen (268). Darauf wurde er marginalisiert: Schwere Fälle wurden vor die Sondergerichte gebracht (271). Nach den wenigen Protesturteilen (149 ff.) wurden Richter nicht belangt, aber deren Urteile korrigiert (154).

Wie ging man in Norwegen mit den Richtern aus der Besatzungszeit nach 1945 um? Kein deutscher Richter an Kriegsgerichten oder dem SS- und Polizeigericht wurde in Norwegen nach der Befreiung vor Gericht gestellt (22, 276 ff.). Vier deutsche Richter an Standgerichten wurden angeklagt (245), aber nur einer wurde verurteilt: Rudolf Schiedermaier. Er war eigentlich in der Verwaltung tätig, nahm aber im September 1941 an einem Standgericht teil. Im April 1949 wurde er zu zwei Jahren und einem Monat Zwangsarbeit verurteilt (283). Schiedermaier machte dann in der westdeutschen Justiz Karriere, er brachte es bis zum Präsidenten des Verwaltungsgerichts Würzburg. Was die norwegischen Richter angeht, so weist Norwegen im Vergleich zu anderen besetzten Ländern wie Dänemark, den Niederlanden und Belgien, aber auch im Vergleich zur Bundesrepublik die Besonderheit auf, dass zahlreiche Richter z.T. sehr streng bestraft wurden. Ungeschoren kamen Richter an den herkömmlichen Gerichten davon. Richter an Sondergerichten wurden nicht bestraft, wenn es um Fälle „gewöhnlicher“ Kriminalität ging (259, 275); strenge Strafen, z.T. auch Todesstrafen, wurden gegen Richter an Sondergerichten verhängt, die in „politischen“ Sachen tätig waren, z.B. Todesurteile gegen Widerstandskämpfer verhängt hatten (271). Die nach dem Dezember 1940 am Høyesterett tätigen Richter wurden hart bestraft, nicht wegen ihrer Urteile, sondern weil sie das Amt übernommen hatten. Dies wurde als Landesverrat erachtet (245, 259, 264 f.). Der Volksgerichtshof wurde nicht als norwegisches, sondern als ein deutsches Gericht angesehen. Die Teilnahme daran, auch als Schöffe, stellte eine Unterstützung des Feindes dar (266 ff.).

H.P. Graver liefert nicht nur eine detaillierte Beschreibung der justiziellen Aktivitäten in Norwegen vor und nach 1945. Er hat auch einen theoretischen Anspruch. Nicht ausgearbeitet sind sozialpsychologische Erklärungen des Gehorsamkeits-Syndroms (hier gibt es knappe Hinwei-

se auf Milgram und Welzer). Aus einer rhetorischen Rechtstheorie zieht er das Konzept der Doxa heran, das aber einfach mit grundlegenden Überzeugungen, Wertvorstellungen, die historisch wandelbar sind, übersetzt werden kann und ohne analytische Kraft bleibt.

Eine Auseinandersetzung lohnt sich eher mit dem Konzept des „Doppelstaates“, das Graver häufig anführt. Taugt dieses Konzept (Theorie wäre übertrieben) für die Analyse der Situation Norwegens unter deutscher Besatzung? Welche Dualismen könnten mit der Fraenkelschen Unterscheidung von Maßnahme- und Normenstaat angesprochen werden? Ersichtlich kann es nicht um die Zuordnung von *Institutionen oder Organisationen* gehen: deutsche Besatzungsverwaltung – norwegische Staatsreste; Gerichte der Besatzer – norwegische Gerichte; von der Nasjonal Samling eingeführte Gerichte – traditionelle norwegische Gerichte; militärische Organisationen – deutsche Zivilverwaltung; Militärgerichte – SS- und Polizeigericht. Geht es um die Unterscheidung von „politisch“ – „unpolitisch“? Bezieht sich diese Unterscheidung auf die Sachverhalte oder auf die Kriterien, nach denen entschieden wird? Anscheinend geht es bei der Unterscheidung um bestimmte *Aktivitäten*. Kein „Normenstaat“ existiert, wenn die rechtliche Form von Gerichtsverfahren benutzt wird, um in Scheinverfahren ein schon feststehendes Ergebnis zu erzielen (237, 240 f.). Die Justiz kann aber auch umgangen, ausgeschaltet werden. Als sich Richter am SS- und Polizeigericht weigerten, Gerichtsverfahren durchzuführen, wurden die norwegischen Täter in Kriegsgefangenschaft überführt (226). Statt durch die Justiz werden Sachen eben administrativ, durch militärische oder paramilitärische Gruppen erledigt (Exekutionen, Verschwindenlassen). Ein bekanntes Muster in Nazi-Deutschland wie auch in Norwegen waren „Urteilkorrekturen“ (154 f., 226). Die norwegische Staatspolizei führte „Sicherungsmaßnahmen“ durch ohne Einschaltung der Gerichte (175). Meist gibt es ein Nebeneinander von legalem Handeln durch verschiedene Institutionen oder Personen und einen staatlichen Normbruch, der mit „außergewöhnlichen Umständen“ gerechtfertigt wird, oder Kompetenzüberschreitungen.

Dann zitiert Graver aus Otto Kirchheimers Buch „Politische Justiz“ (im englischen Original S. 308, hier in der deutschen Übersetzung, S. 472): „Inseln, für die rechtsstaatliche Grundsätze nur bedingt, teilweise oder überhaupt nicht gelten, gibt es in jeder Gesellschaft.“ Als Schlagwort wäre „Doppelstaat“ auf jede Gesellschaft

anwendbar. Für genauere Analysen müsste die Vielzahl von Dualismen spezifiziert werden.

Graver wirft sehr häufig einen vergleichenden Blick auf andere von der Wehrmacht besetzte Länder (Dänemark, Belgien, Niederlande, Teile Frankreichs), aber auch auf andere Staaten (z.B. die USA unter F.D. Roosevelt) und aktuell auf Südafrika und Argentinien. Besonders häufig bezieht er sich aber auf Nazi-Deutschland und die Entwicklung in Westdeutschland nach 1945. Die Übersetzung ist ja speziell an deutsche Leser adressiert. Gravers Ausführungen zur Situation in Deutschland vor und nach 1945 sind die Schwachstellen des Buches. Die übliche Vermischung und Vermengung der beiden berühmten Müller, des Windmüllers von Sanssouci und des Wassermüllers Arnold (12), wird man mit Schmunzeln vermerken können. Aber seine Ausführungen über Recht und Justiz im Nationalsozialismus bleiben weit hinter dem Forschungsstand zurück. Im Nationalsozialismus habe es „politische Parteien“ gegeben (18). Die SS habe sich nicht in die Justiz eingemischt (19) – da hätte schon ein kurzer Blick in Lothar Gruchmanns großes Standardwerk (das bei Graver nicht auftaucht) genügt, um eines Böseren belehrt zu werden. Nach 1933 seien kaum Richter entlassen worden im Unterschied zu Rechtsanwälten und Rechtslehrern (304 f.); auch hier empfiehlt sich Gruchmann, Kapitel III. Das starke Wachstum des Justizsektors im Nationalsozialismus (202) geht vor allem auf den Anschluss Österreichs und die Schaffung neuer OLG-Bezirke in den annektierten Gebieten zurück. Das Reichsjustizministerium habe sich nach 1942 nicht mehr mit Einzelfällen befasst (222). In den Richterbriefen (in der vorliegenden Übersetzung „Justizbriefen“) ging es aber durchaus um exemplarische Einzelfälle. Die Darstellung der Praxis des Nacht-und-Nebel-Erlasses vom Dezember 1941, der auch in Norwegen angewandt wurde, ist ungenau (24). Die Verschleppten sollten angeblich von einem deutschen Sondergericht verurteilt werden; bislang ist aber ungeklärt, wie viele gleich in Konzentrationslager oder NN-Lager kamen.

