

# Buchbesprechungen

*Wolfgang Däubler. Das Zivilrecht. Ein Leitfaden durch das BGB, 2 Bände, Reimbek bei Hamburg (rororo aktuell 22173/22174) 1997, 692 und 764 Seiten, je DM 26,90*

Es ist ein ehrgeiziger Versuch, das gesamte BGB und einige Nebengesetze des Sonderprivatrechts auf ca. 1300 Seiten Text allen am Zivilrecht Interessierten (Studenten wie Nicht-Studenten) näherzubringen, wie Däubler sich das selbst vornimmt. Von der Sprache her ist dies gut gelungen. Der Text ist leicht verständlich, juristische Termini sind gut erläutert. Von der Sache her gilt diese Bewertung nur für die ersten drei Bücher des BGB, und das auch nur eingeschränkt. Das gesamte Familienrecht wird auf ca. 110 Seiten, das Erbrecht auf 65 Seiten abgehandelt. Eine flächendeckende Darstellung der Rechtsmaterie, wie sie der Leitfaden für die anderen Bücher vornimmt, oder gar problemorientierte Analysen des Familien- und Erbrechts, sind auf diesem Raum nicht möglich. Hier werden nur Grundstrukturen dargestellt und einige Probleme angerissen.

Das Werk will ein Leitfaden durch das BGB sein. Es hat also nicht den Anspruch des großen Lehrbuchs, erschöpfend die Problematik des behandelten Rechtsgebiets darzustellen und zu analysieren. Es kann auch keine mittleren Lehrbücher ersetzen. Vielmehr eignet es sich für den Erwerb eines fundierten Überblicks einerseits, als Referenzwerk zum Einstieg in spezifische Problembereiche andererseits. Das Stichwortverzeichnis ist dafür auch ausführlich genug, so daß auch der Leser, der das Werk nicht von Anfang bis Ende liest, leicht die für seine Fragestellung relevanten Abschnitte findet. Dasselbe gilt für die detaillierte Gliederung.

Däubler beginnt seine Darstellung mit einer Einführung, die sich an Jura-Studierende der Anfangssemester richtet. Es folgt ein Abschnitt über die Rahmenbedingungen des Zivilrechts, in dem das Verhältnis des Rechts zu anderen Normensystemen erörtert wird, die Erscheinungsformen des Rechts dargestellt, die gesellschaftlichen und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Inhalt des Rechts sowie das Verhältnis von Zivilrecht zum öffentlichen Recht erörtert werden. Anschließend behandelt Däubler die Rechtsmaterie des BGB weitgehend in der Ordnung der Systematik des BGB. Allerdings wird sinnvollerweise das Sachenrecht aufgeteilt in einen Abschnitt über Verfügungsgeschäfte, in dem der Eigentumsverlust behandelt wird, einen Abschnitt über den Schutz des guten Glaubens, in dem auch der gutgläubige Erwerb erörtert wird (Bd. 1, Kap. 14) sowie ein Kapitel über Sicherungsrechte (Bd. 2, Kap. 3), in dem die traditionellen Real Sicherheiten neben der Sicherungsbereignung, den personalen Sicherungsrechten und der Sicherungsabtretung behandelt werden.

In weiten Teilen des Buches werden Zusammenhänge ausgezeichnet dargestellt, die wegen der komplexen Verweisungstechnik des BGB, der Herausbildung von Richterrecht und den nicht allgemein bekannten historischen und sozialen Zusammenhängen dem Leser sonst verschlossen blieben. So werden höchst komplizierte Sachverhalte in Kürze so aufbereitet, daß sie dem juristisch nicht sonderlich Vorgebildeten zugänglich werden, wie z. B. die Folgen für den bösgläubigen Bereicherungsschuldner (Rdnr. 1646 ff.).

Dasselbe gilt für die Darstellung des Verhältnisses des Zivilrechts zum öffentlichen Recht (Rdnr. 115 ff.), die rechtspolitische wie auch rechtsdogmatische Kritik der Lehre vom sozialtypischen Verhalten (Rdnr. 881 ff.), die

Erörterung des Kontrahierungszwangs, die dessen Notwendigkeit auch über die von der Rechtsprechung einbezogenen Situationen für den Verbraucher in einer über den Markt vermittelten Gesellschaft begründet sowie für die Übersicht über vorvertragliche Haftung (Rdnr. 914 ff.), um nur einige der vielen äußerst gut und anschaulich gelungenen Abschnitte zu nennen.

Sehr plastisch ist auch die Erläuterung der Rechtsfähigkeit (Rdnr. 189 ff.), bei der klar wird, daß die rechtliche Differenzierung zwischen Menschen bis in die jüngste Vergangenheit aktuell war und daß auch ein Gesetz wie das BGB keine Garantie gegen Umdeutungen durch willfährige Richter im terroristischen System des Nationalsozialismus war. Für die junge Generation von Studierenden ist das Heranziehen historischer Beispiele aus der Zeit des Dritten Reichs und der Verweis darauf, daß die damals beteiligten Juristen in der BRD wieder Karriere machen konnten, eine wichtige Erinnerung.

Gut gefallen hat mir auch der Abschnitt über die Privatautonomie (Rdnr. 502 ff.), wo Däubler für jeden Anfänger eingängig die Problematik der formalen vs. der materialen Freiheitsethik und ihre Auswirkungen auf die Konzeption von Privatautonomie erläutert. Sein Fazit: Im Bereich des Vertragsrechts hat sich ein Konzept von Privatautonomie durchgesetzt, das die realen Entscheidungsbedingungen des Individuums berücksichtigt und so einen Schutz vor Ausbeutung gewähren will. Hingegen seien die Schranken bei der bloßen Ausübung subjektiver Rechte bereits weniger ausgeprägt. Das ist zumindest mißverständlich. Bei der Ausübung subjektiver Rechte zieht das zwar von Däubler angeführte Beispiel des Nicht-Produzierens nützlicher Gegenstände, die produziert werden könnten. Aber er suggeriert dem Leser, daß hier anscheinend fast schrankenlose Freiheit herrsche. Die vielfältigen Vorschriften des Rechts über technische Standards der Produktion, über die Zulässigkeit von industriellen und infrastrukturellen Großprojekten, über technische Standards von Gebäuden und Anlagen etc. sprechen eine deutlich andere Sprache. Frei sind Unternehmer bei der Ausübung ihrer subjektiven Rechte heute nur bei der Frage, ob und in welche Produkte sie investieren. Nur insoweit erfaßt die rechtliche Kontrolle den freien Eigentumsgebrauch nicht. Die uneingeschränkte Freiheit, zu investieren oder nicht zu investieren, bleibt

freilich die entscheidende Prämisse für Däubler.

Hervorragend gelungen ist auch die Übersicht über die Grenzen rechtlicher Handlungsfähigkeit (15. Kap.). Der Abschnitt über die Rechtsfolgen sittenwidriger Verträge ist allerdings zu knapp. Ein Verweis auf die Stellen, an denen das Thema Rechtsfolgen detailliert behandelt wird, wäre angebracht. Der juristisch nicht geschulte Leser wird nicht ohne weiteres auf die Regeln über die Leistungskondition kommen, die dann im 18. Kapitel erläutert ist.

Allerdings hat das Werk auch seine Schattenseiten. Eine davon wurde oben schon angeprochen. Es ist falsch, mehr zu wollen, als man auf 1300 Seiten leisten kann. Von daher würde es sich empfehlen, das Werk auf die ersten drei Bücher des BGB zu konzentrieren oder einen dritten, fundierteren Band »Familien- und Erbrechte« anzufügen. Der Verfasser will insoweit allerdings die Grundzüge vermitteln, die prüfungsrelevant sind und in einem Leitfaden nicht fehlen sollten.

Eine weitere Schattenseite ist in einigen Bereichen die Detailfülle, die für einen Leitfaden wiederum nicht nötig ist. So könnten Ausführungen über die Wahlschuld u. a. durchaus entfallen, ohne daß das Werk dadurch Schaden nähme. Im Gegenteil, es entstünde Platz für eine vertiefte Problemerörterung an einigen Stellen, an denen jetzt nur kurze Aufrisse zu finden sind.

Das 6. Kapitel über das Rechtssubjekt und die juristischen Beziehungen zu seiner Umwelt z. B. gerät zu detailliert. In diesem Stadium der Lektüre wirkt der enzyklopädische Ansatz, der hier verfolgt wird, ermüdend. Da stehen kurze Erläuterungen von Gestaltungsrechten, der Vormerkung etc., neben einer Einführung von einer knappen Seite über Einwendungen und Einreden, um dann in einen Abschnitt über die Konzeption des subjektiven Rechts überzugehen, dem wiederum ein Abschnitt über die Verjährung folgt. Didaktisch ist dieses Kapitel nicht gelungen. Es setzt viel zu viel Orientierungswissen voraus, um die Summe der mitgeteilten Einzelheiten in einen Zusammenhang zu bringen.

