

# Rezensionen

Christian Joerges/Josef Falke (Hrsg.), *Karl Polanyi. Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford/Portland, Oregon (Hart Publishing [International Studies in the Theory of Private Law volume 9]) 2011, 523 S., € 80,99

Der 1964 verstorbene Wirtschaftshistoriker und Anthropologe *Karl Polanyi* erlebt seit einiger Zeit eine bemerkenswerte Renaissance. Sowohl in der politischen Ökonomie als auch in der Wirtschafts- und Marktsoziologie bilden die von Polanyi hervorgebrachten Erkenntnisse die Basis zahlreicher Forschungsarbeiten. Der Trend zur Wiederentdeckung von Polanyi hat sich durch die Finanzkrise noch verstärkt. Als locus classicus gilt Polanyis 1944 erschienene Monographie *The Great Transformation*, die am Beispiel Englands die Entstehung der modernen Marktgesellschaft analysiert und die von Adam Smith konstatierte Disposition der Menschen zum Markttausch auf schärfste kritisiert. Anders als Smith annahm, liegt die Neigung zum Markttausch aus Polanyis Sicht keineswegs in der Natur der Menschen, sondern musste diesen politisch erst aufgezwungen werden. Die auf dem Primat des Marktes basierende und dem englischen Manchesterkapitalismus zugrunde liegende Wirtschaftsordnung stellt sich Polanyi zufolge als das historisch beispiellose Resultat einer politisch erzwungenen Transformation der wirtschaftlichen Ordnung dar. Der bislang als Anhängelmarkt fremder Wirtschaftsprinzipien (Reziprozität und Redistribution) fungierende Marktmechanismus gewann mit der Etablierung eines freien Arbeitsmarktes in den 1830er Jahren zentrale Bedeutung für die Organisation wirtschaftlicher Prozesse und ließ die bislang vorherrschenden Prinzipien in den Hintergrund treten. Der Bedeutungsgewinn des Marktes gegenüber den Prinzipien der Reziprozität und Redistribution setzte die Menschen den Unwägbarkeiten von Preisschwankungen aus und bedrohte hierdurch die Grundlagen sozialer Ordnung. Als Reaktion auf die Zumutungen eines marktgesteuerten Wirtschaftssystems entstand Polanyi zufolge eine Gegenbewegung, die auf eine *Wiedereinbettung* des Marktes hinwirkte.

Die Bremer Rechtswissenschaftler Christian Joerges und Josef Falke haben sich bei der Arbeit an ihrem Projekt zur Handelsliberalisierung und Sozialregulierung in transnationalen Konstellationen von Polanyi inspirieren lassen und eine Tagungsreihe organisiert, die Polanyis Konzept der (Wieder-)Einbettung von Märkten zur Klärung der Frage nach der rechtlichen Regulierbarkeit transnationaler Märkte herangezogen hat. In dem von ihnen herausgegebenen Sammelband *Karl Polanyi. Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets* kann man die Ergebnisse dieser Auseinandersetzungen nun nachlesen. Betrachtet man die Entstehung transnationaler Märkte analog zu dem von Polanyi untersuchten Fall, stellt sich auch hier die Frage nach den Formen der Wiedereinbettung der Märkte. Auf den Gegenstandsbereich des transnationalen Rechts angewendet, lautet die Frage, inwieweit dieses dazu geeignet ist, die transnationalen Märkte in ein soziales Regelwerk einzubetten und sie dadurch gesellschaftlich unschädlich zu machen. Der Band ist in insgesamt vier Teile unterteilt, wobei Alexander Ebner, Regina Kreide, Sabine Freichs und Poul Kjaer im ersten Teil Polanyis Ansatz aus unterschiedlichen Perspektiven beleuchten und dessen Implikationen für die Analyse transnationalen Rechts herausarbeiten. Im zweiten, mit den Quellen marktbergrenzenden Rechts befassten Teil des Bandes untersucht Martin Herberg anhand der von Toxikologen entwickelten Standards zur Kontrolle von Chemikalien die Rolle von Professionen als Produzenten transnationalen Rechts. Olaf Dilling wendet sich der (ebenfalls von Polanyi problematisierten) Frage der Kommodifizierung von Natur zu und zeigt am Beispiel der Bewirtschaftung von Allmen den zerstörerischen Wirkung von Kommodifizierungsprozessen sowie die immense Bedeutung von Reziprozitätsnormen für die nachhaltige Bewirtschaftung des Gemeineigentums auf. Der dritte Teil des Buches umfasst eine Reihe von Fallstudien zur transnationalen Finanzmarktregulierung (Sol Picciotto und Peer Zumbansen), zur Regulierung grenzüberschreitender Dienstleistungen (Jean-Christoph Graz, Markus Krajewski, Olga Batura) sowie zur Schaffung transnatio-

naler arbeitsrechtlicher Standards (Josef Falke, Claire Methven O'Brien, Marc Amstutz). Der abschließende vierte Teil des Buches kommt zur Ausgangsfrage nach der rechtlichen Wiedereinbettung transnationaler Märkte zurück (Karl-Heinz Ladeur, Moritz Renner, Lars Vellechner, Christian Joerges). In ihrer Summe vermitteln die hier versammelten Beiträge ein vielschichtiges Bild der im transnationalen Kontext entstehenden Fülle der auf verschiedenen Ebenen angesiedelten, teilweise miteinander verflochtenen, von einer nahezu unüberschaubaren Anzahl von privaten und öffentlichen Akteuren hervorgebracht und sich zu einem komplexen Regelgeflecht verdichtenden informellen und formellen rechtlichen Regeln. Der Band bietet einen guten Einblick in die aktuelle Forschung zu den neueren Entwicklungen des transnationalen Rechts und eignet sich gut als Überblick über die aktuelle Forschung auf diesem Gebiet. Er veranschaulicht zudem, wie gewinnbringend die Zusammenarbeit von Rechts- und Sozialwissenschaftlern sein kann, und lässt sich daher auch als Anregung für weitere Kooperationen dieser Art betrachten. Hinsichtlich der Leitfrage nach den Möglichkeiten der rechtlichen Wiedereinbettung transnationaler Märkte bildet die von Ebner in seinem Beitrag aufgerufene Unterscheidung zwischen kommodifizierenden und dekommodifizierenden Regeln (hier in Form marktfördernder und markthemmender Einbettung) einen Bezugspunkt für die vor allem im dritten Teil des Bandes präsentierten empirischen Analysen. Während die marktfördernde Einbettung das Marktgeschehen erst ermöglicht und sich hierdurch kommodifizierend auswirkt, greifen die markthemmenden Regeln in das Marktgeschehen ein und unterwerfen dieses einer marktfremden Logik (28-30). Gegenüber der pauschalen Einbettungsrhetorik, wie sie für manch andere an Polanyi orientierten Analysen kennzeichnend ist, gewinnt der Einbettungsbegriff durch diese Unterscheidung an Schärfe. Problematisch erscheint dabei allerdings, dass sich die jeweiligen Bestandteile des transnationalen Rechts nicht immer eindeutig zu einer der beiden Kategorien zuordnen lassen. Wie unter anderem die Beiträge von Claire Methven O'Brien, Marc Amstutz und Moritz Renner verdeutlichen, erweist sich die Unterscheidung zwischen den beiden Einbettungstypen als eine Quelle von Ambivalenzen und Paradoxien, die den Leser für die Widersprüchlichkeit der rechtlichen Regulierung transnationaler Märkte sensibilisieren. So kommt Claire Methven O'Brien in ihrer Analyse der Tätigkeit des UN-Sonderbeauftrag-

ten für Unternehmen und Menschenrechte zu der Einschätzung, dass die in diesem Kontext entwickelten UN-Richtlinien zwar als organisierte Kritik an der Kommodifizierung der transnationalen Konstellation betrachtet werden können (350-351). Insofern die Richtlinien jedoch keine wirksamen Maßnahmen zur Wiedereinbettung beinhalten, lässt sich mindestens ebenso gut argumentieren, dass das in diesem Bereich entstandene *soft law* die Kommodifizierung der postnationalen Konstellation eher fördert als ihr entgegenzuwirken (355).