Was die Entwicklung nach 1945 angeht, so wird das Nürnberger Juristenurteil von 1947 oft angeführt und sehr häufig fehlerhaft. Wegen der Beteiligung am NN-Erlass wurden vor allem Mitarbeiter des Reichsjustizministeriums belangt, „Oberstaatsanwalt“ Lautz (der war Oberreichsanwalt), den Graver in den Vordergrund rückt, aber nur am Rande (245). Schlegelberger wird als „oberster Führer der deutschen Justizverwal-

tung“ bezeichnet (296). Von 1941 bis August 1942 war er kommissarischer Reichsminister der Justiz. Das amerikanische Gericht in Nürnberg habe seiner Behauptung zugestimmt, dass er durch seine Mäßigung zu einer Dämpfung des Regimes beigetragen habe, dem aber keine Bedeutung zugemessen. Das steht da nicht. Das Gericht konzediert allenfalls, dass Schlegelberger eine „tragische Gestalt“ gewesen sei. Ein längeres Zitat aus dem „Justice Case“ (davon gibt es eine autorisierte deutsche Übersetzung) (21) wird fehlinterpretiert. An dieser Stelle des Urteils geht es um die Zuständigkeit des Gerichts in sieben Fallgruppen. In Westdeutschland habe es keine Verurteilung wegen der Tätigkeit in Militärgerichten oder SS-Gerichten gegeben (277). Es gab aber 1948 und 1950 Urteile gegen Beteiligte an Standgerichten in der „Endphase“. Wer sich näher mit der Konformität des Rechtsstabes im Nationalsozialismus beschäftigt hat, wird über die häufige Bezugnahme auf die Dokumentation von H. Schorn verwundert sein. Nach dem Rosenberg-Projekt sollte die Rechtfertigungsschrift von Ernst Kanter nicht mehr ernsthaft angeführt werden können (228 f.). Nicht herumgesprochen hat sich anscheinend die Debatte über die Gedenktafel für die vierunddreißig Richter des Reichsgerichts und der Reichsanwaltschaft, von denen dreißig nach 1945 in russischen Lagern umkamen (erwähnt auf S. 246). Was hatten diese Juristen vor 1945 gemacht? Was geschah mit den fast 60 Richtern des Reichsgerichts, die sich noch in den Westen absetzen konnten? Über die Entwicklung in der SBZ und DDR wird nichts weiter gesagt, nur am Rande im Zusammenhang mit Schiedermaier: „Er war damit einer der wenigen deutschen Richter, die nach dem Krieg für ihre Tätigkeit verurteilt wurden, wenn man von den rein politischen Prozessen absieht, die in den sowjetisch besetzten Teilen Deutschlands geführt wurden.“ (283) Anscheinend kennt Graver die Arbeit von Ch. Meyer-Seitz zu den Dresdener Juristenprozessen von 1948 nicht. Unbekannt (249) ist wohl auch, dass die Bundesrepublik in strikter Betonung des Rückwirkungsverbotens Abs. 2 des Art. 7 EMRK (die sog. Nürnberg-Klausel) nicht ratifiziert hat. Die deutschen Leser\*innen dürfte aber wohl am meisten überraschen, dass ein Name gar nicht auftaucht: Hans Karl Filbinger, der als Richter und Ankläger in der Marinegerichtsbarkeit auch in Norwegen noch nach Ende des Krieges tätig war und wegen der Todesurteile, an denen er beteiligt war, von Rolf Hochhuth 1978 als „furchtbarer Jurist“ bezeichnet wurde.

Die Defizite bei der vergleichenden Betrachtung anderer Länder sind wohl Ausdruck eines wissenschaftsorganisatorischen Problems. Ohne Etablierung eines internationalen Forschungsverbundes droht Dilettantismus. Statt der vielen Ausflüge in deutsche Gefilde hätte dem Buch eine Vertiefung der Situation in Norwegen gut getan. Erhellt werden sollte der völkerrechtliche Kontext. Die Frage, inwieweit sich die deutschen Besatzer an die Haager Landkriegsordnung gehalten haben, spielte öfters für die norwegischen Gerichte vor und nach 1945 eine Rolle. Kann unter einem Besatzungsregime eine nationale Regierung (Quisling) gebildet werden? Welche Gesetzgebungsbefugnis kam der Londoner Exilregierung zu? Befand sich Norwegen im Krieg? War der Volksgerichtshof ein norwegisches Gericht? Welche Befugnisse haben Sondergerichte? Das wird alles angesprochen, aber nicht systematisch.

Ein rechtssoziologisch interessierter Leser wird zusammenhängende Daten zum Justizpersonal vermissen. Es gibt keine klaren Angaben zur Zahl der Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte etc. (62 f.), auf deren Hintergrund die Zahlen zu Entlassungen, Ernennungen erst sinnvoll zu interpretieren sind. Es wird eine Zahl von ca. 4.000 „Juristen“ genannt (63). Wie viele Gerichte erster Instanz gab es – bei wohl fünf Gerichten zweiter Instanz? Die Geschäftsstatistiken der Gerichte sind unzureichend (114). Die Nutzung der Quellen wäre schließlich näher zu erläutern. Graver zieht vor allem Entscheidungen des obersten Gerichts (Høyesterett) heran, die alle veröffentlicht sind. Aber welche Auswahl der wohl über 1.000 Zivil- und Strafsachen analysiert er? Was ist mit den Gerichtsakten unterer Gerichte? Personalakten waren wohl zugänglich. Warum fehlt eine Bemerkung zum (abenteuerlichen) Schicksal des Justizministers Riisnæs nach 1945?

Die Übersetzung ist etwas holprig. Von einer Übersetzung ins Deutsche kann man erwarten, dass Zitate aus Texten, von denen deutsche Übersetzungen bereits vorliegen, aus diesen verwendet werden.

*Hubert Rottleuthner*

Thomas Darnstädt, *Verschlussache Karlsruhe. Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts, München (Piper) 2018, 412 S., geb., € 24,00.*

Seitdem das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1951 seine Arbeit aufnahm, hat es einen ganzen Kanon von Dogmatik entwickelt. Was schwarz auf weiß in den grauen Entscheidungsbänden des Gerichts niedergeschrieben ist, entfaltet Präjudizwirkung für Gerichte und letztlich auch den Gesetzgeber. Bis es im Jahre 1970 zur Einführung des Sondervotums kam, gab es nur monolithische Entscheidungen, die den Anschein erwecken konnten, als habe sich die Beurteilung des jeweiligen Falles aus einer von allen beteiligten Richtern angewandten konsensualen Rechtsinterpretation ergeben. Dass die juristische Entscheidungsfindung, besonders im Bereich des Verfassungsrechts, vielen, auch nichtjuristischen, Faktoren unterworfen ist, ist jedoch eine Binsenweisheit. Wie indes unter den Senatsmitgliedern um die Begründungen und um die Entscheidungen selbst gerungen wurde und welche Erwägungen, die nicht im Urteils- oder Beschlusstext genannt sind, eine Rolle spielten, welche Kompromisse eingegangen wurden, wer die Wortführer im Gericht waren oder wer vielleicht von außen auf die Entscheidungsfindung Einfluss zu nehmen versuchte, darüber konnte meist nur spekuliert werden. Lang sträubte sich das Karlsruher Gericht, seine Akten den Augen der Forscher zu offenbaren. Seit wenigen Jahren sind die Prozessakten der frühen Fälle nun aber zugänglich. Thomas Darnstädt, der mit der Jurisprudenz des Bundesverfassungsgerichts, aber auch mit der politischen Einordnung derselben aus seiner langjährigen Tätigkeit als rechtspolitischer Redakteur des SPIEGEL vertraut ist, hat sich die Mühe gemacht, die Akten einiger wichtiger Verfahren zu untersuchen, um herauszufinden, welche Entscheidungsprozesse hinter den Verdikten des Bundesverfassungsgerichts stehen.