Der Zwang zur kompakten Darstellung führt an einigen Stellen dazu, daß Zusammenhänge nicht vermittelt werden oder notwendige Informationen fehlen. Im Abschnitt »rechtsgeschäftlicher Ausschluß der Vermarktungsfähigkeit« (Rdnr. 494 ff.) kann ein Anfänger nicht ohne weiteres verstehen, daß es kein

treuhänderisch gebundenes Eigentum gibt, wohl aber der Treuhänder verpflichtet werden kann, nur unter bestimmten Bedingungen über das Treuhandeigentum zu verfügen. Eine Erläuterung des Verhältnisses von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften wäre hierfür die Voraussetzung. Diese wird aber erst sehr viel später gegeben (Rdnr. 1068 ff., 1089 ff.).

Vermißt habe ich einen eigenen Abschnitt über das Verhältnis von zwingendem zu disponentivem Recht. Dieses wird nur an mehreren Stellen inzident abgehandelt (z. B. Rdnr. 64 f.). Dadurch können Mißverständnisse entstehen. Wer über keine Kriterien verfügt, zwingendes Recht zu bestimmen, wird in Rdnr. 540 überrascht damit, daß »Abmachungen ..., die sich nicht mit dem geltenden Recht vereinbaren lassen, ... unwirksam« sind, wo doch eine Randnummer zuvor erst dargestellt wurde, daß Abmachungen sehr wohl vom geltenden Zivilrecht abweichen dürfen.

Bei der Erörterung der Produkthaftung (Rdnr. 1219 ff.) wird der Zusammenhang mit dem Organisationsverschulden nicht ohne weiteres klar. Denn dieses wird zuvor – wie auch sonst leider weitgehend üblich – separat bei der Analyse von §§ 831 ff. BGB abgehandelt (Rdnr. 1118). Der Zusammenhang zwischen Pflichtenmaßstab, Einstehenmüssen für das Handeln in komplexen Organisationen und der Notwendigkeit einer Zuweisung der Verantwortung für Organisationspflichten an den Geschäftsherrn wird so zerrissen, zumal bei der Frage, wen eine Verkehrspflicht trifft, ausgeführt wird, daß ihre Erfüllung auf einen anderen übertragen werden kann, so daß der eigentlich Verpflichtete nur noch für Auswahl und Überwachung haftet (Rdnr. 1048 f.). Bei der Erörterung des Fehlerbegriffs wird hingegen nur gesagt, daß die aufgeführten Fehler vom Hersteller zu vertreten sind.

Bei der kurzen Einführung in das Prozeßrecht (Rdnr. 147 ff.), bei dem insbesondere die strukturelle Unterlegenheit von Verbrauchern gegenüber Unternehmen mit Rechtsabteilung herausgearbeitet wird, um dann die Verbandsklage als Mittel zur Überwindung dieser Unterlegenheit einzuführen, fehlt der Hinweis auf die Erlichterung des Zugangs zum Recht, die in den letzten Jahrzehnten zu verzeichnen ist, und zwar durch staatliche wie durch marktvermittelte Einrichtungen. So senken das Beratungshilfegesetz, die Mög-

lichkeit der Prozeßkostenhilfe, die weite Verbreitung von Rechtsschutzversicherungen die Schwelle, die von Verbrauchern überwunden werden muß, ermöglichen den Zugang zu qualifizierter Rechtsberatung und ebnen so ein Stück der strukturellen Unterlegenheit ein.

Der Verweis auf das EG-Recht (Rdnr. 63) im Kapitel über Erscheinungsformen und Rang von Rechtsquellen zeigt zwar richtig auf, daß die Europäisierung im allgemeinen Zivilrecht noch nicht weit entwickelt ist. Für die Bereiche, wo das Europarecht sich entfaltet hat, fehlt der Hinweis, daß es dem Recht der Mitgliedstaaten vorgeht und warum dies so ist. Nicht erwähnt wird auch die Bedeutung des EG-Rechts für den Bürger in dem Fall, daß ein Mitgliedsstaat seine Verpflichtungen aus einer EG-Richtlinie nicht umsetzt, was gerade im Reiserecht in unmittelbarer Vergangenheit aktuell war. Die einschlägigen Richtlinien sind jedoch jeweils dargestellt.

Unter der Rubrik »Was ist zu knapp?« ist auch die Übersicht über die Methoden der Auslegung von Gesetzen zu verbuchen (Rdnr. 75 ff.). Kein Anfänger oder Nichtjurist kann mit einer Erläuterung von jeweils einem Satz etwas mit den vier Standardmethoden anfangen. Dasselbe gilt für die Erwähnung der analogen Anwendung. Ein Methodenkapitel wäre erforderlich gewesen.

Zuweilen finden sich allzu apodiktische Behauptungen, so z. B. bei der Erörterung des sog. Flugreisefalles (Rdnr. 769). In diesem hat ein fast volljähriger Minderjähriger sich eine Flugreise erschlichen. Ohne auf die Argumentation des BGH einzugehen, macht Däubler geltend, die Verurteilung zu Werterlassatz hebele den Minderjährigenschutz aus und entspreche nicht den Intentionen des Gesetzgebers. Es handelt sich hier um einen Fall der bewußten Inanspruchnahme fremder Dienstleistung, ohne daß ein Recht darauf besteht. Hier wird, ähnlich wie bei unerlaubter Handlung, in fremde Rechtszuständigkeiten eingegriffen, entsprechend wird die Inanspruchnahme fremder Dienstleistung auch von einigen Autoren als Unterfall der Bereicherung in sonstiger Weise angesehen. Die Heranziehung der Regeln über die Deliktsfähigkeit durch den BGH, um dem Minderjährigen die Berufung darauf zu versagen, daß eine Bereicherung überhaupt nicht entstanden sei, entspricht insofern durchaus der Systematik des Minderjährigenschutzes, der ein weitgehenden Schutz vor vertraglichen

Verpflichtungen umfaßt, aber schon Siebenjährige für unerlaubte Handlungen haften läßt, wenn die nötige Einsichtsfähigkeit gegeben ist. Dieser komplizierte Fall, der zu vielen Aufsätzen geführt hat, zeigt exemplarisch, daß ein Leitfaden nicht der geeignete Ort ist, solche komplexen Streitfragen zu behandeln, weil bei der Kürze der Hinweise ein Problembeußtsein nicht entwickelt werden kann.

Manchmal kommt die theoretische Analyse der gedrängten Darstellung wegen zu kurz. Das betrifft einerseits die Darstellung des der Entstehungsgeschichte des BGB zugrunde liegenden Sozialmodells und seiner Wandlung seither (Kap. 4). Allerdings wird dies nur bei der Erörterung des Vertragsrechts plastisch. Daß mit aufkommender Industrialisierung ein an individuelles Verschulden anknüpfendes Deliktsrecht die Risiken der Produktion externalisiert, wird erst im Abschnitt über das Deliktsrecht herausgearbeitet. Doch auch hier lassen die knappen Andeutungen (Rdnr. 911 f.) über die Einschätzung der Funktion des Deliktsrechts den Leser unbefriedigt. In der Tat war und ist es die reale Funktion des bürgerlichen Deliktsrechts, einen Teil der Schäden durch die Industrialisierung zu externalisieren. Diese Konzeption entsprach auch liberalem Denken am Ende des 19. Jahrhunderts. Daß heutige Theorien der ökonomischen Analyse des Rechts ebenso liberalem Denken entsprechen und gleichwohl die Internalisierung von Schaden begründen, geht dadurch verloren. Insbesondere erscheint die von Däubler herangezogene sozialstaatliche Perspektive (Rdnr. 913) verkürzt. Die von ihm genannten Versicherungs- und Fondslösungen sollen gerade nicht den Schädiger aus der Verantwortung entlassen und das Risiko von der Allgemeinheit auffangen lassen. Vielmehr geht es darum, Risiken den Verursachern zuzuwiesen, so daß deren Versicherung für eine Internalisierung und damit über eine Verteuerung des risikobehafteten Verhaltens für dessen tendenzielle Reduktion auf ein Optimum sorgt. Es handelt sich im Kern um einen Ansatz individueller Zurechnung. Traditionell sozialstaatliche Lösungen haben gerade nur die Folgen der Externalisierung zu beseitigen versucht, können aber keinen Einfluß auf das Ausmaß der entstehenden Risiken haben. Kosten von Unfällen, die sozialstaatlich über die gesetzlichen Krankenversicherung letztendlich die Ware Arbeitskraft verteuren,

würden, wenn sie Haftpflichtversicherungen aufgebürdet würden, nicht nur die Arbeitskraft verbilligen, sondern gleichzeitig auch über die individuelle Zurechnung mittels Versicherungsprämien die unfallverursachende Aktivität verteuern und zu einer Optimierung der Schadensvorsorge, möglicherweise auch zu einem Sinken des riskanten Aktivitätsniveaus führen.