Marc Amstutz unterzieht in seinem Beitrag die Bemühungen der EU-Kommission zur Förderung von Corporate Social Responsibility (CSR) einer systemtheoretischen Betrachtung und kommt zunächst zu einem optimistischeren Resultat hinsichtlich des Dekommodifizierungspotentials transnationalen Rechts. Aus Amstutzes systemtheoretischer Perspektive ermöglicht die von der EU-Kommission ins Leben gerufene *European Alliance for Corporate Social Responsibility* die Interpenetration des Europarechts mit der Weltgesellschaft. Über diesen Kanal stellt das europäische CSR-Recht der Weltgesellschaft kognitive Ressourcen bereit, welche diese zur Erzeugung eines globalen Rechtssystems verwenden kann. Den als Eigenstrukturen der Weltgesellschaft fungierenden Multinationalen Unternehmen wird hierdurch ermöglicht, sich im Einklang mit den Erwartungen der Systeme zu bewegen, in denen sie operieren. Auch wenn sich Amstutzes Beitrag zunächst im Sinne eines vorhandenen Potentials zur Einbettung transnationaler Märkte liest, räumt auch dieser am Ende ein, „that there is no guarantee that the insights multinationals gain into their own nature and that of their environment through those resources will not be put to more cynical use for better exploiting their social surroundings under a veneer of social responsiveness“ (393). Auch hier ist also letztlich ungeklärt, zu welcher der beiden Kategorien sozialer Einbettung die betreffenden Regeln gehören.

Noch stärkere Betonung finden die aus der Unterscheidung zwischen marktfördernder und markthemmender Einbettung hervorgehenden Paradoxien in Moritz Renners Beitrag zur Dialektik des transnationalen Konstitutionalismus. Am Beispiel internationaler Investitionsschutzabkommen verdeutlicht Renner die ambivalente Rolle des Rechts innerhalb der Doppelbewegung von Ent- und (Wieder-)Einbettung. Zunächst scheint sich die transnationale Wirtschaftsverfassung im Bereich von Investitionsschutzabkommen eher im Sinne einer *Entbettung* auszuwirken

(426-429). Wie Renner anhand ausgewählter Fälle verdeutlicht, trägt die Tätigkeit des *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* dazu bei, die Beziehungen zwischen Nationalstaaten und Investoren dem Zugriff der Nationalstaaten zu entziehen und sie hierdurch der Logik transnationaler Märkte auszusetzen. Wie jedoch die in einigen jüngeren Schiedssprüchen zum Ausdruck kommende Bereitschaft des ICSID zur Einbeziehung von NGOs zeigt, birgt auch das transnationale Investitionsrecht ein Dekommodifizierungspotential, das seine Zuordnung zu einem der beiden Einbettungstypen erschwert (430-431).

Die Rolle, die das Recht im Zusammenhang mit der Entbettung und (Wieder-)Einbettung transnationaler Märkte spielt, bleibt somit letztlich ambivalent. Für die weitere Analyse wären daher eine weitere Auffächerung des Einbettungsbegriffs sowie eine Präzisierung der Kriterien, nach denen bestimmte Rechtsnormen einem bestimmten Einbettungstypus zugeordnet werden, in Erwägung zu ziehen. Letztere hätte sich mit dem Problem auseinanderzusetzen, dass gerade unter Kennern der Materie in vielen Fällen umstritten ist, welche Regeln der Markt für sein optimales Funktionieren benötigt und welche Regeln seine Funktionsweise beeinträchtigen. Berücksichtigt man die von Robert K. Merton prominent formulierte Einsicht, dass von ein und derselben Regel gleichzeitig verschiedene Wirkungen ausgehen können, ist auch die Existenz sich wechselseitig widersprechender Wirkungen in Betracht zu ziehen. Zudem sollte der Frage nachgegangen werden, inwieweit vermeintlich markthemmende Regeln durch die Verhinderung größerer gesellschaftlicher Kollateralschäden letztlich auch mit zur Stabilisierung von Märkten beitragen und in diesem Sinne kommodifizierend wirken.

Eine weitere Frage, die der Band offen lässt, bezieht sich auf die empirischen Auswirkungen des transnationalen Rechts, also die Ebene des „lebenden Rechts“. Hier wäre insbesondere nach der Implementierung auf der lokalen Ebene und deren Rückwirkungen auf die transnationale Ebene zu fragen. Hierzu könnte die world polity-Theory von John W. Meyer einen theoretischen Anknüpfungspunkt bieten.

*Philipp Klages*

*Björn Elberling, The Defendant in International Criminal Proceedings: Between Law and Historiography. Studies in International & Comparative Criminal Law, Oxford/Portland (Hart Publishing) 2012, 249 S., £ 65.00*

Wenn bloß Hannah Arendt das heute sehen könnte! Schon 1961, als die Philosophin den Gerichtsprozess gegen Adolf Eichmann beobachtete, den rasend ehrgeizigen Cheflogistiker des Holocaust, der sich vor den Kameras der Welt zum willenlosen bürokratischen Jedermann stilisierte, war sie empört über den theatralischen Charakter, den die israelischen Juristen der ganzen Veranstaltung gaben. Der Angeklagte: vorgeführt, im Glaskasten, tatsächlich in einem Theatersaal, und jeden Tag für eine Stunde im israelischen Rundfunk. Die nüchtern-juristische Beweisführung, so meinte zumindest Arendt, fand nur am Rande statt. Wenn heute in Den Haag, am Internationalen Strafgerichtshof oder an einem der Handvoll Tribunale dort, ein mutmaßlicher Kriegsverbrecher vor seine Ankläger tritt, dann wird das Publikum sogar noch weitaus stärker einbezogen. Das gesamte Geschehen steckt wie ein Kammerspiel hinter raumhohem Panzerglas, Kameras filmen ohne Unterbrechung, die Tribunale selbst führen Regie und senden die geschnittenen Bilder live per Internet in alle Welt. Die Ankläger wenden sich nicht selten auch direkt mit bunten Powerpoint-Präsentationen an die Zuschauer – um noch besser verdeutlichen zu können, wie es wirklich gewesen sei, in dem Krieg, um dessen Deutung vor den Richtern gerungen wird.

Kriegsverbrecherprozesse eröffnen eine Bühne. Viele Angeklagte wissen, diese Bühne durchaus zu nutzen: Sie verlangen von ihren Verteidigern in Den Haag inzwischen, nicht nur juristisch, sondern auch propagandistisch dagegenzuhalten.