Die Fälle, auf die er in seinem Buch zu sprechen kommt, sind Grundsatzentscheidungen, die alle Jurastudenten/-innen im Studium kennengelernt haben. Bis auf das (erste) Urteil zum § 218 StGB aus dem Jahre 1975 handelt es sich sämtlich um solche, die entschieden wurden, als es noch keine Möglichkeit für die Richter/-innen gab, ein Sondervotum abzugeben, so dass vieles, was Darnstädt zu berichten weiß, entweder neu ist oder zumindest bisher nicht verifizierbar war.

Für den Autor war es insgesamt zwar ein Glücksfall, dass im Bundesverfassungsgericht

Richter/-innen – im Gegensatz zu denen am BGH, will er wohl sagen – saßen, die der Aufklärung verpflichtet waren (26). Er beginnt seine Untersuchung aber mit einem jener Fälle, die seiner Meinung nach der Aufklärung ins Gesicht schlugen (27), dem KPD-Verbotsverfahren von 1956,<sup>1</sup> das er als den ersten großen Fall des Gerichts ansieht (36). Das kann man so sehen, auch wenn die Grundsätze zur Entscheidung desselben bereits zuvor im SRP-Urteil von 1952,<sup>2</sup> der von einigen ja gewissermaßen als der Probelauf für das Verbot der KPD gesehen wurde, entwickelt worden waren. Aus Darnstäds Darstellung lässt sich schließen, dass eigentlich niemand im Ersten Senat geneigt war, dem Verbot der KPD entscheidende Argumente entgegenzubringen. Er spricht von dem Befund des Berichterstatters Erwin Stein, dass man die „historische Mission“ habe, den Kommunismus zu stoppen. Das folgende Zitat aus den Akten gibt dies so nicht wirklich wieder (39f.), auch wenn aus dem Gesamtstudium des Votums ein solcher Eindruck vielleicht gewonnen werden kann. Dennoch deutet sich, jedenfalls für den wissenschaftlich interessierten Leser, hier bereits das große Manko von Darnstäds gesamter Untersuchung an. Ihm reicht es nicht, Dinge offenzulegen und Schlussfolgerungen zu ziehen. Nein, ihm liegt mehr an Dramatik und Bonmots, daran, eine spannende Geschichte zu erzählen, bei der er sich dann die Freiheit nimmt, Lücken durch eigene Spekulationen zu schließen oder mit hypothetischen Anekdoten anzureichern. Immer wieder werden Floskeln oder Zitate eingeworfen, um diese dann in die Erzählung einzuspinnen, sei es die „Rettung des Abendlandes“ oder der „Krieg der Welten“ (wohl in Anspielung auf den „Krieg der Kulturen“ bei Samuel Huntington) bei der Betrachtung des KPD-Verfahrens, oder wenn er im Fernsehstreit-Kapitel Carl Schmitts „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“ in „Souverän ist, wer über das Fernsehen verfügt“ (254) umwandelt. Selbiges Kapitel wird übrigens völlig bezugslos mit einer Schilderung über den Zauberer Kalang im Nachkriegsdeutschland eingeleitet, um dann mit dem Satz „Zauberei ist die Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln“ (250) in etwas reichlich verclausewitzter Weise zum eigentlichen Thema zu kommen. Da wird von Richtern im Bundesverfassungsgericht nicht nur einmal von denen im „Eckzimmer“ (wo sie tagten), oder gar im „Eckzimmer hinter dem Ma-

1 BVerfGE 5, 85.

2 BVerfGE 2, 1.

gnolienstrauch“ (349) gesprochen. Die von Wilhelm Hennis für Adolf Arndt verfasste Verfassungsbeschwerde im Lüth-Verfahren wird als et was hingestellt, was heute ein Student im dritten Semester hinkriege (205), oder Lerche und Osenbühl, die die Kläger auch im zweiten Abtreibungs-Verfahren vertraten, werden als „Haudraufs von 1975“ (358) bezeichnet.

Aber zurück zum KPD-Verfahren, in dem Darnstädt Belege dafür gibt, wie schamlos die Bundesregierung mit dem Gericht *ex parte* kommunizierte, ohne dass die KPD als andere Beteiligte eingeschaltet wurde. Als der Gerichtsvorsitzende Hermann Höppker-Aschoff starb, wurde der CSU-Mann Josef Wintrich sein Nachfolger. Adenauer traf sich mit ihm zum Tee; kurz danach ging es mit dem Verfahren beschleunigt voran (64). Am Ende fühlte selbst Wintrich sich und das Gericht für ein politisches Spiel missbraucht (66). Dass die Bundesregierung das Gericht nur benötigte, um bereits in der Schublade liegende Pläne verfassungsrechtlich absegnen zu lassen, offenbart auch die Tatsache, dass noch am Abend des Urteils, das die KPD verbot, fast sämtliche Büros der Partei durchsucht und geschlossen und viele ihrer Funktionäre verhaftet wurden (83). Bei Darnstäds Darstellung bleibt jedoch einiges ungenau. Zum Beispiel war es nicht Höppker-Aschoff, der – in der Statusdebatte – die Unabhängigkeit des Gerichts durchgesetzt hat (so aber der Autor, 51). Vielmehr waren es er und vor allem Willi Geiger, die die Position von Justizminister Dehler unterstützten, dass das Bundesverfassungsgericht wie jedes andere Gericht der Weisungshoheit des Ministeriums unterworfen sei.<sup>3</sup> Wenn Darnstädt, wie auch an anderen Stellen seines Buches, eine Breiseite gegen Gerhard Leibholz fährt, der sich nach einem Kollegenwort überall hereindrängte, obwohl seine Argumentation „erhebliche Rundanschärfen“ besaß (59), so kann man Letzterem durchaus in gewisser Weise zustimmen. Auch die Darstellung des Autors weist jedoch solche „Randanschärfen“ auf, denn Leibholz hat zwar, wie ich in meiner Monografie ausgeführt habe, erheblichen Einfluss darauf gehabt, wie das Bundesverfassungsgericht im SRP-Urteil den Verlust der Mandate von Abgeordneten einer verbotenen Partei entgegen Art. 38 Abs. 1 GG (freies Mandat) begründete. Ob man jedoch sagen kann, Leibholz habe sich mit seiner Meinung „damals durchgesetzt“ (59), ist aber so nicht ohne Weiteres zu behaupten,

denn auch Leibholz selbst hatte ja erst während der Beratungen seiner Kollegen über das SRP-Urteil einen Meinungswechsel vollzogen, nachdem er zuvor noch darauf bestanden hatte, wegen Art. 38 GG verbiete sich diese Schlussfolgerung.<sup>4</sup> Richtig ist, dass der dem Zweiten Senat angehörende Leibholz seinen Kollegen im Ersten Senat Formulierungshilfe für das SRP-Urteil gab.<sup>5</sup> Richtig scheint mir auch, dass vieles in den beiden Verbotsurteilen an das parteienstaatliche Verständnis Leibholz' anknüpfte, nach dem die Parteien die Sprachrohre des Volkes waren und daher direkte Demokratie als außerparlamentarische Aktionsform bereits deshalb mit der freiheitlich-demokratischen Grundordnung in Konflikt stand, eine Sichtweise, die, wie der Autor darlegt, nur durch den Widerspruch Martin Drahts im Urteil nicht zum Tragen kam und erst knapp dreißig Jahre später im Brokdorf-Beschluss<sup>6</sup> wirklich korrigiert wurde (80 f.).