Die Tatsache, daß die Begrenzung der Gefährdungshaftung nach dem Atomgesetz aufgehoben wurde, wird von Däubler so gewertet, als ob der Gesetzgeber damit die Risiken moderner Großtechnologien zur Kenntnis nehme (Rdnr. 1198). Gerade bei der Aufhebung der Haftungsbeschränkung handelt es sich aber um ein Stück symbolischer Politik, wie auch Däubler andeutet. Denn ohne Anhebung der Deckungsvorsorge von § 5 Mio. DM hat die unbegrenzte Haftung überhaupt keine realen Folgen. Nach der Katastrophe von Tschernobyl waren in der weit entfernten Bundesrepublik die Schäden wesentlich höher. Eine Berücksichtigung der Risiken der Atomtechnologie kann effizient nur so geschehen, daß diese Risiken voll in den Preis der so produzierten Elektrizität einzugehen hätten, d. h. individuelle Deckungsvorsorge für das volle Risiko. Alternative Energien wären dann erheblich konkurrenzfähig.

Die Ausführungen über die Fahrlässigkeit differenzieren nicht danach, ob es sich um Alltagssituationen oder um Verhalten in Organisationen handelt, das durch Investition in Organisation, Information und Produktentwicklung monetär steuerbar ist. Fahrlässigkeit als objektiver Maßstab dient in beiden Fällen nur der Risikozuweisung. Im Falle gewerblicher Tätigkeit können die Maßstäbe erheblich höher angesetzt werden, denn hier handelt es sich um Tätigkeiten, bei denen Risiken planmäßig einkalkuliert werden.

Wieso die Zuweisung der Pflicht an den Reiseveranstalter, die Sicherheit von Balkongittern in Vertragshotels zu überprüfen, eine Übertreibung sein soll, ist dann nicht mehr nachvollziehbar. Letztlich ist das Niveau an Sicherungspflichten so zu wählen, daß ein Optimum an Schadensprävention erreicht wird. Und diese kann im vorliegenden Fall vom Reiseveranstalter durch Kontrolle und Auswahl seiner Vertragspartner wesentlich besser organisiert werden als durch den Reisenden. Die Ausführungen in Rdnr. 918 zur rechtlich organisierten Prävention, insbeson-

dere im Bereich rationaler Organisation, werden hier leider nicht mehr aufgegriffen. Die Erörterung des Wertungsspielraums des Richters bei der Auslegung läßt eine intensive theoretische Grundlegung vermissen. Der Hinweis darauf, daß Richter letztlich einen Wertungsspielraum haben, den sie je nach ihrer Grundeinstellung nutzen (Däubler führt hier die Kategorien strukturkonservativ, wertkonservativ, progressiv ein – Rdnr. 78), darf nicht dahin mißverstanden werden, als sei hier eine weitgehende Beliebigkeit gegeben. Tatsächlich gibt es Grenzen. Stets muß das Argument des Richters so gefaßt sein, daß die von ihm getroffene Regelung dem Anspruch nach von allen Bürgern akzeptiert werden können muß (Habermas, 1992, 272 ff.). Der Hinweis, daß sich »verantwortungsvolle Juristen zu überlegen (pflegen), ob ihre Entscheidung unter Juristen, aber auch in der allgemeinen Öffentlichkeit Zustimmung finden wird«, ist zu schwach. Einerseits haben bei funktionierender politischer Öffentlichkeit Wertungen keine Chance, sich durchzusetzen, wenn sie nicht den Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben können. Andererseits gibt es durchaus Wertungen, die den Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben können, aber in der Öffentlichkeit nicht allgemein akzeptiert werden. Gleichwohl ist es nicht verantwortungslos, sie dann zu treffen. Ein gutes Beispiel ist hier das Kruzifix-Urteil des BVerfG. Die später (Rdnr. 104 ff.) erörterten Grenzen der Beliebigkeit (Art. 79 Abs. 3 BGB, elementare Anforderungen der sozialen Marktwirtschaft, die Auseinandersetzung im politischen Prozeß) greifen hier zu kurz.

Auch der kleine Abschnitt über Recht und Moral greift die umfangreiche Diskussion über universalistische Moral und partikulare Ethiken nicht auf (vgl. statt aller nur Rainer Ivoerst 1994), abgesehen davon, daß ihre Pluralität erwähnt wird.

Zum Abschluß noch einige Bemerkungen zur Einführung. Däubler beginnt sein Werk mit einigen praktischen Ratschlägen an Studierende, wie sie sich angesichts der Misere überfüllter Hörsäle und mangelnder didaktischer Fähigkeiten einiger Hochschullehrer selbst helfen und die im ersten Zugriff zuweilen unverständliche Fachsprache erlernen und sich Strukturen des Zivilrechts erarbeiten können. Aber es läßt sich auch, wie Däubler gleichfalls betont, in Massenveranstaltungen noch Initiative und Diskussion mobilisieren.

Studierende müssen sie nur einfordern. Das mit Däublers Leitfaden mögliche Selbststudium ist keine Ersatzlösung.

Bei den Arbeitsmitteln fehlt der Hinweis auf den Juris-Computer und die vielen frei zugänglichen Informationen im Internet, die dort sich formierenden Diskussionsforen nicht zu vergessen. Und wenn man schon ein Kapitelchen über Falllösungen einbezieht, dann sollte es nicht den Anschein erwecken, als sei das alles unproblematisch.

Insgesamt konnte das Werk nur anhand exemplarischer Partien vorgestellt werden, in seinen Stärken wie in seinen Schwächen. Die hier erörterten Schwächen stellen aber nicht in Frage, daß es sich um eine gut brauchbare Einführung in das bürgerliche Vertrags-, Haftungs- und Vermögensrecht handelt. Wer einen fundierten Überblick über diese Rechtsmaterien in einem ersten Zugriff gewinnen will, sollte das vorliegende Werk ernsthaft in Erwägung ziehen.

#### Literatur:

- Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992  
 Rainer Ivoerst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M. 1994

Wolfgang Voegeli

Roland Schimmel, *Eheschließungen gleichgeschlechtlicher Paare?* Berlin (Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 184, Duncker & Humblot), 245 Seiten, DM 98,-

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Nichtannahmebeschuß vom 4. Oktober 1993 (NJW 93, 3058) ausgeführt, daß die Geschlechtsverschiedenheit (bisher) zu den prägenden Merkmalen der Ehe gehöre und »hinreichende Anhaltspunkte für einen grundlegenden Wandel des Eheverständnisses in dem Sinne, daß der Geschlechtsverschiedenheit keine prägende Bedeutung mehr zu käme, nicht erkennbar« seien, weshalb keine Grundrechtsverletzung in der Ablehnung der Aufgebotsbestellung für das gleichgeschlechtliche Paar gelegen habe. Es hat die Öffnung der Ehe als eine Frage der politischen Willensbildung aufgefaßt und sich daher geweigert, sie als eine Frage der Gesetzesauslegung zu behandeln. Auf die Frage, ob die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche

Paare durch einfach-gesetzliche Regelung möglich wäre, ausdrücklich einzugehen, bestand aufgrund der Fallgestaltung kein Anlaß. Aus dem Satz »Insoweit ist nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber den genannten Grundrechten nicht auch (!) auf andere Weise als dadurch Rechnung tragen könnte, daß er die Rechtsform der Ehe für gleichgeschlechtliche Partner öffnet«, wird jedoch deutlich, daß eine Eheschließung gleichgeschlechtlicher Paare grundrechtlich durchaus zulässig ist und nur vom politischen Willen des Gesetzgebers oder dem gesellschaftlichen Leitbild für die Ehe abhängig ist. Die (im Gegensatz zu geschichtlichen und philosophischen) rechtlichen Gründe, die einem Paar, unabhängig von der Unterschiedlichkeit der Geschlechter der Partner/innen, einen Anspruch auf Zugang zum Institut der Ehe geben können, hat Schimmel mit einer bisher einmaligen Akribie dargestellt.