So ist eine neue Herausforderung für das Prozessrecht entstanden. Der Kieler Rechtsanwalt Björn Elberling, der zeitweise zum rund 30-köpfigen Verteidigerteam von Radovan Karadzic gehörte, hat ein Buch geschrieben, das einen nützlichen Ein- und Überblick gibt. Das Buch besteht aus zwei Teilen. Im ersten werden die prozessualen Rechte des Angeklagten in völkerstrafrechtlichen Prozessen dargestellt und zum besseren Verständnis u.a. mit dem deutschen Recht verglichen. Im zweiten Teil zeigt der Verfasser auf, wie die Tribunale die Öffentlichkeitswirkung des Angeklagten auch außerhalb des Gerichtssaals zu regulieren versuchen. In einem gewöhnlichen Diebstahlsprozess vor einem nationalen Gericht wird der Angeklagte eher

nicht versucht sein, eine Brandrede an das Volk zu richten oder ein Buch über das dem Prozess zugrundeliegende Geschehen zu publizieren; in Den Haag ist dies Alltag.

Allzu streng sind die gegenwärtigen Regeln nicht. Untersuchungshäftlinge im Haager Stadtteil Scheveningen, wo sich der Internationale Strafgerichtshof und das Jugoslawien-Tribunal eine Haftanstalt teilen, dürfen zwar keine Journalisten empfangen (S.169). Das Jugoslawien-Tribunal untersagt ihnen mitunter auch, bei Zeitungen in ihrer Heimat anzurufen – so im Fall der beiden serbischen Nationalisten Vojislav Seselj und Slobodan Milosevic, die 2003 aus ihrer Zelle heraus Parlamentsmandate errangen. Trotzdem müssen die Inhaftierten nicht ganz verstummen. Sie dürfen weiterhin Bücher schreiben oder sich vermittelt ihrer Anwälte zur Tagespolitik äußern (S.192). Praktisch werden sie nur gezwungen, ihren Platz in der sichtbaren „ersten Reihe“ der Politik aufzugeben, analysiert Björn Elberling. Als zum Beispiel der kongolesische Politiker Jean-Pierre Bemba im Jahr 2011 versuchte, aus seiner Zelle heraus für das Präsidentenamt in seiner Heimat zu kandidieren, da hätte er sich persönlich im Kongo einschreiben müssen. Der Internationale Strafgerichtshof verwehrte ihm dies und versperrte ihm so die Kandidatur. Das Gericht verbot dem Angeklagten aber nicht, andere Politiker in seiner Zelle zu empfangen und auf diese Weise weiter die Fäden zu ziehen – nur eben aus der zweiten Reihe.

Björn Elberlings Studie schöpft aus genauen Kenntnissen der Hintergründe nicht nur am Jugoslawientribunal, und der Autor versteht es, Präzision mit Anschaulichkeit zu verbinden. Der Praktiker macht am Ende auf ein grundsätzliches Problem aufmerksam: Die Völkerstrafgerichtsbarkeit, so warnt Elberling, könne ihre traditionellen strafprozessualen und haftrechtlichen Möglichkeiten allzu schnell dazu missbrauchen, Ziele zu verfolgen, die weit außerhalb der justiziablen Sphäre liegen.

Ronen Steinke

*Gine Elsner/Gerhard Stuby, Wehrmachtsmedizin & Militärjustiz, Sachverständige im Zweiten Weltkrieg: Beratende Ärzte und Gutachter für die Kriegsgerichte der Wehrmacht, Hamburg (VSA Verlag) 2012, 199 S., 16,80 €*

Die Medizinerin Gine Elsner und der Jurist Gerhard Stuby haben mit ihrer Publikation „Wehrmachtsmedizin und Militärjustiz“ ein bislang unbeleuchtetes Feld der Rechtsge-

schichte erhellt: medizinische Sachverständige, die in kriegsgerichtlichen Verfahren insbesondere gegen Selbstverstümmeler tätig wurden. Publikationen über NS-Militärgerichte sind zwar mittlerweile mannigfaltig, indes sind noch nicht alle Bereiche dieses komplexen Themas erforscht. So lagen bislang weder Arbeiten über medizinische Sachverständige als Organe von Kriegsgerichten vor noch über so genannte Selbstverstümmeler. In beiden Bereichen leisten die Autoren Pionierarbeit. Die detaillierte Arbeit zeigt einerseits besondere Mechanismen des NS-Unrechts auf, lenkt andererseits die Aufmerksamkeit auf menschliche Tragödien, die ansonsten bestenfalls als Fußnoten der Geschichte des Zweiten Weltkrieges wahrgenommen werden würden: Was muss sich abgespielt haben, bis ein Mensch bereit ist, seine Hemmung zu überwinden, sich selbst schwerwiegend zu verletzen? Diese Frage wird zwar nicht durch die dem Buch zugrunde liegenden kriegsgerichtlichen Akten beantwortet. Sie begleitet den Leser indes bei jedem der geschilderten Fälle – die nicht selten Menschen betreffen, die minderjährig waren, als man sie vor Gericht zerrte.

Daneben geht es in dem Buch auch um besonderes Kriegsstrafrecht, das von der NS-Justiz auf die der Selbstverletzung Verdächtigen angewandt wurde. Dies allein ist schon von besonderer Bewandnis. Zwar kannte das deutsche Wehrstrafrecht schon vor 1933 den Tatbestand der Selbstverstümmelung, der im Militärstrafgesetzbuch normiert war. Die Nationalsozialisten begannen indes schon Mitte der 1930er Jahre, diesen Tatbestand in geplante Gesetzesänderungen einzubeziehen. Dargestalt wurde er mit Kriegsbeginn durch ein Sonderstrafrecht ersetzt. Der Vorwurf wurde fortan als Wehrkraftersetzung gewertet, deren regelmäßige Rechtsfolge die Todesstrafe war. Nur in minderschweren Fällen durfte auf eine Freiheitsstrafe erkannt werden. Hinter dieser Aufmerksamkeit von Militärjuristen für derartige – eher ungewöhnliche – Fälle stand zum einen der Wille, in künftigen Kriegen mit Hilfe von Kriegsgerichten unbarmherzig durchgreifen zu können, zum anderen wurde Selbstverstümmelung nun als eine Art Fahnenflucht betrachtet, als „verächtlichste Art der Wehrdienstentziehung“ (Gesetzesdienst für die Wehrmachtgerichte, Sonderheft 1940, Bundesarchiv Berlin, R 3001/22290, Bl. 628 ff.).

Von entscheidender Bedeutung für die Strafverfahren wegen Selbstverstümmelung waren die behandelnden Ärzte an der Front oder im unmittelbar anschließenden Hinterland. Eine Verdachtsanzeige durch sie löste automatisch

das Ermittlungsverfahren aus. Elsner/Stuby betonen dabei den weiten Ermessensspielraum der Ärzte, die eine Meldung auch hätten unterlassen können. Das ärztliche Verhalten ist zumal deswegen moralisch fragwürdig, weil die meisten Verdachtsfälle zum Ende des Krieges gemeldet wurden und manche Verfahren noch wenige Wochen vor der Kapitulation durchgeführt wurden. Bekannt waren den Ärzten jedenfalls die drakonischen Folgen einer Meldung.

Nach Aufnahme von Ermittlungen wurden Fachärzte als Gerichtsmediziner mit der Begutachtung beauftragt. Ab Frühjahr 1939 hatte die Wehrmachtführung diese als „beratende Ärzte“ bezeichneten Militärorgane für den Kriegsfall geplant und ab September 1939 auch installiert. Waren sie in den ersten Kriegsjahren noch mit rein versorgenden Fragen der medizinischen Truppenbetreuung befasst, änderte sich dies im weiteren Verlauf. Am Ende des Krieges war das Augenmerk dann ausgesprochen stark auf Fälle von Selbstverletzungen gerichtet, diesem Ansinnen gar eigene Tagungen gewidmet. Augenscheinlich weiteten sich die Annahmen über Fälle von Selbstverstümmelung zu einer Hysterie aus.