Was Fragen der Gleichberechtigung angeht, stellt Darnstädt heraus, wie wichtig der Einfluss der Berichterstatterin Erna Scheffler darauf war, dass das Bundesverfassungsgericht zunächst 1953<sup>7</sup> feststellte, dass Art. 3 Abs. 2 GG unmittelbar geltendes Recht und nicht etwa nur Programmsatz, und 1959,<sup>8</sup> dass der Stichtscheid des Vaters bei der Kindererziehung mit diesem Artikel nicht vereinbar sei. Dies geschah in einem geistigen Umfeld, in dem von vielen Juristen die Schöpfungsordnung bemüht wurde, um den Unterschied zwischen Mann und Frau zu begründen (100, 107).

Beim Elfes-Verfahren<sup>9</sup> ging es um eine Verfassungsbeschwerde des ehemaligen CDU-Oberbürgermeisters von Mönchengladbach, der sich inzwischen europaweit und teilweise im Konzert mit Kommunisten gegen die von Adenauer intendierte Westintegration engagiert hatte und dem aus diesem Grunde der Pass verweigert worden war. Für den Berichterstatter Gerhard Heiland, nach dessen Ansicht fehlende Ausreisefreiheit typisch für totalitäre Regime war, stellte sich die Ausreisefreiheit nur als eine andere Seite der in Art. 11 GG für das Inland gewährten Freizügigkeit dar, weswegen er für Elfes votierte (141 f.). Theodor Ritterspach brachte indes seinen Senatskollegen die Idee von der Stufenlehre der

4 Ebd., 218.

5 Ebd., 268 f.

6 BVerfGE 69, 315 (1958).

7 BVerfGE 3, 225.

8 BVerfGE 10, 59.

9 BVerfGE 6, 32 (1957).

3 Siehe Manfred H. Wiegandt, *Norm und Wirklichkeit*, Baden-Baden 1995, 297, 299.

Grundrechte, wie Günter Dürig sie formuliert hatte, nahe. Dies führte dazu, dass man sich in der Urteilsbegründung nicht auf Art. 11 GG stützte, sondern auf Art. 2 Abs. 1 GG, der kurzerhand als Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit interpretiert wurde, womit die Entscheidungsbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts erheblich erweitert wurden, denn fortan konnte fast jede potentielle Rechtsverletzung auch eine Grundrechtsverletzung sein. Darnstädt konstatiert, dass es im Endeffekt wohl keine Einflussnahme durch die Bundesregierung auf das Urteil gegeben habe, sondern dass die Abkehr von Art. 11 GG und der Rekurs auf Art. 2 GG Ergebnis der Senatsberatungen gewesen sei (155).

Er reichert diese Erkenntnisse aber mit eigenen, nicht belegbaren Spekulationen an und legt Ritterspach mögliche Worte in den Mund, mit denen er seine Kollegen überzeugt haben mag, der Verfassungsbeschwerde eines „Kommunisten“ nicht stattzugeben. Damit nicht genug. Er spekuliert gleich weiter, dass die Kollegen ihm das Ultimatum gestellt haben mögen, entweder auf Art. 11 zurückzugreifen und Elfes Recht zu geben, oder auf die Konstruktion der allgemeinen Handlungsfreiheit zu rekurrieren, wobei dann jedoch Elfes geopfert werden müsse, um jedermann klarzumachen, dass sich das Bundesverfassungsgerichts im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG nur mit krassen Fällen befassen könne (157f.). Sicherlich kann man solche Mutmaßungen anstellen, aber die Art, wie Darnstädt sie einbaut, macht seine Ausführungen eher zum Roman als zu einer wissenschaftlichen Ausarbeitung.

Die Strafbarkeit der Homosexualität<sup>10</sup> ist für Darnstädt ein weiteres Kapitel im Bereich der Entscheidungen, die als antiaufklärerisch bezeichnet werden dürfen, wobei er an die Feststellung des früheren Justiz- und jetzigen Außenministers Heiko Maas anknüpft, dass die Schwulenvorfolgung zu den „Schandtatenden des Rechtsstaates“ gehörte und die Betroffenen „zutiefst in ihrer Menschenwürde“ verletzte (167). Dem hatte Everhardt Franßen, der von 1987-1991 selbst Richter am Bundesverfassungsgerichts und danach Präsident des Bundesverwaltungsgerichts war, entgegengehalten, die Missbilligung der Homosexualität habe damals, als das Gericht darüber befand, den herrschenden Anschauungen und dem Sittengesetz entsprochen (ebd.), so dass – muss man folgern – die allgemeine Handlungs-

freiheit, die ja unter dem Vorbehalt des Sittengesetzes stand, nicht beeinträchtigt war. Darnstädt zeigt zwar auf, wie gewunden und inkonsequent die Begründung für die Strafbarkeit (nur männlicher) Homosexualität damals war. Dennoch übergeht er m. E. mit seiner raschen Verurteilung der Ansichten der damaligen Richter wichtige rechtstheoretische Probleme. Zum einen lässt sich ja nicht einfach ignorieren, dass das Grundgesetz den – wenn auch viel zu wagen und kaum justiziablen – Begriff des Sittengesetzes als Schranke der Freiheit in Art. 2 Abs. 1 statuiert hatte. Vielleicht aber noch wichtiger ist die Frage, warum es denn in die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts fiel zu entscheiden, dass die Homosexualität nicht mehr strafbar sein solle. Der Autor schiebt die Aussage des Berichterstatters Wilhelm Ellinghaus, dass es nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts sei zu befinden, ob die Bestrafung von Homosexualität gerecht und rechtspolitisch abgewogen sei, sondern die des Gesetzgebers, mit dem Hinweis beiseite, dass der konservative BGH zuvor dieselbe Begründung angeführt habe (172). Wir werden sehen, dass Darnstädt bei der Abtreibung genau andersherum argumentiert und dem Gesetzgeber den Vorrang gibt. Die Frage, wer über irgendwie an sittlichen Vorgaben orientierte Strafbarkeiten entscheiden sollte, ist indes eine durchaus berechtigte. Sollte etwa das Gericht und nicht der Gesetzgeber irgendwann einmal befinden dürfen, dass die Grenze bei der Strafbarkeit sexuellen Umgangs mit Kindern mit vierzehn Jahren zu hoch oder zu niedrig angesetzt sei? Darnstädt macht es sich etwas zu leicht, wenn er apodiktisch feststellt, dass das Bundesverfassungsgericht nicht nur entscheiden dürfe, ob etwas gerecht sei, sondern dieses sogar müsse (173), und setzt sich damit auch in Widerspruch zu seiner Kritik an der Anknüpfung an eine objektive Wertordnung im anschießend behandelten Lüth-Verfahren.