In dem einleitenden Kapitel 1 weist der Verfasser auf die möglichen Unterschiede zwischen den Ausdrücken »homosexuelle Paare« und »gleichgeschlechtliche Paare«, deren Partner nicht homosexuell sein müssen, hin. Was unbefangenen Lesenden zunächst als übertrieben filigrane terminologische Grundlegung erscheinen mag, erweist sich jedoch später als notwendige begriffliche Präzision, um ernsthafte Argumente von zynischen Bemerkungen wie der Feststellung, daß die Ehe auch Homosexuellen offenstehe (aber eben nur mit einem Partner des anderen Geschlechts, der deshalb in der Realität für Lesben bzw. Schwule als Partner/in von vornherein gerade ausscheidet), abgrenzen zu können.

Der Gegenstand der Arbeit wird in Ausgangsthesen eingeschränkt auf die Frage nach dem Zugang von Lesben- und Schwulenpaaren zur Ehe, so wie sie in Deutschland existiert, »weil bisher kein anderes Rechtsinstitut die gleiche Funktion übernimmt«. Damit wird eine Vermischung mit den Fragen wünschenswerter Ehe- und Familienrechtsreformen vermieden, die zwar spannend, aber uferlos wären.

Die gesellschaftliche und rechtliche Bedeutung der Ehe, die Vorstellungen von Homosexualität und den aktuellen Stand der hierdurch aufgeworfenen medizinischen Fragen sowie die rechtlichen Lösungsansätze in anderen Ländern werden im zweiten Kapitel ausführlich dargestellt. Hierzu gehören die Gesetze zur Regelung registrierter Partner-

schaften der skandinavischen Staaten und die sich hieran anlehnende Praxis in Teilen der Niederlande wie auch die vielfältigen Regelungen von »domestic partnerships« (ungefähr: häuslicher Gemeinschaften), mit denen in den USA den Lebensgemeinschaften auf kommunaler Ebene z. B. Zugang zu Sozialwohnungen und Familienvergünstigungen gewahrt werden. Während es sich bei den registrierten Partnerschaften um der Ehe nachgebildete Konstruktionen handelt, die auf das jeweilige Ehrerecht Bezug nehmen, bleiben die domestic partnerships schon im Hinblick auf die geringe Regelungskompetenz notgedrungen unzulängliche Versuche, sich nicht an der alltäglichen Diskriminierung von Paaren, denen die Eingehung einer Ehe verwehrt ist, zu beteiligen. Die Entscheidung des Supreme Court of Hawaii, derzufolge Ehen gleichgeschlechtlicher Paare nicht gegen die Verfassung dieses Staates verstößen, wird zu Recht nicht kommentiert, da sie zwar die Grundhaltung des Verfassers stützt, aber bisher keine praktischen Auswirkungen hat. Im dritten Kapitel behandelt der Verfasser die zentrale Frage nach der Zulässigkeit gleichgeschlechtlicher Eheschließungen. Hierzu wird zunächst der im deutschen Recht nirgends definierte Begriff der Ehe untersucht, wobei sowohl die Frage nach ihrem Wesen als auch die Abgrenzung zum Begriff der Familie unter Heranziehung der gesamten Rechtsprechung und Literatur dargestellt wird. In diesen Passagen bietet die Arbeit auch für diejenigen, die zu anderen Fragen des Ehe- oder Familienrechts arbeiten, eine reiche Fülle von Ideen und Fundstellen für eigene Studien und weist weit über ihr Thema hinaus. Die Prüfung der Frage, ob eine Eheschließung gleichgeschlechtlicher Paare de lege lata möglich ist, beginnt Schimmel auf Seite 99 mit einer Prüfung der historischen Argumente (Woran dachte der Verfassunggeber?), untersucht die systematischen Argumente, die sich aus dem Zusammenhang von Ehe und Familie ergeben (Ist die Ehe eine potentielle Familie und wenn ja, bedeutet dies, daß die Partner die biologische Fähigkeit zur Kinderzeugung haben müssen? (S. 100) Welche Bedeutung hat das Transsexuellengesetz in diesem Zusammenhang? (S. 103) Welche Bedeutung hat die Möglichkeit der Familienbildung durch Inpflegenahme und Adoption im Umkehrschluß auf den Ehebegriff? (S. 105) Ist die sexuelle Orientierung für die Sorgerechtsentscheidung nach der Scheidung er-

heblich? (S. 109)), um dann ab S. 111 den Wandel des verfassungsmäßigen Eheverständnisses nachzuvollziehen und daraus die Schlußfolgerung abzuleiten, daß die Tendenz besteht, in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht ehedem unverfügbare Inhalte der privaten Disposition zu überlassen (S. 124). Es folgt eine Darstellung der Wandlungen in der gesellschaftlichen (S. 125) und rechtlichen (S. 126 ff.) Bewertung der Homosexualität, auf deren Grundlage schließlich die verschiedenen Regelungsebenen des Artikels 6 GG (ab S. 131) auf die Möglichkeit einer Erweiterung seines Schutzbereiches untersucht werden.

In den verfassungsrechtlichen Kernfragen zeigt Schimmel (auf S. 131 bis 162) überzeugend, daß eine Interpretation des Ehebegriffs des Artikels 6 GG über den vom Gesetzgeber beim Erlaß des Grundgesetzes bedachten Inhalt hinaus schon heute ohne weiteres vertretbar ist. Dieses Ergebnis untermauert er anschließend durch eine Überprüfung am Maßstab der Artikel 2 und 3 GG. Obwohl diese hinter der spezielleren Regelung des Art. 6 GG zurücktreten, ist ihre allgemeine Funktion, die persönliche Handlungsfreiheit des Individuums und die Gleichbehandlung aller gleichartigen Lebenssachverhalte grundsätzlich zu sichern, ein sinnvolles Instrument, das Ergebnis der Untersuchung nochmals zu überprüfen. Gerade hierbei zeigt sich, daß ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung zwischen gleich- und verschieden geschlechtlichen Paaren nicht existiert. Anschließend wird im vierten Kapitel – entsprechend der vom Verfasser vertretenen Rechtsansicht nur vorsorglich – noch auf die Möglichkeiten der Öffnung der Ehe für Paare gleichen Geschlechts durch Verfassungsänderungen oder einfachgesetzliche Regelungen eingegangen. Da im vorangehenden Kapitel bereits alle Argumente mit dem Ergebnis, daß nach geltendem Recht eine Eheschließung gleichgeschlechtlicher Paare möglich sei, erörtert worden sind, bleiben die Ausführungen zu notwendigen Gesetzesnovellen relativ knapp. Während der Verfasser die Extremposition, abweichendes Sexualverhalten dürfe von keinem Gesetzgeber dem normalen gleichgestellt werden (*Tröndle* S. 187/*Fußnote 1*), mit Gelassenheit als ideologische Behauptung ohne rechtswissenschaftliche Substanz widerlegt, wird die Frage nach einer möglicherweise notwendigen Verfassungsänderung zur Öffnung der Ehe für gleichge-

schlechtliche Paare auf S. 188 sehr knapp abgehandelt. Dies ist zwar konsequent und trägt zur Lesbarkeit der Abhandlung bei, denn hier könnten nur die im dritten Kapitel bereits ausgeführten Gedankengänge unter veränderten Prämissen wiederholt werden, erschwert aber den Zugang zu den dort niedergelegten Argumenten im Rahmen der Diskussion über die Einführung des Rechts auf Eingehung der Ehe für Personen des gleichen Geschlechts durch einfaches Gesetz.

Im fünften Kapitel wird die Problematik der Rechtsprechung zu nichtehelichen Lebensgemeinschaften aufgezeigt. Obwohl die eheähnlichen Lebensgemeinschaften inzwischen wohl einhellig von allen Bundesgerichten als heterosexuelle Paare, die in einer eheähnlichen Einstehengemeinschaft zusammen wohnen und wirtschaften, definiert werden (BStG 63, 120/123; BVerwGE 52, 11/12; BVerfGE 87, 234/264; BGHZ 121, 116), gibt es gerade für die hier maßgeblichen Lebensgemeinschaften keine erkennbare Linie. So hat der BGH das Recht, eine Person gleichen Geschlechts zur Führung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft in der Mietwohnung aufzunehmen, anerkannt (BGHZ 92, 213/219), dagegen das Eintreten in den Mietvertrag nach dem Tod des Mieters heterosexuellen Hinterbliebenen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft vorbehalten (BGHZ 121, 116). Wenn der Verfasser seinen Vorschlag darauf beschränkt, für den Fall einer gesetzlichen Regelung alle nichtehelichen Lebensgemeinschaften gleich zu behandeln, um den Lesben- und Schwulenpaaren auf diese Weise eine minimale Absicherung zu ermöglichen, ist dies vor diesem Hintergrund und in Anbetracht seiner Auffassung, daß daneben, wie bei heterosexuellen Paaren, die Eingehung einer Ehe unbedenklich zur Wahl stehen müßte, eine klare Position.