Manch ärztlicher Gutachter bemühte sich sogar gleich als Vernehmer und versuchte, den Verdächtigen Geständnisse zu entlocken. Von den vorgesetzten Dienststellen waren diese Gutachter überdies gehalten, Eindrücke über die „Wehrfreudigkeit“ der zu Untersuchenden zu dokumentieren. Solche Einschätzungen machten in späteren Strafprozessen stets großen Eindruck auf die Strafzumessung. In fast jedem untersuchten Fall bestätigten die Gutachter außerdem die in der Anzeige genannten Verdachtsmomente.

In Erstaunen versetzen die Daten über die hernach durchgeführten kriegsgerichtlichen Strafverfahren. Nur in einem Teil der Fälle kam es auch zu Verurteilungen, während nahezu die Hälfte der Verfahren entweder eingestellt wurden oder in einen Freispruch mündeten. Dabei finden sich mehrere Fälle, in denen die beteiligten Ärzte den Angeklagten schwer belastet hatten. Fast immer waren die Beschuldigten Angehörige des Mannschafstandes, nur in einem Fall scheint es einen Rechtsanwalt als Verteidiger gegeben zu haben. Trotz der meist nur knappen Protokollierungen durch die Gerichte und der gebotenen Distanz, die man den Ausführungen in den Urteilen entgegenbringen muss, ist es den Autoren gelungen, anschaulich zu schildern, was für Schicksale sich auf der Anklagebank abgespielt haben. So wird der Fall eines gerade 18-jährigen Soldaten dargelegt, der sich in den

linken Arm geschossen hatte, worauf dieser amputiert wurde. Der Gutachter stellte fest, die Tat sei auf den „Eindruck der rauen Wirklichkeit an der Front“ zurückzuführen, die den Angeklagten mit dem „Gefühl ... trostloser Verlassenheit“ belastet habe. Das Gericht sah zwar von der Todesstrafe ab, sprach jedoch eine Zuchthausstrafe von zehn Jahren aus – was Einsperrung unter den widrigsten Bedingungen bedeutete.

Das Buch von Elsner und Stuby ist eine substantiierte und sorgfältige Ausarbeitung. Sie bietet dem Leser reichlich neue Erkenntnisse. Die Rolle von Ärzten in kriegsgerichtlichen Verfahren wurde – wenn überhaupt – bisher anders und falsch bewertet. In großer Masse waren sie nicht in der Lage oder willens, human in einem inhumanen System zu wirken, obwohl Möglichkeiten bestanden hätten. Die Tatsache, dass Kriegsrichter – die immerhin 30.000 bis 50.000 Todesurteile fällten – bereit waren, von den Voten der Ärzte abzuweichen, bis hin zum Freispruch, zeigt, wie bereitwillig Mediziner geneigt waren, Verdächtige dem Schafott zu übergeben. Das Werk zeigt neue Wege in der wissenschaftlichen Aufarbeitung der NS-Militärjustiz auf und regt bei folgenden Publikationen gewiss zu weiteren Nachforschungen an.

Peter Kalmbach

*Sushila Mesquita, Ban Marriage! Ambivalenzen der Normalisierung aus queer-feministischer Perspektive, Wien (Zaglossus) 2011, 302 S., 17,95 €*

Ausgehend von den Debatten rund um das (2007 in Kraft getretene) Schweizer Partnerschaftsgesetz widmet sich Sushila Mesquita in ihrem Buch „Ban Marriage!“ den Bedingungen und Effekten rechtlicher Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Paarbeziehungen. Sie zieht hierfür den Gesetzestext selbst, Materialien des Gesetzgebungsprozesses, juristische Kommentare, Medienmitteilungen und Plakatkampagnen heran. Methodisch greift sie dabei auf diskursanalytische Ansätze zurück, ohne aber rechtsdogmatische Perspektiven zu vernachlässigen.

Mesquita ist sehr transparent in dem, was sie schreibt und wie sie es schreibt. Sie beginnt das Buch mit einer kritischen Besprechung von Theorien zu Heteronormativität, Normativität und Normalisierung (Butler, Foucault, Link, Engel). Von dort führt sie die Leser\_innen in die praktischen Aushandlungsprozesse rund um das Partnerschaftsgesetz in der Schweiz und weiter zu der Frage, welche Annahmen und Effekte eine Öffnung der Ehe



für gleichgeschlechtliche Paare begleiten. Dabei geht sie wieder theoriegeleitet vor, greift auf Andrea Maihofers Kritik des Gleichheitsdiskurses und die Gerechtigkeitstheorie Nancy Frasers zurück. Und am Ende lässt der Text die Analyse rechtlicher Diskurse hinter sich, um nach Möglichkeiten und Prinzipien „queer-feministischer Familienformenpolitiken“ zu fragen. Das Hinausdenken über den Status Quo bedeutet dabei auch eine Kritik an Zugängen, die – in voraussetzendem Gehorsam gegenüber gängigen Denkmustern – auf einen isolierten Aspekt fokussieren und sich dadurch in ihrer Analysekraft von vornherein einschränken. Mesquita zeigt, dass erst die Einbeziehung verschiedener Ungleichheitsverhältnisse und Entwicklungstendenzen zu Erkenntnisgewinnen führt. Die gesellschaftliche Gesamtverfassung (Geschlechterverhältnisse, Verteilungsfragen, Migration, Pflege- und Arbeitsverhältnisse ...) läuft bei Mesquitas Analysen des Rechtsdiskurses immer mit.

In kritischer Auseinandersetzung insbesondere mit Judith Butler lehnt Mesquita einen eindimensionalen und ahistorischen Begriff von Heteronormativität ab (S. 36 ff.). Ihr ist im Gegenteil daran gelegen, Veränderungsprozesse und diskursive Verschiebungen in den Blick zu bekommen. Gleichgeschlechtliche Paare gelten nicht mehr schlichtweg als „abnormal“, sondern erfahren rechtliche Anerkennung durch Partnerschaftsgesetze. Mesquita zeigt, dass jedoch durch diese Form der Normalisierung eine spezifische „Homo-Norm“ sichtbar bzw. hervorgebracht werde, die „alte und neue Grenzen und Normen des Heteronormativitätsdiskurses zutage treten lässt“ (S. 152). So gehe die „Homo-Norm“ des Schweizer Partnerschaftsgesetzes von zwei gleichberechtigten Partner\_innen mit Aufenthaltstitel aus, die gemeinsam den Haushalt führen, keine Kinder haben und vollwerbstätig sind. Das Gesetz ignoriere, dass in vielen gleichgeschlechtlichen Partnerschaften Kinder leben, dass Machtgefälle nicht nur in heterosexuellen Beziehungen bestehen und dass eine ungleiche Verteilung von Erwerbstätigkeit nicht ausschließlich im Geschlechterunterschied wurzelt, sondern auch Folge von Krankheit, Ausbildungsstand und Pflegeverpflichtungen sein kann (S. 157 ff.). Dass es sich um Schweizer Recht handelt, macht die Analyse für Nicht-Schweizer\_innen nicht weniger lesenswert. Denn die grundsätzlichen Argumentationsmuster, die von verschiedenen Seiten in Stellung gebracht werden, und das charakteristische Spannungsverhältnis der eingetragenen Partnerschaft zur Ehe sind vergleichbar mit anderen

Staaten. Sondergesetze, mit denen gleichgeschlechtliche Partnerschaften geregelt werden, betreiben eine „hierarchisch differenzierte Integration“ (Antke Engel, zit. Mesquita, S. 154): Es wird zwar anerkannt, dass in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften ähnliche Fürsorgeleistungen erbracht werden wie in Ehen, aber gleichzeitig wird die „wesenhafte“ Verschiedenheit von der Ehe betont und diese als Norm aufgewertet und bestätigt. Als Maßstab für (Un-)Gleichheit dient dabei die gemeinsame Reproduktions(un-)fähigkeit der beiden Partner\_innen. Im Zusammenhang mit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare ändert sich dieser Gleichheitsmaßstab. Die Frage der Reproduktionsfähigkeit tritt in den Hintergrund (S. 188). Stattdessen, so Mesquitas Analyse, geben insbesondere der Liebesdiskurs („gleiche Rechte für gleiche Liebe“) bzw. der Leistungsdiskurs („gleiche Rechte für gleiche Leistung“) den nicht unproblematischen Rahmen der Rechtfertigung von Gleichheit ab (S. 193 ff.).