Um zu dem Schluss zu kommen, dass das Lüth-Urteil<sup>11</sup> aus dem Jahre 1958 eines der wichtigsten Urteile des Bundesverfassungsgerichts war, braucht man nicht, wie der Verfasser, auf Gerhard Casper, Staatsrechtler und früherer Präsident der renommierten Stanford University in Kalifornien, zu verweisen. Der Autor bemüht darüber hinaus den von Leibholz in einem völlig unwichtigen Vortrag zitierten König Salomon, um in das Thema einzuführen. Die Richter hätten sich vielleicht, bemerkt er zynisch, von (den

10 Siehe BVerfGE 6, 389 (1957).

11 BVerfGE 7, 198.

dem anderen Senat angehörenden) Leibholz „zu Höherem beflügeln lassen“ (200). Wohlgemerkt, von einem Vortrag, der so unbekannt ist, dass er nicht einmal in dem ansonsten fast vollständigen Schriftenverzeichnis Leibholz' aufgeführt ist<sup>12</sup> und womöglich auch erst nach dem Lüth-Urteil gehalten wurde.<sup>13</sup> Darnstädt erzählt in diesem Kapitel außerdem viel darüber, wie der junge Wilhelm Hennis für Lüths Prozessvertreter Adolf Arndt die Schriftsätze formulierte. Natürlich ging es in diesem Verfahren, in dem der Hamburger Senatsdirektor Erich Lüth sich dagegen zur Wehr setzte, dass er von den Zivilgerichten zu Schadensersatz verurteilt worden war, nachdem er zum Boykott der Filme des früheren Nazi-Regisseurs Veit Harlan aufgerufen hatte, nicht in erster Linie um Grundrechtsdogmatik, sondern vor allem um einen Machtkampf zwischen dem Bundesverfassungsgerichts und den ordentlichen Gerichten. Durften die Zivilgerichte – unter Führung des konservativen BGH – so weitermachen wie vor dem Grundgesetz, oder sollte die Gesellschaft eine neue demokratische Ausrichtung erhalten? Die Verurteilung Lüths war aufgrund von § 826 BGB erfolgt, weil der Boykottaufruf angeblich die guten Sitten verletzte. Der Erste Senat wollte, wie Darnstädt es ausdrückt, dass Lüth gewinnt, weil die Richter/-innen gewinnen wollten (227 f.). Der Kniff, Lüth zum Sieg zu verhelfen, war, die Generalklausel der guten Sitten dazu zu nutzen, dem Zivilrecht demokratischen Geist einzuhauchen, hier die Meinungsfreiheit. Die Idee, die Generalklauseln als Einfallstor für eine am Grundgesetz orientierte Auslegung zu nutzen, stammte dabei bereits vom ersten Berichterstatter Ellinghaus (224 f.), der aber im Laufe des Verfahrens aus dem Gericht ausgeschieden war. Als Ritterspach die Be-

richterstattung übernahm, reicherte er sein Votum mit Gedankengut Rudolf Smends an, der schon früher davon gesprochen hatte, dass die Grundrechte ein Kultur- und Wertesystem schufen (231). Im Urteil wurde dies dann objektive Wertordnung genannt (233).

Damit hatte sich das Bundesverfassungsgerichts aber eine ungeheure Machtfülle angeeignet, die es potentiell zum Letztentscheider selbst in zivilrechtlichen Angelegenheiten machte. Wahrscheinlich, wie sich aus einer Äußerung Ritterspachs ergibt (232), ohne sich der Konsequenzen damals vollständig bewusst gewesen zu sein. Die Kritik kam zunächst von Rechts. „Tyrannei der Werte“ nannte es Ernst Forsthoff in Anlehnung an Carl Schmitt (237). In späteren Jahren meldeten sich aber auch kritische Juristen mit Einwänden. Ilse Staff verglich die Vorgehensweise des Bundesverfassungsgerichts mit dem Naturrecht (238). Michael Stolleis wies darauf hin, dass das Einhauchen demokratischen Geistes in die Rechtsordnung über die Generalklauseln im Grunde eine Methode sei, die auch die Nazis praktiziert hätten, wenngleich es damals ein wesentlich anderer Geist gewesen sei (234). Darnstädt scheint diese Kritik zu teilen.

Wenn man die Langzeitfolgen des Lüth-Urteils sieht, mag man dieser Kritik eine gewisse Berechtigung nicht absprechen, denn das Gericht erreichte für sich selbst einen ungeheuren Machtzuwachs und konnte dabei die objektive Wertordnung nach eigenem Gutdünken bestimmen. Dennoch war, wie der Erste Senat Lüth zum Anlass nahm, vordemokratisches Denken in der ordentlichen Gerichtsbarkeit einzudämmen, meines Erachtens angebracht, politisch sowieso und dogmatisch wohl auch. Hätte das Bundesverfassungsgericht es damals der noch vordemokratisch befangenen Zivilgerichtsbarkeit überlassen, die guten Sitten zu definieren, wäre es möglicherweise zur Tyrannei des alten „Wertesystems“ gekommen. Was das Verfassungsgericht mit dem Lüth-Streich unternahm, war, die Gerichte anzuweisen, bei der Bestimmung dessen, was gute Sitten seien, nicht an den im Grundgesetz statuierten Grundrechten vorbeizuschauen. Dass dabei diese gleich zu einer objektiven Wertordnung hochstilisiert wurden, war das Missliche, aber die verfassungspositiv statuierten Grundrechte als Maßstab der Auslegung der Generalklauseln heranzuziehen, sollte auch für Positivist/-innen akzeptabler sein, als es noch in undemokratischem Geist befangenen Richter/-innen zu überlassen, das, was gute Sitten sind, frei zu bestimmen.

- 12 Franz Schneider, *Bibliografie Gerhard Leibholz*, 2. Auflage, Tübingen 1981. Schneider war Bibliothekar des BVerfG und damit auch intimer Kenner des Gerichts und seiner Richter. Als ich im Jahre 1988 im BVerfG über Leibholz forschte, teilte er mir in einem Gespräch, ohne im Geringsten darauf angesprochen worden zu sein, mit, dass er Leibholz nicht für einen der Großen des Gerichts halte. Dies sei hier zum ersten Mal öffentlich bekanntgemacht, auch um dem von Darnstädt erweckten Eindruck, Leibholz sei die Personifizierung und der Mentor Rex des Gerichts gewesen, ein klein wenig zu entkräften.
- 13 Es gibt einen Leibholz-Vortrag über „Die Situation des Richters in der Problematik der Urteilsfindung“ von 1962, in dem er zwar nicht von Salomon spricht, aber auf die alttestamentarischen Richter Bezug nimmt.

Nicht ganz klar ist, wie der Autor zum Urteil im Fernsehurteil<sup>14</sup> steht, in dem der Bundesregierung wegen fehlender Bundeskompetenz für den Rundfunk die Errichtung eines von Adenauer erwünschten regierungstreuen Fernsehsenders untersagt wurde. Das liegt zum Teil daran, dass Darnstädt in diesem Kapitel viele Geschichten erzählt, die mit der Sache nichts zu tun haben, und letztlich zynisch beiden Seiten Hokuspokus (250, 261) vorhält. Durchaus interessant ist dagegen, dass der Autor auffellt, dass die Regierung auf diese Entscheidung vehementen Einfluss zu nehmen versuchte. Das Gericht wehrte sich; mit Geiger wurde sogar ein zweiter Berichterstatter ernannt. Dass Geiger, der noch in der Statusdebatte hatte verhindern wollen, dass das Gericht gegenüber der Regierung zu viel Macht gewönne, nun derjenige war, der dafür verantwortlich war, dass Adenauer in die Schranken gewiesen wurde (263), verwundert etwas, wird von Darnstädt aber auch nicht ganz deutlich herausgearbeitet. Die Kritik des Autors an diesem Urteil richtet sich vor allem dagegen, dass das Bundesverfassungsgericht nicht nur entschied, ob die Einrichtung eines Bundesfernsehens zulässig war, sondern gleich detailliert vorgab, wie Rundfunk und Fernsehen unter dem Grundgesetz institutionell zu gestalten seien. Er bewertet diesen Teil des Urteils denn auch – nach meinem Geschmack etwas hochtrabend – als „politische Justiz“ (276 f.).

Mit allerlei Intrigen umwoben war das Verfahren in der sog. „SPIEGEL-Affäre“.<sup>15</sup> Im Anschluss an einen SPIEGEL-Artikel, in dem die nur bedingte Verteidigungsbereitschaft der Bundeswehr festgestellt worden war, hatte Bundesverteidigungsminister Franz-Josef Strauß ein Verfahren wegen Landesverrats initiiert, in dessen Rahmen verantwortliche SPIEGEL-Redakteure verhaftet und die Redaktionsräume des Magazins durchsucht wurden. Dieses legte Verfassungsbeschwerde gegen diese Maßnahmen ein. Die Strafverfolgung wegen Landesverrat basierte dabei übrigens auf einer sehr zweifelhaften „Mosaiktheorie“, die es möglich machte, journalistische Recherchen aus allgemein zugänglichen Quellen dann strafrechtlich zu verfolgen, wenn die einzelnen Recherchen zu einem Gesamtbild führten, das eine andere Qualität hatte als die einzelnen ermittelten Fakten und daher für den militärischen Gegner von Nutzen war. Anders gesagt, ein gründlich arbeitender Journalist konnte auf diese Weise schnell zum Landesverräter werden (299).