Wer immer sich auch nur mit einem Teilproblem der rechtlichen Wirkungen von Beziehungen zwischen Paaren gleichen Geschlechts auseinandersetzen will oder muß, findet in der vorgestellten Schrift ein kompetentes, umfassendes und dabei erstaunlich lesbares Werk, das sowohl eine Einführung in den Themenkomplex als auch in den Fußnoten bei dem jeweils berührten Diskussionspunkt enzyklopädische Verweise auf Spezialliteratur bietet.

Stefan Reiß

*Christoph Gusy, Weimar – die wehrlose Republik? Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik, Tübingen (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)) 1991, XIII, 373 Seiten, geb., DM 218,-*

Eine der weitverbreitetsten und hartnäckigst wiederholten Thesen über die Weimarer Reichsverfassung (WRV) ist diejenige von deren Wehrlosigkeit gegenüber ihren Feinden. Die »Erkenntnis«, daß eine freiheitliche Demokratie nicht relativistisch konzipiert werden könne, sondern wirksame Mittel zum Schutz ihres Kerngehaltes haben müsse, wurde in der Nachkriegszeit immer wieder als Legitimationsgrundlage für den »streitbaren Charakter« des Grundgesetzes und damit gleichzeitig für repressive Maßnahmen gegen verfassungsfeindliche Parteien und deren Anhängerschaft, etwa im Zusammenhang mit ihrer Entfernung aus dem öffentlichen Dienst, angeführt. Christoph Gusy ist in seinem Buch der Frage nach der Richtigkeit der These von der (rechtlichen) Wehrlosigkeit der ersten deutschen Republik nachgegangen und hat sie – man möchte sagen, ein für allemal – widerlegt.

Der Autor nähert sich seinem Gegenstand dabei systematisch, indem er in gesonderten Kapiteln den Schutz der WRV durch Legislative, Exekutive und Judikative untersucht. In seinem einleitenden Kapitel geht er dabei auf die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen des Republikschutzes in Weimar ein und betont, daß die Abgeordneten der Weimarer Nationalversammlung bei ihren Verfassungsberatungen in besonderer Weise durch die sie umgebenden bürgerkriegsähnlichen Zustände beeinflußt waren und ihnen von daher der Schutz der Verfassung ein wichtiges Anliegen war (S. 15). Hinsichtlich des Schutzes der Verfassung dürfe man aber nicht allein auf den Grundsatz des Art. 76 WRV, demzufolge die Verfassung vorbehaltlich der nötigen Zweidrittelmehrheit – nach herrschender Meinung unbegrenzt<sup>1</sup> – zur Disposition des Gesetzgebers stand, rekurren, sondern müsse den Gesamtrahmen der Verfassung im Auge behalten (S. 31). Art. 76 enthielt sowohl die negative Aussage an den bewaffneten Kampf wie die positive Aussage, daß eine Änderung der Verfassung nur im Wege des verfassungsmäßig festgeschriebenen Verfahrens zulässig war. Es ergab sich daraus zwar eine Offenheit der

WRV hinsichtlich der Ziele der politischen Akteure, nicht aber in bezug auf die zur Zielverfolgung zulässigen Mittel (S. 28 ff.).

Als einschneidendstes Mittel zum Schutz der Republik war dabei die in Art. 48 statuierte Diktaturgewalt des Reichspräsidenten vorgesehen, wobei Gusy aber sogleich herausstellt, daß diese Vorschrift im Laufe der Zeit nicht mehr als bloße Notfall-, sondern als Normalvorschrift gebraucht wurde. Die Diktatur zum Schutze der Republik wurde somit zum ersten Schritt ihrer Selbstauflösung (S. 58). Indem das Reichsgericht zudem eine richterliche Überprüfung von Diktaturmaßnahmen verneinte, übersah es die mit dieser Vorschrift intendierte partielle Verrechtlichung des Politischen (S. 78 f.). Die Diktatur wurde so als extrakonstitutionelles Phänomen behandelt, womit gerade wieder an vorrepublikanische Traditionen angeknüpft wurde (S. 87). Eine für den Republikschutz konzipierte Norm wurde in eine Staatsschutzvorschrift umgewandelt. Gleichzeitig demonstriere dies, daß es beim Gebrauch des Instrumentariums zum Schutze der WRV wesentlich darauf angekommen sei, mit welcher Zielrichtung dies geschehen sei. So wollte eine Richtung über Art. 48 die WRV erhalten; die andere benutzte sie als Vehikel zu ihrer Überwindung (S. 91). Das Vorhandensein des Verfassungsschutzinstrumentariums muß folglich, so der Autor, von seinem Einsatz unterschieden werden (S. 94).

Als normales Gesetz zum Schutz der Republik bot sich zunächst bereits der aus dem Kaiserreich übernommene Hochverratsparagraph 81 des StGB an, wobei die Rechtsprechung auch die sich nach der Novemberrevolution durchsetzende faktische Ordnung der demokratischen Republik als Schutzzug akzeptierte (S. 110). An dieser Vorschrift läßt sich aber auch besonders deutlich machen, wie einseitig der Republikschutz gehandhabt wurde. So wurde die KPD nach den kommunistischen Unruhen der Jahre 1921/23 als hochverräterische Organisation angesehen, ohne daß dies noch jeweils im Einzelfall begründet werden mußte. Der Hochverrat wurde nach einer »objektiven« Betrachtung beurteilt, so daß eine subjektive Einlassung kommunistischer Angeklagter, sie wollten keine Gewalt anwenden oder keinen Hochverrat üben, als unbedeutlich angesehen wurde. Auf dem Papier blieb die KPD damit erlaubt; praktisch wurde sie aber wie eine verbotene Organisation behandelt. Die Vor-

<sup>1</sup> Siehe Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Neudruck der 14. Auflage, Berlin 1933, Aalen 1987, Art. 76, S. 401 ff.

bereitung des Hochverrats wurde zudem weit ausgelegt. Selbst abstrakte Aufrufe zum Sturz der kapitalistischen Ordnung oder zum Generalstreik bis hin zu künstlerischer Tätigkeit (»literarischer Hochverrat«) wurden als Vorbereitungshandlungen gewertet. Das Verhältnis der Strafrechtsnorm zu den Grundrechten blieb im wesentlichen unerörtert. Anders die Beurteilung der Putschabsichten der Nationalsozialisten. Im Ulmer Reichswehroffiziere-Prozeß<sup>2</sup> wurde ein hochverräterischer Charakter der NSDAP aufgrund der eidlichen Aussage Adolf Hitlers verneint, und eine Deklarierung der NSDAP als staatsfeindlich wurde von der Rechtsprechung im großen und ganzen bis 1933 nicht vorgenommen (S. 117–126).<sup>3</sup>

Nach dem Erzberger-Mord sah sich die Reichsregierung veranlaßt, die Grundrechte zwecks Schutzes der WRV durch eine besondere Notverordnung zu beschränken. Das Presse-, das Vereins- und das Versammlungsrecht wurden verschärft. Nicht nur wurde der Rechtsweg gegen derartige Beschränkungen ausgeschlossen; es wurde auch eine Vollzugszuständigkeit des Reichsinnenministers angeordnet, deren Zweck es gerade war, in den Ländern zutage tretenden Vollzugsdefizite hinsichtlich des Republikschutzes zu begrennen. Da die Länder, allen voran Bayern, gegen das sich die Anordnung des Reiches im besonderen richtete, diese »Verreichlichung« des Republikschutzes ablehnten, wurde die VO aber bald durch eine zweite verwässert (S. 129–133). Nach der schließlichen Aufhebung dieser ersten NotVO zum Schutze der Republik führte der Mord an Rathenau dann zu einem neuerlichen Anlauf, dem Republikschutz per NotVO weitere Zähne einzusetzen. Die politische Zielrichtung dieser Maßnahme war eindeutig gegen die Angriffe von rechts gerichtet. Reichskanzler Wirth im Reichstag: »Da steht der Feind, und darüber ist kein Zweifel: dieser Feind steht rechts« (S. 136). Wichtigstes Element der VO war die Errichtung eines Staatsgerichtshofes zum Schutze der Republik, erneut Ausdruck des Mißtrauens gegenüber den Ländern, aber

auch gegenüber der bisherigen ordentlichen Rechtsprechung. Das kurz darauf folgende Republikschutzgesetz wurde mit verfassungsdurchbrechender Zweidrittelmehrheit beschlossen. Die mit ihm auch bezweckte »Verreichlichung« scheiterte aber zum Teil am Widerstand Bayerns, das die Anwendung dieses Reichsgesetzes (verfassungswidrigerweise) ablehnte und stattdessen eine eigene RepublikschutzVO erließ. Durch Vermittlung Eberts kam es zwar zu einem Kompromiß, der den süddeutschen Ländern einen eigenen Senat im StGH zugestand. Dennoch verbot die (neue) bayerische Landesregierung allen bayerischen Stellen die Anwendung des RepSchG. Der Hitler-Putsch von 1923 wurde daher auch nicht vor dem StGH zum Schutze der Republik, sondern vor dem Münchner Volksgericht verhandelt (S. 142–147).