Mit der Öffnung der Ehe kommt es, anders als bei den Partnerschafts-Sondergesetzen, tatsächlich zur Anerkennung einer „grundlegenden Ähnlichkeit“ homo- und heterosexueller Partnerschaften (S. 181). Befürworter\_innen der „Homo-Ehe“ versprechen sich davon eine umfassende Anerkennung des lesbischswulen (Rechts-)Subjekts (S. 179). Doch Mesquita ist skeptisch. Sie geht bei ihren diesbezüglichen Überlegungen von der Anerkennungs- und Umverteilungsdimension von Gerechtigkeit bei Nancy Fraser aus. Aber wo Nancy Fraser unentschieden bleibt, ob der Öffnung der Ehe oder ihrer Entprivilegierung der Vorzug gegeben werden sollte (S. 207), bezieht Mesquita mit guten Gründen Stellung. Erstens, die Öffnung der Ehe bringe nicht für alle Schwulen und Lesben ein Mehr an Anerkennung, sondern nur für jene „good queers“, die in paarförmigen und eheähnlichen Beziehungen leben (S. 210 ff.). Denn die Ehe bleibe weiterhin als Norm bestehen. Zweitens, das Beispiel der Umsetzung der gleichgeschlechtlichen Ehe in Kanada zeige, dass ökonomisch benachteiligte Lesben und Schwule die wenigsten Vorteile aus dem Eingehen einer Ehe ziehen. Gleichzeitig sind sie in besonderem Maße vom allgemeinen Rückbau staatlicher Sozialleistungen betroffen, welcher mit der verstärkten Absicherungsfunktion privater Solidargemeinschaften einhergeht (S. 217). Mesquita gibt außerdem zu bedenken, dass die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften nicht nur verdächtig gut zu der allgemeinen Tendenz der Reprivatisierung sozialer Verantwortung passe, sondern auch im Kontext der „Verstärkung von Normali-

tätsgrenzen „nach außen“ (S. 222) zu betrachten sei: Die Nation konstruiere sich zunehmend über die Gegenüberstellung zwischen „westlicher Aufgeklärtheit“ und einem rückständigen (u.a. homophoben) und potentiell terroristischen „Anderen“ (S. 222 ff.).

Die von Mesquita analysierten Anerkennungs- und Umverteilungseffekte der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare laufen darauf hinaus, dass zwar die einen (nämlich – idealtypisch gedacht – weiße, ökonomisch abgesicherte, in paarförmiger Beziehung lebende, mit dem „richtigen“ Pass ausgestattete) Schwulen und Lesben in den Kreis der respektablen Bürger\_innen aufrücken, während Andere (migrantische, arme, nicht in paarförmiger Beziehung lebende) noch mehr vom Zentrum abfallen. Die Normalitätsgrenzen werden zwar etwas anders gezogen, das ausgeschlossene Andere existiert aber weiter. Aufgrund dessen hält Mesquita, wiewohl die „transformativen Aspekte der gleichgeschlechtlichen Ehe“ (S. 232) anerkennend, eine Öffnung der Ehe nicht für die richtige Antwort auf die Heteronormativität der Gesellschaft.

Sie stellt sich daher der Herausforderung, über alternative „queer-feministische Familienformenpolitiken“ und deren mögliche Fallstricke nachzudenken. Im Prinzip geht es darum, die Norm der Ehe bzw. eheähnlichen Paarförmigkeit hinter sich zu lassen und statt dessen auf die tatsächlichen Zwecke und Regelungsbedürfnisse eines zeitgemäßen Familienrechts zu fokussieren, das ohne Bezugnahme auf Identitätsmerkmale auskommt. Anstatt eine „Aufnahme in bestehende Strukturen“ hat dieser Ansatz die „Veränderung der Strukturen“ selbst zum Ziel (S. 241). Dass es sich dabei nicht um realitätsferne Überlegungen handelt, macht bereits die Besprechung der richtungsweisenden Vorschläge deutlich, die 2001 von der Law Commission of Canada in Hinblick auf eine Reformierung des Familienrechts formuliert wurden. Zentral war dabei der Gedanke, dass Rechte nicht mehr starr an eine (bestimmte) sexuelle Beziehung geknüpft werden sollten, sondern dass auf die unterschiedlichen Funktionen, die von unterschiedlichen (auch nicht-sexuellen, auch Nicht-Zwei-) Beziehungen erfüllt werden, abgestellt werden und dabei größtmögliche Wahlfreiheit gewährt werden sollte. (S. 243ff)

In einer abschließenden „Skizze im Sinne eines utopischen Ausblicks“ (S. 266) entwirft Mesquita dann probeweise die wesentlichen Säulen einer queer-feministischen Familienrechtsreform (S. 266ff). In deren Zentrum stehen die Entprivilegierung bzw. Abschaffung

der Ehe und an deren Stelle tretende flexible Eintragungsmodelle, wobei Pflegeverhältnisse (wie z.B. Sorge für Kinder) besondere Berücksichtigung finden sollten. Dabei betont Mesquita die Notwendigkeit, Anerkennungs- und Umverteilungsforderungen beständig zu verbinden.

Das Buch „Ban Marriage!“ schafft im Zuge seiner theoriegeleiteten Analyse rechtsförmiger Aushandlungsprozesse Verknüpfungen in mehrerlei Hinsicht: Mesquita stellt die Theorien gewissermaßen auf die Füße und trägt umgekehrt die Praxis hinein ins Feld theoretischer Reflexion, sodass die komplexen Implikationen scheinbar altbekannter Gesetzesbegründungen herausgemeißelt werden können. Darüber hinaus bringt sie Theorien der Gerechtigkeit in einen produktiven Dialog mit konkreten (Diskurs-)Analysen der Entwicklung, Perpetuierung und Verschiebung von Machtverhältnissen und einem Denken, das auch die ökonomische Dimension nicht zu kurz kommen lässt. Und obwohl die (heterosexuelle) Ehe vordergründig nicht das Thema ist, so wird doch implizit erstaunlich viel klar über die gegenwärtige Rolle dieses Rechtsinstituts, das gleichermaßen Anerkennungs- wie Verteilungsfragen berührt.