Von Anfang an bestand der Verdacht, es sei den Ermittlern wesentlich um die Ausspionierung des Nachrichtenmagazins gegangen, ein Verdacht, der auch vom Berichterstatter Herbert Scholtissek geteilt wurde (315 f.). Allerdings hatte die Bundesregierung mit dem Senatsvorsitzenden und Gerichtspräsidenten Gebhard Müller einen strammen Parteisolddaten auf ihrer Seite, der mit allen Mitteln verhindern wollte, dass dem SPIEGEL als Presseorgan besondere Rechte zugesprochen würden. Um Scholtissek einzudämmen, ernannte er mit Ritterspach sogar einen zweiten Berichterstatter (319). Der Senat war gespalten, und der SPIEGEL-Antrag wurde bei Stimmengleichheit abgewiesen. Das Urteil reflektierte die Ansicht der obsiegenden Seite im Senat, die der Presse keine Sonderrechte zugestehen wollte (321). Die unterlegene Seite, die die Aktionen gegen den SPIEGEL als unverhältnismäßig ansah, fand, da es noch kein Sondervotum gab, in der Entscheidung keine Berücksichtigung, auch wenn sie anscheinend im Urteilstext wenigstens eine Passage über den Wert der Presse unterzubringen vermochte (323).

Der letzte von Darnstädt behandelte Fall ist die Entscheidung zum § 218 StGB aus dem Jahre 1975.<sup>16</sup> Anders als bei den anderen, früheren Fällen, die entschieden wurden, als es noch nicht die Möglichkeit des Sondervotums für die einzelnen Verfassungsrichter gab, wussten wir über die Fronten innerhalb des Gerichts in dieser Frage etwas besser Bescheid auf Grund des von Wiltraut Rupp v. Brünneck und Helmut Simon abgegebenen *dissenting vote*,<sup>17</sup> das von Rupp v. Brünneck in ungewöhnlicher Weise von der Richterbank verlesen wurde und in dem die Gegensätze im Senat scharf herausgearbeitet wurden. Von Darnstädt erfahren wir nicht viel Neues über die Interna des Gerichts bei dieser Entscheidung, auch weil die Einzelvoten immer noch verschlossen sind (350) und es auch noch für lange Zeit bleiben werden. Das, was er gegen das Urteil vorbringt, die völlige Vernachlässigung der Grundrechte der Frau in Abwägung mit dem Schutz des ungeborenen Lebens, das Gebot an den Gesetzgeber, der vom Gericht aus Art. 2 Abs. 2 GG hergeleiteten Schutzpflicht für das ungeborene Leben zwingender Weise mittels der Strafgesetze nachzukommen, und die ausufernde Tendenz des Gerichts, wie ein Gesetzgeber die nähere Ausgestaltung eines verfassungskonformen Abtreibungsgesetzes auszubreiten, sind hinreichend bekannt.

14 BVerfGE 12, 205 (1961).

15 BVerfGE 20, 162 (1966).

16 BVerfGE 39, 1.

17 Ebd., ff.

Leider schließt damit das Buch Darnstädt, ohne dass aus den vorher geschilderten Untersuchungen irgendwelche Schlüsse gezogen werden. So ist, was der Autor bei seinen Forschungen in den Prozessakten des frühen Bundesverfassungsgerichts zu Tage fördert, zwar nicht uninteressant, aber doch auch ein wenig enttäuschend. Es wäre eigentlich zu erwarten gewesen, dass er am Ende deutlich macht, was seine Untersuchungen für die Frage ergeben, ob eine Verfassungsgerichtsbarkeit mit den Arbeitsansätzen wie das Karlsruher Gericht insgesamt als gewinnbringend für Demokratie und Methodik der Verfassungsinterpretation angesehen werden kann, wo die Hauptprobleme bei der Entscheidungsfindung des Bundesverfassungsgerichts liegen, ob es Verbesserungsmöglichkeiten gibt, vielleicht auch, ob sich Unterschiede zwischen der frühen bundesdeutschen Verfassungsrechtsprechung und der heutigen erkennen lassen. Auf all das geht der Autor mit keinem Wort ein. Auch mit der Art seiner journalistisch-novellistischen Darstellung verstellt uns Darnstädt etwas, wie er die Entscheidungsprozesse in diesem so wichtigen Gericht nun sieht. Warten wir ab, ob andere bei ihren Forschungen in den Prozessakten des Bundesverfassungsgerichts zu klareren Erkenntnissen kommen.

*Manfred H. Wiegandt*

*Günter Frankenberg, Autoritarismus –  
Verfassungstheoretische Perspektiven, Berlin  
(Subrkamp) 2020, 373 S., 20,00 €*

Es gibt viele Staaten, und fast alle haben Verfassungen. Es ist Teil von Günter Frankenburgs Forschungsprogramm, das Fach an diesen Umstand und die verbundenen Fragen zu erinnern, den Blick damit vom klassischen Kanon zu lösen, nicht beim braven Rekurs auf Supreme Court oder Bundesverfassungsgericht stehen zu bleiben. In *Autoritarismus* schreibt er nun über die misfits der Verfassungswelt, jedenfalls des liberalen Verfassungsideals: Assads Syrien und Erdogans Türkei etwa arbeiten nicht nur an der Unterdrückung der Bevölkerung, sondern auch an ihrer Verfassung. Warum?

Frankenburgs Antwort lässt sich als Dreischritt rekonstruieren: Seine Untersuchung beginnt mit einer Rekapitulation seiner bereits an anderer Stelle entwickelten Verfassungstypologie: Verfassungen sind performative Texte, zu einem bestimmten Zweck bei einem bestimmten Publi-

kum geschrieben. Frankenburgs Verfassungstheorie kombiniert eine Historisierung des liberalen Verfassungsdesigns mit einer an heterodoxen Beispielen (Haiti, die Sowjetverfassungen) geschulten Typenlehre: Verfassung als Vertrag, Manifest, Programm, Gesetz. Anschließend beschreibt er Handlungsformen und Merkmale des Autoritären, um schließlich eine Analytik der Funktion des autoritären Konstitutionalismus zu geben. Seine Darstellung gibt in der Summe ein Bild des Autoritären im Rahmen seiner vergleichenden Verfassungstheorie, die in analytischem Wert und Lesegenuss die Angstliteratur zum Thema „autoritäre Wende“ zu Genre-Stücken deklassiert.

„Autorität“ (Webers, nicht Mommsens) als Stamm des Autoritären ist immer auch Erinnerung daran, dass Menschen über Menschen herrschen. Es ist eine der semantischen Leistungen von Verfassungen zwischen „magic and deceit“, dies zu überdecken, wenn sie diesen Umstand aufkostümieren als Verwirklichung des Volkswillens durch unpersönliche „Organe“. Rechtliche und demokratische Hege schafft Herrschaft nicht ab, macht sie aber erträglich: Autorität ist schließlich nur das notwendige Gegenstück zum demokratischen Vertrauen in Amtsinhaber, die durch das Votum der Wähler nicht imperativ gebunden sind.