Inhaltlich richtete sich das RepSchG zunächst gegen die »Mörderorganisationen«, die hinter dem Erzberger- und dem Rathenau-Mord standen. Auch hierbei wandte die Rechtsprechung das Gesetz aber unterschiedlich gegen rechts und links an. Während im »Tscheka-Prozeß« die KPD als Organisation im Sinne des Gesetzes angesehen wurde und damit die hohen Strafandrohungen zur Anwendung kamen, wurde bei der hinter den Politiker-Morden stehenden »Organisation Consul« nur auf deren Statuten, nicht aber auf das Verhalten ihrer Mitglieder abgestellt und somit eine Qualifizierung im Sinne des RepSchG abgelehnt (S. 150f.). Bezeichnend war auch, wie das im RepSchG statuierte Verbot heimlicher Waffenlager gehandhabt wurde. Wurde von der Polizei ein solches Waffenlager der Freikorps entdeckt, gab die Reichswehr, die an der Verheimlichung von Waffen zwecks Umgehung der Versailler Beschränkungen ein Interesse hatte, an, das Lager sei ihr bekannt gewesen. Das RG wertete das Preisgeben von Waffenlagern der »schwarzen Reichswehr« darüberhinaus als Landesverrat und konterkarierte damit den mit dem Verheimlichungsverbot bezweckten Republikschutz (S. 152f.). Auch die Vorschriften gegen die Beschimpfung der Republik wurden zunächst recht restriktiv ausgelegt. Die Bezeichnung der Republik als »Judenrepublik« wurde erst im Laufe der Zeit als Beschimpfung gewertet; das RG differenzierte zudem danach, ob die »verfassungsmäßig festgestellte Staatsform« oder nur die »gegenwärtige Staatsform« des Reiches beschimpft wurde. Auch die Bezeichnung der Reichs-

<sup>2</sup> Für den Hintergrund der vom Autor angesprochenen Ereignisse nutzlich ist ein Rückgriff z. B. auf die – nicht unparteiische – Darstellung von Heinrich Hannover/Elisabeth Hannover-Druck, Politische Justiz 1918–1933, Bornheim-Merten 1987.

<sup>3</sup> Siehe zur fehlenden Bewertung der NSDAP als staatsfeindlich auch Horst Meier, Parteiverbote und demokratische Republik Zur Interpretation und Kritik von Art. 21 Abs. 2 des Grundgesetzes, Baden-Baden 1993, S. 325 ff.

fahne als »schwarz-rot-mostrich« wurde erst ab dem Jahre 1928 als Beschimpfung ausgelegt (S. 166f.). Insgesamt stellt Gusy daher ein Vollzugsdefizit bei Strafverfolgungsbehörden und Gerichten hinsichtlich des RepSchG fest. Geschützt wurde nicht so sehr die Republik, als vielmehr der Staat. Wer sich dementsprechend auf der Rechten für den Staat einsetzte, hatte weit weniger zu befürchten als ein Kommunist, der für den Internationalismus stritt (S. 170f.).

Als das RepSchG im Jahre 1929 auslief, war im Reichstag keine verfassungsdurchbrechende Mehrheit mehr für ein neues Gesetz zu gewinnen. Dennoch wurde von keiner Seite reklamiert, daß das mit nur einfacher Mehrheit beschlossene 2. RepSchG, das in Kraft trat, als die letzte parlamentarische Regierung abtrat und damit die Republik im Kern bereits gescheitert war, nicht verfassungsgemäß sei. Das Gesetz führte zu einer deutlich weniger restriktiven Auslegung und damit zu einer Stärkung des Republikschutzes. Wurde auch unter dem Präsidialkabinett Brüning der Schutz der Republik mittels NotVOen weitergeführt, so hob Papen im Juni 1932 die meisten NotVOen seines Vorgängers wieder auf. Grund für die Suspendierung des SA-Verbotes und anderer Bestimmungen gegen radikale Verbände waren Absprachen mit der NSDAP. Länderkompetenzen zum Schutz gegen die Gegner der Republik wurden ebenfalls beschnitten. Damit wurde Art. 48 WRV, der den Republikenschutz ermöglichen sollte, dazu benutzt, die Republik zu beseitigen. Höhepunkt in diesem Zusammenhang war die NotVO »betreffend die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Gebiet des Landes Preußen« vom 20.7.1932, mit der die republikanische preußische Landesregierung unter dem Sozialdemokraten Otto Braun durch einen Staatskommissar ersetzt wurde (»Preußenschlag«).<sup>4</sup> Begründet wurde dies damit, daß die preußische Regierung den (u.a. durch die Aufhebung des SA-Verbotes geschaffenen) Gefahren für die öffentliche Sicherheit nicht gewachsen sei (S. 207–209). Einem besonderen Grund für das Scheitern des Republikschutzes in Weimar widmet sich

der Autor in einem Abschnitt über die sich in der Weimarer Republik breitmachende Amnestiepraxis für politische Straftaten, ein Phänomen, das Gusy treffend als »negatives Staatschutzrecht« bezeichnet. So führte die erste größere Reichsamnestie (sog. »Kapp-Amnestie«) dazu, daß von den 775 am Kapp-Putsch beteiligten Offizieren kein einziger strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wurde (während die der bayerischen Landeskompetenz unterfallenden Teilnehmer der Münchner Räterepublik weiterhin in Haft blieben) (S. 227f.). Weitere Amnestien folgten, und schließlich wurden sogar die politischen Mörder amnestiert. Grund dafür war, daß die negativen Mehrheiten im Reichstag zumindest imstande waren, sich zusammenzufinden, um ihre Gesinnungsgenossen aus dem Gefängnis zu bringen. Dieser »politische Gefangenenaustausch« (Carl von Ossietzky) geschah dabei, wie Gusy bemerkt, zu Lasten eines Dritten, nämlich der Republik (S. 239). Den neuen Straftatbeständen oder Strafverschärfungen der Republikschutznormen korrespondierte fast regelmäßig eine Amnestie, die deren Wirkungen rückgängig machte. Die Urheber von Straftaten konnten sich spätestens seit 1928 darauf verlassen, daß ihre Parteigänger ihnen unabhängig von der Art der begangenen Straftaten Straffreiheit verschaffen würden. Die Amnestiegesetze wurden so zum Instrument der rechten und linken Opposition im Kampfe gegen die Republik (S. 241–243).

In seinem Kapitel über den Republikschutz durch die Exekutive stellt Gusy heraus, daß die Polizei, auch wenn ihre Führer innerlich oft in Distanz zur Republik standen, sich äußerlich loyal verhielt (S. 273). Die Wirksamkeit polizeilichen Handelns hing damit insbesondere von der jeweiligen politischen Führung ab, und dort gab es erhebliche Unterschiede. Während in Ländern, in denen die Weimarer Koalition die Regierung stellte, etwa in Preußen, Baden, Hessen und Hamburg, der Republikschutz ernst genommen wurde, wurde er in Ländern, an deren Regierungen die Deutschnationalen beteiligt waren, etwa Bremen, Württemberg und vor allem Bayern, kaum ernst genommen. Wo gar NSDAP oder KPD (beides in Thüringen) Einfluß auf die Regierung hatten, war eine aktive Gegnerschaft zur Republik zu verzeichnen (S. 248–250). Die Beamten im Reich nahmen nach Einschätzung des Autors die Republik insgesamt als geringeres Übel hin,

<sup>4</sup> Siehe zu den Verhandlungen über den »Preußenschlag« vor dem Staatsgerichtshof die jüngste, vor allem auf die Rechtstheorien Schmitts, Hellers und Kelsens Bezug nehmende Darstellung von David Dyzenhaus, Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons, in: American Political Science Review, Bd. 91 (1997), S. 121–134.

jedenfalls solange noch keine lohnendere Alternative in Sicht war (S. 306).