Ines Rössl

*Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Vierter Band: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945-1990, München (C. H. Beck) 2012, 720 S., geb., € 68,-*

I. Als Michael Stolleis, inzwischen emeritierter Professor für öffentliches Recht und Rechtsgeschichte an der Universität Frankfurt am Main, vor gut dreizehn Jahren seinen dritten Band der Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland vorlegte, der sich mit der Weimarer und der NS-Periode befasste,<sup>1</sup> war es noch durchaus ungewiss, ob es zu einem vierten Band kommen würde. Der Autor dieser in jeder Hinsicht beeindruckenden Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts hatte sich beim Verfassen des damaligen Bandes bis an die Grenzen seiner Gesundheit verausgabt. Am Ende war es wohl der Ruf vieler Interessierter, aber nicht zuletzt auch der Reiz für den Wissenschaftler selbst, mit seinen rechtsgeschichtlichen Forschungen bis an die Grenze der Gegenwart und damit der Geschichtsforschung selbst zu gehen (Nachwort, S. 699), die uns nun den Ab-

1 Siehe meine Rezension, KJ 2000, 651-660.

schluss dieses bemerkenswerten Stücks Lebenswerkes bescheren.

Von Lebenswerk zu sprechen hat wohl seine Berechtigung, wenn ein Autor sich über einen Zeitraum von 25 Jahren einem Vorhaben gewidmet hat, auch wenn man nicht verkennen sollte, dass Stolleis im Bereich der Rechtsgeschichte – und darüber hinaus – weit mehr zu Stande gebracht hat als *nur* seine Geschichte des öffentlichen Rechts. Dennoch kreist das Gros seiner Veröffentlichungen um das zentrale Thema seines verbändigen Werkes. Stolleis, der ursprünglich einmal gedacht hatte, er könnte sein vages, von Wieackers „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ inspiriertes Vorhaben innerhalb eines Jahres in einem einzigen Band erledigen (S. 677), geriet im Zuge seiner Forschung genauso auf „Abwege“ wie Hans-Ulrich Wehler, der ebenfalls geglaubt hatte, seine „Deutsche Gesellschaftsgeschichte“ in einem Band komprimieren zu können. Stolleis weist auf diese Parallelität selbst hin (S. 678), liefert damit unbewusst aber auch den angebrachten Bezugspunkt zur qualitativen wissenschaftlichen Einordnung seines Opus, denn seiner Geschichte des öffentlichen Rechts dürfte in etwa der gleiche Stellenwert zukommen wie Wehlers Fünf-Bänder in dessen Wissenschaftsbereich.

II. Es wäre zu aufwendig, im Rahmen einer Besprechung einen auch nur halbwegs erschöpfenden inhaltlichen Gesamtüberblick über das vom Autor trotz seiner extremen Weite abgegraste Feld zu vermitteln. Mit 700 Textseiten – hinzu kommen noch ein Personen- und ein exzellentes Sachregister – wurde der Umfang des Vorbandes noch um fast sechzig Prozent überschritten. Dies liegt zum Einen daran, dass der behandelte Zeitraum um Einiges größer war, aber auch daran, dass das zu verarbeitende Material in der jüngeren Vergangenheit ins Opulente angewachsen war, und das, obwohl die Materialsuche im Osten Deutschlands schwieriger und weniger ergiebig war als im Westen. Angesichts der Fülle des behandelten Materials soll diese Besprechung des Juristen auf einige Hauptthemen der Arbeit und eine Bewertung der Stellung des Autors zu seinem Gegenstand begrenzt werden.

Die Betrachtung des Verfassers beginnt da, wo der Dritte Band abschloss, bei der „Stunde Null“ des 8. Mai 1945 (S. 25), und endet mit der Wiedervereinigung im Jahre 1990, wobei diese von Stolleis selbst gesteckte Grenze mehr als nur ein paar Mal überschritten wird. Dies offenbart einerseits das anhaltende Interesse des Autors an der weiteren Entwicklung seines Gegenstandes, deutet aber auch auf eine Gefahr hin, die bei der Behandlung

von Zeitgeschichte, an der man selbst – jedenfalls für einen weiten Zeitabschnitt (Stolleis' Geburtsjahr ist 1941) – geistig aktiv teil genommen hat, dass man nämlich seine Meinung an möglichst vielen Stellen einfließen lassen möchte, und dieser Versuchung ist der Autor im Laufe seiner Untersuchung doch das eine oder andere Mal erlegen.

Mit dem Kriegsende ergibt sich für Stolleis gleich eine klare Trennung der Entwicklung des öffentlichen Rechts in West und Ost. Während der Westen sich als Nachfolgestaat des Deutschen Reiches empfindet und im Grunde keinen echten Personalwechsel im juristischen Wissenschaftsbetrieb vollzieht, andererseits aber auch zu seiner Vergangenheit steht, geriert sich der Osten als von dieser Vergangenheit losgelöst, sieht seine Identität in der eines besseren Deutschland, wechselt sein Wissenschaftspersonal nahezu vollständig aus, bereitet dabei der Wissenschaftsfreiheit aber auch ein Ende, indem er diese gänzlich dem Primat der Partei und der Ideologie des Marxismus/Leninismus unterstellt. Im Westen stand dabei während der Besatzungszeit zunächst die Entnazifizierung im Vordergrund, die aber nur wenige prominente NS-Professoren wie Huber, Höhn und Koellreutter behinderte, während Carl Schmitt sich ihr von vornherein verweigerte. Die meisten anderen heftig Belasteten wurden nach kurzer Karenzzeit wieder eingegliedert, ebenso die angesichts des SED-Drucks aus dem Osten fliehenden Professoren, wogegen Stolleis eine weit größere Zurückhaltung bei der Wiedergewinnung emigrierter, linksliberaler oder gar sozialistischer Kollegen konstatiert (S. 73). Ein Blick auf die juristischen Fakultäten der frühen Bundesrepublik offenbart dann für den Leser auch eine fast erschreckende Kontinuität mit dem Lehrkörper des NS-Staates bei Ende des Krieges. So galt etwa Göttingen nach Stolleis zeitweilig als „Fakultät ehemaliger Nationalsozialisten“, weswegen wohl auch viele Unbelastete diesen Ort bald wieder verließen (S. 54). München beherbergte mit Koellreutter (dieser allerdings unverzüglich emigriert), Heckel und Walz gleich drei überzeugte Nazis (S. 62) und wies 1960 keinen Öffentlichrechtler auf, der nicht Parteimitglied gewesen war (S. 64). Auch Würzburg war „unübersehbar NS-belastet“ (S. 72). Heidelberg hatte seine Weimarer demokratisch-liberale zugunsten einer bis in die Gegenwart reichenden klaren konservativen Ausrichtung verloren (S. 57). Ausschlaggebend dafür war der Einfluss Ernst Forsthoffs, den Stolleis durchaus, besonders aufgrund seines „singulären“ Lehrbuchs, als den wichtigsten Verwaltungsrechtler der frühen Nach-



kriegszeit anerkennt (S. 180). Allerdings exemplifiziert Forsthoff auch den sich keiner Schuld bewussten NS-Professor, der sich – ähnlich wie in noch größerem Maße sein Mentor Carl Schmitt – ungerecht behandelt fühlte. Wie uneinsichtig und seine NS-Verstrickung verdrängend Forsthoff war, der sich mit dem Regime später zugegebenermaßen entzweit hatte (siehe S. 178 f., insbes. Anm. 353), zeigt seine Äußerung in einem Brief an Schmitt, indem er seine Frustration über die Tatsache zum Ausdruck bringt, dass er nicht mit offenen Armen in die neu gegründete Staatsrechtslehrervereinigung aufgenommen wurde: „Die Bande der Kollegialität sind ja 1945 zerschnitten worden.“ (S. 82) Auf den Gedanken, dass diese Bande gegenüber jüdischstämmigen, liberalen und linken Kollegen vielleicht schon zwölf Jahre eher durchgetrennt worden sein könnten, kommt er dabei erst gar nicht.