Wann kippt Autorität ins Autoritäre, damit in den Gegenstandsbereich des Buches? Frankenberg verzichtet auf eine begriffliche Festlegung, gibt stattdessen eine Phänomenologie: Merkmale des Autoritarismus, die keinen Gegensatz zu Recht und Verfassung bilden, sondern sich diese auf eine eigene Art und Weise nutzbar machen. Sein Autoritarismus hat daher viele Formen, die Bausteine des Autoritarismus sind daher nur Familienähnlichkeiten: exekutivlastige, informelle Staatstechnik, eine eigentumsorientierte Machtkonzeption, Partizipation als Komplizenschaft, Unmittelbarkeit und imaginierte Gemeinschaftlichkeit. Einerseits hebt dieser Zugang sich erfreulich von der aus der theoriegeneigten Literatur bekannten, manchmal pennälerhaften Freude für abstrakte Begriffsarbeit ab, andererseits bleibt in der Folge eine gewisse Unschärfe beim Status der einzelnen im Buch beschriebenen Merkmale – sind sie immer schlecht?

Frankenberg macht die Nähe von Autorität und Autoritärem damit deutlich, dass er mit autoritären Momenten in liberalen Verfassungen beginnt. Hier wird besonders deutlich, dass unterschiedliche Techniken dem Autoritarismus außerdem unterschiedlich exklusiv sind: Exekutiv-

lastigkeit ist zwar ein sicheres Merkmal des Autoritarismus, ist sie aber immer autoritär? Beispiele sind das Notverordnungsrecht des Reichspräsidenten nach Art. 48 WRV und die Praxis US-amerikanischer Präsidenten in der Verwendung von executive orders. Hier scheint das Problem auf: Ebert setzte sein Notverordnungsrecht anders, aber ähnlich resolut wie Hindenburg ein. Und die maßlose executive order war Lincolns Emancipation Proclamation, die meisten hat F. D. Roosevelt erlassen. Es sind eben nicht nur G. W. Bush und Trump am Werk. Exekutivische Rechtsetzung als generell bedenklich zu bewerten, wäre eine so unreflektiert deutsche Einstellung, dass man sie Frankenberg sicher nicht unterstellen darf. Inzwischen dringt ja selbst in den Lehrbetrieb die wissenschaftliche Erkenntnis durch, das Weimar am nicht funktionierenden Parlamentarismus und nicht am Amt des Reichspräsidenten und seinem Notverordnungsrecht gescheitert ist.

Ähnlich die Informalisierung politischer Strukturen: Sie ist gerade typisch für die parlamentarische Fügung aus Regierung und Mehrheitsfraktionen, die sich weder in Plenum noch Ausschuss, sondern oft genug im Mittagessen von Koalitions-Abgeordneten und Spiegelreferatsleitern vollzieht. Sie in starre Rechtsformen zu pressen, wäre die Art von konstitutionalistisch belastetem, urdeutschem Legalismus, gegen den der Verfassungsvergleich gerade ein Heilmittel ist. Das Problem liegt jeweils nicht in der Form, sondern im wer und wozu. Weitere Eigenschaften des Autoritären sind etwa Macht als Privateigentum, Kult der Unmittelbarkeit, Partizipation als Komplizenschaft, die als Gemeinmachung abverlangt wird. Auch hier ist die Abgrenzung freilich nicht einfach, etwa bei der Inszenierung privater Nähe: Ist die Inszenierung des Privatlebens eine Eigenschaft der Autoritären oder einfach (genau wie personale Repräsentation) inzwischen nur sehr undeutsch? Was ist mit Obama an der Siegestsäule, mit einer Biographie wie „Dreams from My Father“? Vor dem Hintergrund, dass die Unfähigkeit vieler Politiker zur personalen Repräsentation wohl einer der unausgesprochenen Gründe für die Krise etablierter Parteien und den Freiraum autoritär strukturierter Außenseiter ist, ist die Kritik der Unmittelbarkeit vielleicht richtig, aber auch hilflos. Bürger\*innen erwarten mehr als nur Gesetze.

Dass eine Unschärfe dem Thema immanent ist, erfährt die EU gerade im Umgang mit autoritären Tendenzen in Mitgliedstaaten: Die Regierungen Polens und Ungarns weisen bei ihren

Maßnahmen stets auch auf ähnliche Regelungen in Nachbarstaaten hin. Ein autoritärer Frankenstein lässt sich eben auch aus geschickt kombinierten liberalen Versatzstücken kombinieren. Noch einmal: Hier liegt das eigentliche Problem des begrifflichen Umgehens mit autoritären Entwicklungen. Autoritär wird schnell zum Sammelattribut von allem, was man (sei es mit guten Gründen) ablehnt. Der Wert von Frankenbergs Zugang über einzelne Merkmale zeigt sich gerade darin, dass man zwar über einzelne Merkmale und ihre Applikation streiten mag, ihre Summe aber ein Bild des Autoritären abbildet, welches „passt“ – nicht nur in einem banalen Sinne richtig ist, sondern ein Zeigen, dass echtes Verstehen ermöglicht. Die Arbeit profitiert dabei vom Bild-einsatz: die Einbettung des Königskopfes in die Charte, die inzwischen ikonischen Photographien des halb nackten Putins: trostlos, wenn die Ästhetisierung der Politik auch noch hässlich ist.

Warum nun haben autoritäre Staaten Verfassungen? Liegt ihr Wert in ihrem Beitrag zu den umrissenen Techniken? Frankenberg geht hier von gerade nicht aus (S. 308). Oft besteht eine Spannung zwischen Verfassung und Regime, die Notwendigkeit interpretatorischer Zurechtmachung. Genau wie die Phänomene des Autoritären sind die Varianten zahlreiche: Während etwa das Sultanat Brunei bei Menschenrechten nicht vorgibt, anders zu sein, als es ist, kombinieren viele Regime die Gewähr von Rechten mit Möglichkeiten der Einschränkung. Rechte, aber auch Pflichten. Postulierte Werte taugen zugleich zur Verflüssigung formaler Rechte (das kennt man vom Bundesverfassungsgericht). Die eigene Geschichte wird aufgerufen, äußere Feinde werden bezeichnet, die Brüchigkeit des Friedens herausgestellt: Grund und Rechtfertigung für einen stets wachsamem Staat. Die Varianz autoritärer Verfassung lässt sich systematisieren in einer Matrix von instrumentellen und symbolischen Zwecken, für ein internes und ein externes Publikum. Sie sind Governance-Skript, mobilisierendes Programm, Ausweis, doch zu den Guten zu gehören, lockendes Schaufenster für Investoren aus dem Westen. Sie dienen als den Bürger\*innen aufgezwungene Selbstbeschreibung, als immer fiktiver Normalzustand, dessen Realisation wegen permanenter Gefahr dann leider doch nie möglich ist.

Das Analyseraster Frankenbergs passt dabei ebenso auf die westlichen Verfassungen, die ihren Bürger\*innen ein gutes Leben in Freiheit ermöglichen. Auch das Grundgesetz war und ist Ausweis und Schaufenster, wenn es das deutsche

Volk auf Frieden in der Welt und den Schutz der Menschenrechte verpflichtet. Am Ende ist Verfassung ein Instrument, das eben auch die Dunkelmänner der Staatenwelt nützlich einzusetzen wissen.

Ein Desideratum bleibt: Die Pathogenese autoritärer Verfassung als Weg zum autoritären Konstitutionalismus. Was das aktuelle Interesse für das Thema begründet, ist ja nicht allein das Bestehen autoritärer politischer Ordnungen mit Verfassungen. Es ist das Kippen Ungarns, Polens, der Türkei. Es ist die Transformation einer liberalen in eine illegale Ordnung, die in Frankensbergs Nähe von Autorität und Autoritarismus, im Ausgehen vom liberalen Staat mitangelegt und von hier gut zu entwickeln ist. Aber das steht jenseits des Programms: die Konkretisierung einer im Rechtsvergleich gewachsenen Verfassungstheorie für eine leider zeitlose juristische Form politischer Ordnung.