Recht differenziert beurteilt Gusy den Republikschutz durch die Justiz. Hier machte sich negativ bemerkbar, daß diese nach der Novemberrevolution personell und organisatorisch in Takt geblieben war und es auch danach keine gezielte Personalpolitik zur Gewinnung republikanischer Juristen gab. Dennoch sieht der Autor im Laufe der Zeit bei der Justiz eine stärkere Hinwendung zur WRV, partiell sogar eine Unterstützung der verfassungsmäßigen Ordnung (S. 324). Ange-sichts der von ihm selbst festgestellten Einschätzungen vor allem in der unterschiedlichen Beurteilung der Subversivität der KPD und der NSDAP (S. 358) ist dieses Urteil aber vielleicht etwas zu mild, auch wenn man erkennt, daß beim Ehrenschutz für republikanische Politiker und beim Verbot der Verunglimpfung republikanischer Symbole eine gewisse positive Tendenz zu verzeichnen war. Insgesamt kann man aber eher Gusys Gesamtresümee über die Justiz unterstreichen: Gegenüber kommunistischen Angriffen war sie rechtwirkungsvoll, während sie die Republik gegen Angriffe von rechts partiell ungeschützt ließ (S. 361 f.).

In seinem Schlußkapitel stellt der Autor heraus, daß mit dem Schwächerwerden der republikanischen Parteien auch der Republikschutz abnahm. Zwar habe die WRV ein umfassendes Instrumentarium zum Schutze der Republik besessen, es habe aber ein erhebliches Vollzugsdefizit bestanden. Die WRV sei damit nicht zugrunde gegangen, weil ihre Abwehrmechanismen unzureichend, sondern weil ihre Gegner zu stark waren (S. 369 f.).

Christoph Gusy hat mit seiner umfassenden Studie des Verfassungsschutzinstrumentariums und der praktischen Wahrnehmung des Republikschutzes einen wertvollen Beitrag zur Rechtsgeschichte der Weimarer Republik geliefert. Die Materie ist äußerst gründlich aufgearbeitet, u. a. auch daran ersichtlich, daß die parlamentarischen Beratungen jeweils einbezogen und die einzelnen Regelungen detailliert in ihren manchmal recht komplizierten Zusammenhängen dargestellt sind. Der bewußt rechtshistorisch beschränkte Untersuchungsansatz ist aber etwas unbefriedigend, da Gusy sich scheut, irgendwelche Schlußfolgerungen aus seinen Erkenntnissen zu ziehen, die für die Gegenwart von Gültigkeit sein könnten (siehe explizit S. 370). Sicherlich kann man vom Autor nicht erwarten,

dass er aus der geschichtlichen Betrachtung der Weimarer Republik eine umfassende Konzeption für den Republikschutz in einer stabileren liberalen Demokratie entwirft.<sup>5</sup> Dennoch wären einige Andeutungen in dieser Hinsicht wünschenswert gewesen, so etwa hinsichtlich der Frage, in welchem Maße es überhaupt Sinn macht, die demokratische Republik mit repressiven Mitteln zu schützen, besonders, wenn dabei nicht nur Gewalttätigkeit, sondern auch politische Meinungsäußerungen unterdrückt werden. Wann steht Republikschutz wegen der dabei angewandten Mittel seiner eigenen Intention im Wege? Aber auch die Frage, wie lange und unter welchen Voraussetzungen eine Republik mit repressiven Mitteln zu schützen ist, gehört in diesen Zusammenhang. Auch wenn sich Gusy auf den rechtshistorischen Aspekt zurückzieht, hätte man doch ein Wort darüber erhofft, ob die Weimarer Republik bei etwas mehr Einsatz des Republikschutzinstrumentariums zu einem früheren Zeitpunkt eine größere Überlebenschance gehabt hätte. Wenngleich der Autor überzeugend mit der Stereotype aufräumt, daß die Weimarer Republik wehrlos gewesen sei, so wird daraus noch nicht ersichtlich, was dies im Hinblick auf die so häufig propagierte »Wehrhaftigkeit« der Demokratie nach dem GG zu besagen hat. Wer vorher Weimar zur Legitimation des Instrumentariums der »streitbaren Demokratie« benutzte, kann nach dieser Studie zwar nicht mehr die These von der Wehrlosigkeit der ersten deutschen Demokratie bemühen, dafür aber nun fordern, daß in der zweiten Republik das Republikschutzinstrumentarium konsequenter als früher angewandt werden sollte. Für die eigentliche demokratietheoretische Frage, inwieweit solch repressiver »Republikschutz« zulässig und vernünftig ist, ist damit nicht viel gewonnen. Allerdings ist es dennoch für die Beantwortung dieser aktuellen Frage hilfreich, daß der Autor uns die Facetten eines umfangreichen, aber dennoch wirkungslosen Republikschutzinstrumentariums in der Vergangenheit klar vor Augen geführt hat.

*Manfred H. Wiegandt*

<sup>5</sup> Ein Versuch zu einer gegenwartsorientierten Konzeption des Republikschutzes wird z. B. unternommen von Claus Leggewie/Horst Meier, Republikschutz. Maßstäbe für die Verteidigung der Demokratie, Reinbek bei Hamburg 1995. Siehe dazu meine Rezension in: RuP 1996, S. 232–234.

Nürnberger Menschenrechtszentrum (Hrsg.), *Von Nürnberg nach Den Haag. Menschenrechtsverbrechen vor Gericht. Zur Aktualität des Nürnberger Prozesses, Hamburg (Europäische Verlagsanstalt) 1996, 248 S., DM 48,-*

In seiner vor 200 Jahren erschienenen Schrift »Zum ewigen Frieden« macht Immanuel Kant eine Beobachtung, die bis heute gültig geblieben ist. Es ist verwunderlich, meint Kant, daß »bei der Bösartigkeit der menschlichen Natur« »das Wort Recht aus der Kriegspolitik nicht... ganz hat verwiesen werden können«.<sup>1</sup> Die Feststellung, daß die Menschenrechte in den Beziehungen der Staaten nur ein geringes Gewicht haben, stammt nicht von einem Gegner der universellen Geltung völkerrechtlicher Normen, sondern von einem ihrer größten Theoretiker. Die Differenz zwischen dem Völkerstrafrecht und seiner juristischen Durchsetzung ist das Kernproblem, das den Beiträgen des – von Rainer Huhle strukturierten – Sammelbandes zu den Folgewirkungen des Nürnberger Prozesses zugrundeliegt.

Das Buch ist höchst aktuell. Fünfzig Jahre nach dem Nürnberger Prozeß, der das Völkerstrafrecht gegen Staatsverbrecher des NS-Regimes tatsächlich durchsetzte (wenngleich die späteren Entscheidungen in den Nürnberger Nachfolgeprozessen gegen die Funktionselite des Dritten Reiches keinen Bestand behielten), wurden wieder internationale Strafgerichtshöfe zur Ahndung der Massenverbrechen im Jugoslawien-Konflikt und in Ruanda eingesetzt.

Die Beiträge kreisen um die Frage der Verfolgung von innen- und außenpolitischen Verbrechen des Staatsapparats, insbesondere in Mittel- und Südamerika, in Afrika und auf dem Balkan in den letzten Jahrzehnten. Der Band bietet eine informative historisch-juristische Bestandsaufnahme, auch wenn der Untertitel – »Menschenrechtsverbrechen« – einigermaßen ungenau ist: Das Subjekt der Verbrechen sind ja nicht die Menschenrechte, sie werden verletzt.

Die Autoren sind durch ihre Arbeiten und ihre juristisch-politische Aktivität ausgewiesen. Genannt seien nur Christian Tomuschat, Völkerrechtler an der Berliner Humboldt-Universität, Mitglied der UN-Völkerrechtskommission, Reinhard Merkel, Strafrechtler

und Völkerrechtstheoretiker, Fabiola Letellier del Solar, Rechtsanwältin in Santiago de Chile, Richard Goldstone, Leiter der Anklagebehörde des internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien, und Whitney Harris, Mitarbeiter im Stab des US-Hauptanklägers in Nürnberg.

Die Entstehung und die Probleme des ersten internationalen Strafgerichts der Geschichte, des Verfahrens gegen die Hauptkriegsverbrecher des Dritten Reiches, werden von Merkel in ihren normativen Grundlagen und Verfahrensformen differenziert dargestellt. Der Autor steuert zwischen einer negatorischen Kritik und einer unreflektierten Überhöhung des Prozesses hindurch. Die Intention von Nürnberg, zentrale Handlungen des Staates – Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit – anders als nach dem ersten Weltkrieg durch völkerrechtliche Jurisdiktion zu sanktionieren, tritt nachvollziehbar in den Blick. Daran können einzelne Einwände gegen den Nürnberger Prozeß, die dessen z. T. fehlende rechtsstaatliche Folgerichtigkeit – etwa im Blick auf die Zusammensetzung des Gerichtshofs – betreffen, nichts ändern.