Die führende öffentlich-rechtliche Zeitschrift in der Nachkriegszeit war das Archiv des öffentlichen Rechts, deren Herausgebern man keine NS-Nähe nachsagen konnte. Im Wesentlichen war dies ein offenes Organ der „Smendianer“, das auch den nach 1933 ausgrenzten Autoren ein Forum bot, aber relativ abweisend gegenüber „Schmittianern“ war, die schließlich 1962 mit „Der Staat“ ihr eigenes Publikationsorgan ins Leben riefen, eine Zeitschrift, die der Autor wegen ihrer manchmal „ätzenden“, auf das Vorbild Carl Schmitt rekurrierenden Zeitdiagnose, besonders durch seinen späteren Mitherausgeber und „rechten Flügelmann“, den Historiker Bernhard Willms, offensichtlich nicht sehr schätzt (S. 494). Überhaupt prägte die Dichotomie von Smendianern und Schmittianern nach Stolleis' Einschätzung die Staatsrechtslehre der frühen Bundesrepublik (S. 200). Während Smend und Schmitt in Weimar gemeinsame Gegner des Liberalismus waren, stand Smends Theorie und Person nunmehr aber für die neue demokratische Ordnung. Seine Schüler reinigten die Integrationslehre von ihren antidemokratischen Elementen (S. 200 f.). Dem „mit allen Wassern der Selbstrechtfertigung und intellektuellen Maskerade gewaschene[n]“ Schmitt (S. 204) dagegen – übrigens die am häufigsten erwähnte Person in Stolleis' Buch – war die Staatsgründung zuwider (S. 129). Das Bundesverfassungsgericht, besonders in seiner Erstbesetzung, in der sich keine Schmittianer befanden (S. 148), war für ihn ein „Hassobjekt“, wobei der einstige Positivismus-Feind sogar den Gesetzespositivismus bemühte, um gegen das Gericht und die Bundesrepublik insgesamt zu polemisieren (S. 244).

Die Installierung des Bundesverfassungsgerichts war neben der Verabschiedung des Grundgesetzes selbst das wohl dominierende öffentlich-rechtliche Ereignis der Nachkriegszeit. Dies rührte zum Teil daher, dass das Bundesverfassungsgericht anfangs fast ausschließlich mit NS-Gegnern besetzt war (S. 152) und damit einen Kontrast zu den Gerichten, ja zu fast allen Institutionen der frühen Bundesrepublik darstellte und deswegen ein hohes Ansehen genoss (S. 154 f.). Es wurde als der legitime Letztinterpret des Grundgesetzes akzeptiert (Schlink: „Verfassungsgerichtspositivismus“ (S. 145)), überstand die politischen Fehden mit der Adenauer-Regierung, z.B. im Streit um den EVG-Vertrag oder seinen eigenen Status als Verfassungsorgan, und wirkte in dieser Zeit modernisierend und liberalisierend durch Einarbeitung grundrechtlicher Gesellschaftsentwürfe in die ältere Rechtsordnung (S. 155). Als seine bedeutendsten Entscheidungen in den Gründerjahren wertet Stolleis das Lüth- und das Blinkfüer-Urteil, mit denen die individuelle Meinungsfreiheit gestärkt wurde (S. 167), die aber für den Autor auch den „Urknall“ der Expansion materieller Verfassungsgehalte“ darstellten (S. 226). Ohne das Bundesverfassungsgericht wäre die Aktivierung der Grundrechte, u. a. durch Anerkennung ihrer mittelbaren Drittwirkung oder durch die Umdeutung klassischer Abwehrrechte in institutionelle Garantien (S. 219 ff.), nicht erfolgt. Mit der Interpretation des Grundgesetzes als materiale Wertordnung formulierte das Gericht so etwas wie eine „Zivilreligion“ der Bundesrepublik (S. 242).

Entwickelte sich der westliche Teil Deutschlands im Rahmen des – allerdings aus Furcht vor einer Wiederholung Weimars bewusst antiplebisch und die Macht des Gesetzgebers limitierend konzipierten (S. 305 ff.) – Grundgesetzes weiter in Richtung eines echten demokratischen und vor allem rechtsstaatlichen Gemeinwesens, so erfuhren Rechtsstaat und Rechtswissenschaft im Osten ihr Ende. Aufgabe der juristischen Fakultäten dort wurde es, der Arbeiterklasse und der Partei treu ergebene Staatsfunktionäre auszubilden (S. 289). Mit der Babelsberger Konferenz vom 2./3. April 1958, einem „traumatische[n] Erlebnis der Rechtswissenschaft der DDR“, versetzte Ulbricht, unterstützt durch den Juristen Karl Polak, dem Verwaltungsrecht höchstpersönlich den Todesstoß und verordnete die absolute Unterordnung der Jurisprudenz unter das Diktat der Partei (S. 290 ff.). Von diesem Schlag sollte sich die Rechtswissenschaft der – der späteren Entstalinisierung

in anderen Ostblockstaaten stets trotzenden – DDR nicht erholen.

Die zweite Phase der Bundesrepublik begann für den Autor in den 60er Jahren mit der Studentenbewegung, die sich an der geräuschlosen Integration NS-belasteter Professoren und anderer Funktionsträger störte und schließlich in den Regierungswechsel zur sozial-liberalen Koalition mündete. Hatte man vorher (Hallstein-Doktrin) den kommunistischen Staat im Osten als illegitim ignoriert oder bekämpft, erkannte die neue, im Grundlagenvertrag kulminierende Ostpolitik die politischen Realitäten weitgehend an. Die Umsetzung des Wahlspruchs der Brandt-Regierung, „Mehr Demokratie wagen“, stieß jedoch auf breiten Widerstand in der konservativen Rechtswissenschaft. Viele derjenigen, die zuvor vor einer Juridifizierung der Politik gewarnt hatten, versuchten nun durch Anrufung des Bundesverfassungsgerichts gegen die politischen Entscheidungen (z.B. Grundlagenvertrag, Hochschul- und betriebliche Mitbestimmung, Abtreibung) juristisch zu Felde zu ziehen (S. 379). Mit den Einphasen-Modellen wurde eine im Endeffekt gescheiterte Reform der Juristenausbildung versucht, wobei einige Modelle, besonders aus Sicht konservativer Professoren, zu ideologisch erschienen (Bremen, Bielefeld), die bayerischen Modelle auf der anderen Seite nur mit Berufungen aus dem eigenen Land aufwarteten (S. 412 ff.), offensichtlich – so kann man unschwer folgern – in dem Bemühen, damit konservativ ausgerichtete Fakultäten zu garantieren. Die Staatsrechtslehrervereinigung, die nach dem Krieg fast alle NS-belasteten Hochschullehrer aufgenommen hatte, wehrte sich nun gegen die Aufnahme vermeintlich linker Professoren (S. 480), eine Feststellung, die Stolleis aber, auch wenn er die Namen der Betroffenen nennt, leider nicht näher konkretisiert.