Jannis Lennartz

Heinrich Hannover / Elisabeth Hannover-Drück, „Politische Justiz 1918–1933“, Metropol 2020, 368 S., Neuauflage, € 22,00

Das Buch von Heinrich Hannover und seiner bereits verstorbenen Frau Elisabeth Hannover-Drück gilt zu Recht als „Klassische Analyse der Politischen Justiz der Weimarer Republik“, wie ich selbst einmal in einer ersten kurzen Besprechung des Buchs schrieb.

Das Besondere der Neuauflage besteht darin, dass in ihr die ursprüngliche, viel umfänglichere Fassung veröffentlicht wird, die bisher noch **nie** gedruckt wurde. Immerhin wurden von der ersten Auflage fast 20.000 Exemplare verkauft. Gleichwohl ist die jetzige Ausgabe eine gewisse wissenschaftliche Sensation. Die quantitative Erweiterung ist eine qualitative Verbesserung – durch den umfangreicheren empirischen Unterbau. Hier gilt die Umkehrung des Satzes in der Kürze liegt die Würze. Die längere Fassung ist qualitativ wichtiger als die erste. Daher ist eine kurze Rezension geboten – das neue Buch enthält sehr viele neue Informationen und wissenschaftliche Details.

Eines der berühmtesten Worte aus der Weimarer Republik stammt von Reichskanzler Wirth: „Der Feind steht rechts.“ Diese aus der Literatur bekannte Aussage wird historisch viel genauer spezifiziert als in der ersten Auflage. Zugrunde gelegt wird die bekannte Statistik von Emil Julius

Gumbel „Politische Morde, begangen von Rechtsstehenden und von Linkstehenden“<sup>1</sup>: Von Rechtsstehenden wurden 326 Morde begangen, von Linkstehenden vier. Der Kern der Statistik zeigt, dass die überwiegende Zahl der Morde von rechts nicht gesühnt wurden, während die Morde von links ganz überwiegend gesühnt wurden: Ein Zeichen für Klassenjustiz und Verletzung des Gleichheitssatzes – alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

Einige Beispiele für die zentralen Erkenntnisse:

1. Die Rolle von Gustav Noske, die in dem bekannten Satz seiner Erinnerungen mündete: „Einer muss der Bluthund sein, ich scheue die Verantwortung nicht.“<sup>2</sup> Arthur Rosenberg fasst diese Erkenntnis in seiner Geschichte der Weimarer Republik folgendermaßen zusammen: „Jetzt begingen Noske, Ebert und Scheidemann den entscheidenden Fehler. Sie hätten sich in erster Linie auf die sozialistisdemokratischen Truppen stützen müssen, die in Berlin in der Bildung begriffen waren [...] Die Januarkämpfe des Jahres 1919 waren die ‚Marneschlacht der deutschen Revolution‘“<sup>3</sup>.
2. Das zweite Beispiel zeigt die antisemitische Struktur der Weimarer Republik, die zwar allgemein bekannt ist, aber in der Konkrektion, entsprechend Brechts Satz „Die Wahrheit ist konkret“ umso deutlicher hervortritt. Als der Vorsitzende Richter den für das Blausäureattentat auf Philipp Scheidemann verantwortlichen Marder fragt: „Sie glaubten einen anderen Deutschen kaltblütig beseitigen zu können, antwortete der Täter Oelschläger: „Das war kein Deutscher““ (S. 144). Das Gericht verurteilte den Täter lediglich wegen Mordversuchs zu einer Zuchthausstrafe. Täterschaft wurde ausgeschlossen.
3. Die Ermordung von Walther Rathenau: Zu Recht interpretiert Heinrich Hannover den Mord mit folgenden Worten: „Der Mord rief im demokratisch gesinnten Teil der deutschen Öffentlichkeit große Empörung hervor. Sie richtete sich gegen die völkischnationalen Kreise, deren Presse und Redner in unverantwortlicher Weise zum Mord gehetzt hatten. Man konnte auf den Straßen den Satz

1 E.J. Gumbel, Vier Jahre politischer Mord. Reprint der Originalausgabe von 1922, Heidelberg, 1980.

2 G. Noske, Von Kiel bis Kapp, Berlin 192, S 68f.

3 A. Rosenberg, Geschichte der deutschen Revolution, Frankfurt/Main 1961, S. 60.

hören: „Knallt ab den Walther Rathenau, die gottverdamnte Judensau!“ (S. 127).

Das Buch bekommt durch die in dem Band angefügten Zeichnungen von George Grosz auch ein besseres Gesicht. Die wichtigste Zeichnung ist die des Christus mit der Gasmaske: Adolf Arndt interpretierte das Bild durch ein Zitat aus dem Originalurteil der 2. großen Strafkammer des Landgerichtes III Berlin vom 4. Dezember 1930 mit den folgenden Worten: „Dass diese Zeichnung Christus angreift, dass sie ihn gar beschimpft, dass muss der religiös gesinnte einfache Mensch [...] rückhaltlos verneinen. Die Zeichnung erfüllt, richtig verstanden, den äußeren Tatbestand der Gotteslästerung nicht, auch nicht den der Kirchenbeschimpfung. Weder greift sie Christus in seinem Wesen an, noch beschimpft sie ihn. Gegenüber den christlichen Kirchen, ihren Einrichtungen und Gebräuchen nimmt sie überhaupt nicht Stellung“ (S. 287). Insofern kann man davon sprechen, dass das Bild von Grosz eben ein christliches Zeugnis (wenn man so will) wider Willen ist. Bei Heinemann findet sich der Satz „Christus ist nicht gegen Karl Marx gestorben, sondern für uns alle.“ Dieser Satz löste laut Bundestagsprotokoll eine empörte Reaktion aus. Es änderte aber nichts an seinem Wahrheitsgehalt. Das Paradox enthält eine biblische Aussage, nämlich die, dass es einen Unterschied zwischen dem Evangelium und seiner institutionellen Gestalt, nicht generell, aber konstitutionell geben kann. Der alte Niemöller antwortete auf meine Frage, ob Jesus eine Kirche gründen wollte, mit den Worten: „das glaube er nicht.“ Dies hat für

die Kernaussage des christlichen Glaubens eine erhebliche Bedeutung: Die Differenz zwischen Evangelium und seiner weltlichen Gestalt. Aber natürlich kann man dabei weder theologisch noch juristisch stehen bleiben.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Neuauflage des Buches von Heinrich Hannover einen wichtigen, vor allem neuen Beitrag zur Geschichte der Politischen Justiz der Weimarer Republik leistet. Es gehört in jede Bibliothek, besonders von Gymnasien, und in die Bibliothek von Universitäten.

Die Bedeutung des Buches hat Fritz Bauer, der frühere hessische Generalstaatsanwalt, der den Auschwitz-Prozess (1963-1965) in Gang setzte, so beschrieben: „Das Autorenteam Hannover (auch seine verstorbene Frau Elisabeth Hannover-Drück einschließend) weiß und beweist, dass der Nationalsozialismus nicht über Nacht gekommen ist, übrigens auch nicht über Nacht verschwand. Besser als die Geschichte der Hitlerzeit selbst, so realisieren sie mit Fug und Recht, kann die Vorgeschichte des NS-Regimes deutlich machen, dass die physische Vernichtung von Millionen nicht das Werk einzelner Verbrecher, sondern die Verwirklichung einer Gesinnung war, die von breiten Schichten des Bürgertums schlechthin abgelehnt wurde. Die Justiz war Teil dieses Bürgertums. Der Kaiser war gegangen, die Generale, Beamten und Richter blieben.“ (zuerst in DIE ZEIT vom 28. September 1967).

*Joachim Perels*