Zu wenig beleuchtet werden die historischen Entstehungsgründe für das Nürnberger Tribunal. Sie reichen in den Herbst 1943 zurück. Die Vertreter der USA, Großbritanniens und der Sowjetunion reagierten auf der Konferenz von Moskau auf die, wie es hieß, »ungeheuren Verbrechen auf dem Gebiet der Sowjetunion«.<sup>2</sup> Die Großmächte trafen die Feststellung, daß diese Verbrechen – die Einsatzgruppen der NS-Regierung hatten hauptsächlich in der UdSSR über eine Million Juden getötet – geahndet werden müssen. Auf den Mordfeldern der Militär- und Vernichtungsmaschine des NS-Regimes ist der Gedanke eines Strafgerichts über Verbrechen gegen die Menschlichkeit geboren worden.

Mit dem Nürnberger Verfahren war der Anstoß für eine allgemeine völkerrechtliche Kodifizierung der im Londoner Statut vom 8. August 1945 niedergelegten Grundsätze gegeben. 1946 macht sich die Vollversammlung der UNO diese Grundsätze zu eigen, 1948 folgt die UNO-Konvention gegen Völkermord. 1950 konkretisiert die Völker-

<sup>1</sup> Kant, Zum ewigen Frieden (1795), in: ders., Werke Bd. XI, Frankfurt/M. 1964, S. 210

<sup>2</sup> Viernichtekonferenz in Moskau, 1. November 1943, Erklärung über Grausamkeiten, in: Konferenzen und Verträge, Vertragsplatz, 4 Bd., 1914–1919, bearb. von H. K. G. Ronnefarth/H. Euler, Würzburg 1959, S. 217.

rechtskommission der UNO die Nürnberger Prinzipien, insbesondere die völkerrechtliche Verantwortung, unabhängig von den Festlegungen einer nationalen Rechtsordnung; zugleich ist ein Exkulpationsausschluß für ein Handeln staatlicher Amtsträger vorgesehen. Seit 1994 liegt der Vollversammlung ein Statut für einen Internationalen Strafgerichtshof vor. Dies ist verbunden mit einem von der Völkerrechtskommission der UNO 1991 ausgearbeiteten Entwurf eines Völkerstrafrechts.

So klar die objektive Rechtslage ist, so unübersehbar sind die restriktiven Bedingungen für die Konstituierung einer sanktionsfähigen Justiz der Vereinten Nationen. Wenn man den Band gegen den Strich seiner starken Postulate liest, ergibt sich folgendes Bild.

Die Errichtung internationaler Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda bedeuten nicht einfach, daß sich ein neues völkerrechtliches Prinzip durchgesetzt hätte. Tomuschat spricht, obgleich er die internationale Gerichtsbarkeit unterstützt, vom »Geruch einer Sonderjustiz für bestimmte Parias der internationalen Gemeinschaft«, »während sich auf der anderen Seite die ständigen Mitglieder des Sicherheitsrats (der ja jene Strafgerichtshöfe eingerichtet hat) von jedem Obligo dispensieren können«.

Statt völkerrechtlicher oder innerstaatlicher Mechanismen justizieller Ahndung von Menschenrechtsverletzungen hat sich in Lateinamerika, aber auch in Südafrika – neben den Selbstamnestien der Machtträger – ein gerichtsfreies System gesellschaftlicher Wahrheitskommissionen mit höchst unterschiedlichen Funktionen herausgebildet. Sie reichen von der schmerzenden Selbstaufklärung der einstigen Täter bis zur zudeckenden Schnellamnestie wie in den meisten Ländern Süd- und Mittelamerikas, die die Hypothek der terroristischen Diktatur im Schweigen begraben. Allerdings erscheint die einfache Verwerfung der Wahrheitskommission, weil sie ein schlechter Ersatz für eine gerichtliche Ahndung von Staatsverbrechen sei – dies klingt in dem ansonsten sehr informativen Beitrag von Ruth Weiss an –, doch problematisch. Denn in Südafrika hat die »Kommission zur Untersuchung von öffentlicher Gewalt und Einschüchterung« auch ohne justizielle Sanktion immerhin die Qualität eines gesellschaftlichen Selbstaufklärungsprozesses über die Zerstörung der Menschenrechte in einem rassistischen Gewaltregime. Dies be-

ruht auch auf der Repräsentanz exponierter Gegner des Systems der Apartheid in jener Kommission.

Eine kritische Aufarbeitung des staatlichen Terrors wird in den von Dan Bar-On dargestellten Gesprächen mit Kindern von NS-Tätern intendiert. Während die Tochter eines Einsatzgruppenkommandeurs erfährt, daß ihr Vater für die von ihm verübten Verbrechen keine Verantwortung übernimmt, ja seine Taten sogar gegenüber seinen Kindern als Handeln zu ihrem Wohl rechtfertigte, stellt sie nach einer siebenjährigen Therapie fest, daß sie nun mit ihrem Vater sprechen und »für ihn auch Liebe« empfinden kann. Ob Kommunikation als solche – über ihren Inhalt erfährt man nichts – schon die selbstreflexive Aufarbeitung des von den Einsatzgruppen verübten Massenmords an den Juden einschließt, ist zweifelhaft. Wie aber die Liebe der Tochter zu ihrem Vater von dessen Mordtaten abgelöst werden kann, bleibt das Geheimnis dieser Therapie. In ihr ist die kommunikative Balance gegenüber dem Täter und die Wahrnehmung der Opfer schwerlich auf einen Nenner zu bringen.

Schließlich bleibt die innerstaatliche Ahndung der Kriminalität der Regierenden. Ein großes Exempel ist das über nahezu 20 Jahre von Fabiola Letelier del Solar durchgefochtenen Verfahren gegen die Mörder ihres Bruders, des chilenischen Außenministers Letelier, das trotz vieler Widerstände 1995 zur Verurteilung des Chefs des chilenischen Geheimdienstes, Manuel Contreras, führt. Die Brisanz dieser Entscheidung ergibt sich aus der Reaktion des Putschgenerals und langjährigen Diktatur-Präsidenten Augusto Pinochet. Er diffamiert den Obersten Gerichtshof seines Landes als »fabriziertes Ad-Hoc-Tribunal... durchtränkt von heftiger Politisierung«.

Schwer verständlich ist, daß sich in dem Band kein Blick auf Westeuropa, vor allem aber auf unser Land richtet, in dem sich vielfältige Mechanismen der Sanktionsabwehr gegenüber den Großverbrechen des Dritten Reiches – von »Streichelstrafen für Mörder Nazis« (Bloch) bis zur Quasi-Amnestie der Schreibtischträger des Reichssicherheitshauptamts<sup>3</sup> – ausgebildet haben. Die Auseinandersetzung um die Ahndung der SED-Kriminalität bleibt ebenfalls unerwähnt.

<sup>3</sup> U. Herbert, Best. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft, Bonn 1996, S. 495 ff.

Das Buch legt ein skeptisches Resümee nahe:  
Unter den gegenwärtigen Bedingungen der  
Weltpolitik ist nur der Weg einer mühsam  
durchzufechtenden, punktuellen Sanktione-

rung bzw. Aufhellung von Staatsverbrechen  
offen.

*Joachim Perels*

Verena Wodtke-Werner (Hrsg.)

## Alles nochmal durchleben

### Das Recht und die (sexuelle) Gewalt gegen Kinder

Kinder, die mißhandelt wurden oder sexueller Gewalt ausgesetzt waren, leiden durch das Ermittlungsverfahren und vor Gericht häufig erneut. Nicht nur durch die Unkenntnis im Umgang mit kindlichen Zeugen, sondern oft auch durch die Kooperationsunfähigkeit der damit befaßten Fachgruppen werden Kinder wiederum zu Opfern.

Das Buch bietet Grundlagenwissen zu Mißbrauch und Mißhandlung, thematisiert die Ursachen dieser Delikte und befaßt sich mit den unterschiedlichen psychischen Folgen von sexueller Gewalt gegen Kinder. Den Schwerpunkt bilden Informationen über effektiven Opferschutz kindlicher Zeugen im polizeilichen Ermittlungsverfahren sowie in der Vorbereitung auf das Strafverfahren und im Strafprozeß selbst. Aus der Dokumentation der tatsächlichen Prozesse wird besonders deutlich, was sich verändern muß: verstärkte Kooperation der Fachkreise, Ausbildung und Weiterbildung über den Umgang mit kindlichen Zeugen bei Polizei und Justiz, der Abbau typischer sexistischer Rollenvorstellungen und die laufende kritische Beobachtung der Gesetzesgrundlagen.

Für Fachleute aus Beratungsstellen, Jugendämtern, Polizei, Justiz und Kinderheilkunde werden in verständlicher Form wichtige Informationen zum Ermittlungs- und Strafverfahren bei sexueller Gewalt gegen Kinder gegeben.

1997, 137 S., brosch., 36,- DM, 263,- öS, 33,50 sFr,  
ISBN 3-7890-4659-0



NOMOS Verlagsgesellschaft  
76520 Baden-Baden