Auf jeden Fall geriet auch im rechtswissenschaftlichen Bereich, in dem konservative Veröffentlichungen dominierten (z.B. das von prominenten Konservativen „mit großer Außenwirkung und Überzeugungskraft“ herausgegebene Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland von Isensee/Kirchhof mit einem „konservativen und nationalstaatlichen Grundton“ und wenigen „kritische[n] und unorthodoxe[n] Beiträgen“ (S. 532) oder der von „meist parteigebundenen Konservativen geschriebene“ Grundgesetz-Kommentar Maunz-Dürig-Herzog-Scholz (S. 543)), Einiges in Bewegung. Hinzu kam als Publikation etwa die Kritische Justiz, die zwar in die deutliche „Leerstelle links von der mittleren herrschenden Meinung“ trat, in

der aber ab 1972 kaum mehr staatsrechtliche Beiträge veröffentlicht wurden. Dennoch offenbarte sich hier ein „kritisches Generationsgefühl“ in einem Organ, „das außerhalb des Konsenses der universitären Wortführer agierte“ und in dem sich das diverse Gedankengut der Linken nach 1968 widerspiegelte (S. 383 f.).

In der DDR dagegen gab es Rechtswissenschaft nur im parteiförderlichen Sinne. Auf einer zweiten Babelsberger Konferenz im Jahre 1968 ließ Ulbricht keinen Zweifel an dem Herrschaftsanspruch der SED und der dienenden Rolle der Staatsrechtswissenschaft aufkommen (S. 551 f.). Nur äußerst Wenige wagten, zumindest in Nuancen abweichende Meinungen zu äußern, wie Karl Bönninger bezüglich der Konzeption des Verwaltungsrechts und subjektiver Bürgerrechte (S. 561 f.). Die Unis waren mit parteitreuen Professoren besetzt, von denen viele nach der Wiedervereinigung, wie Stolleis wohl nicht nur nebenbei bemerkt, sich als Berater der PDS oder der Linken wiederfanden (S. 584 ff.). Besondere Bedeutung hatte als akademische Institution die „Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft ‚Walter Ulbricht‘“. Nach dem Sturz Ulbrichts fielen sowohl das Adjektiv „deutsch“ wie der Name des entthronten Parteiführers fort (S. 590 f.). Diese von der SED geleitete Institution wurde von fast allen Staatsfunktionären frequentiert. Interessant ist der Blick auf die in der DDR verfassten Dissertationen und Habilitationsschriften – A- und B-Dissertationen genannt –, die oft im Kollektiv verfasst wurden und häufig entweder „hölzern technokratische“ oder kämpferische Titel trugen (S. 574).<sup>2</sup> Arbeiten an der in der Öffentlichkeit wenig bekannten Stasi-Hochschule in Potsdam wurden grundsätzlich geheim gehalten (S. 693), womit sich die von Stolleis allenfalls indirekt beantwortete Frage stellt, ob diese „Qualitätsarbeiten“ überhaupt irgendeine wissenschaftliche Qualität aufwiesen.

Die zweite und dritte Generation der Westdeutschen hatte die noch vorhandenen antideмократischen und antiparlamentarischen Vorbehalte ihrer Eltern abgelegt (S. 356).

2 Stolleis (S. 574 Anm. 438) zitiert stellvertretend „die Arbeit der Stasi-Offiziere“ Troncke und Weißleder von 1983 mit dem atemberaubenden Titel „Grundorientierungen für die politisch-operative Arbeit des MfS zur Aufdeckung, vorbeugenden Verhinderung und Bekämpfung der Versuche des Feindes zum Missbrauch der Kirchen für die Inspirierung und Organisation politischer Untergrundtätigkeit und die Schaffung einer antisozialistischen ‚inneren Opposition‘ in der DDR“.

Gleichzeitig war der nach dem Krieg verpönte Positivismus nicht mehr der große Buhmann. Die Akzeptanz des Verfassungsgerichts war groß, und mehr und mehr hinterließ die europäische Integration ihre Spuren. Das Europarecht gewann Konturen und wurde spätestens, als man anfangs, es im Staatsexamen zu prüfen, zum anerkannten Fach (S. 620). Zunehmend wurde der Staat nicht mehr als vorgegebene Wesentlichkeit angesehen, und es wurde vermehrt von Verfassungsrecht statt Staatsrecht gesprochen, obwohl Stolleis feststellt, dass der deutsche Hang zur Betonung des Staates immer noch nicht verblasst ist. Dennoch begannen auch Euroskeptiker, das Gebilde Europa – ein nicht herkömmlicher Staat ohne das typische ethnisch, kulturell, geschichtlich und sprachlich definierte Staatsvolk – zu akzeptieren (S. 624).

Was den Status Deutschlands angeht, gab die Wiedervereinigung im Prinzip denjenigen Konservativen (Quaritsch) Recht, die entgegen der völkerrechtlichen Realität darauf bestanden hatten, dass der östliche Teil der Nation fremdgestützt sei und zusammenbrechen werde, wenn das Volk sich frei äußern dürfe (S. 639). Das von Dürig auf der Staatsrechtslehrertagung 1954 formulierte vierte Staatselement der „Idee der nationalen Zusammengehörigkeit“ – auch wenn für Stolleis „noch heute dubios“ – hatte sich in der Realität durchgesetzt. Für die Staatsrechtslehre bestand die entscheidende Frage bei der Wiedervereinigung darin, nach welchem Artikel des Grundgesetzes diese erfolgen sollte. Die Mehrzahl sprach sich mit der Politik für Art. 23 [a.F.] GG und gegen Art. 146 GG aus. Motiviert war diese Auffassung politisch, denn man glaubte, einerseits unter Zeitdruck zu stehen, war (erneut) skeptisch gegenüber einer plebiszitären Begründung und wollte die normative Kraft des Grundgesetzes nicht schwächen (S. 642 f.). Bei der Abwicklung der DDR-Rechtswissenschaft ging es Stolleis zu Folge mitunter zu schnell und zu wenig differenziert zu. Man verfuhr mit den DDR-Rechtswissenschaftlern weit strenger als nach 1945 mit den erklärten Befürwortern des Führer-Staates. Dennoch war grundsätzlich auch für Stolleis die Abwicklung unumgänglich; denn Wissenschaft in der DDR war nur als Beitrag zum Sozialismus denkbar gewesen (S. 646 f.). Die provozierende Frage von Otto Bachof, wie viele Kollegen bei Anlegung gleicher Maßstäbe nach 1945 nicht in die Staatsrechtslehrervereinigung hätten aufgenommen werden dürfen, blieb dabei allerdings unbeantwortet (S. 646).

Nachdem Stolleis am Endpunkt seiner Betrachtung angekommen ist, wagt er noch eine

kleine Prognose für die Zukunft der Wissenschaft vom öffentlichen Recht. Dazu gehört das Ende des Nationalstaates in seiner klassischen, auf Souveränität beruhenden Form. Die territoriale Basis des Staates werde weiter an Bedeutung verlieren. Dennoch würden klassische Aufgaben im Bereich Sicherheit und Ordnung und Umweltschutz weiterhin staatliche Aufgaben bleiben. Die Unterscheidung zwischen Gemeinwohl und Einzelinteressen und mit ihr die zwischen öffentlichem und privatem Recht werde sich weiter verflüchtigen, die unzeitgemäße Verbindung von Volk und Staatsangehörigkeit wegfallen. Eine Geschichte des öffentlichen Rechts im geläufigen Sinne werde es nicht mehr geben, was nicht heiße, dass dies das Ende der Geschichte sei: „Künftige Generationen werden sich anders regieren, als wir es tun“ (S. 676).

III. Stolleis liefert einen beeindruckenden und nuancenreichen Abriss der Entwicklung des öffentlichen Rechts im zweigeteilten Nachkriegsdeutschland. Seine auch sprachlich uneingeschränkt zu genießende Darstellung geht dabei weit über einen bloß zusammenfassenden Bericht hinaus. Zum Großteil haben wir es nicht allein mit Recht zu tun, sondern mit Geschichte, die durch das Prisma des öffentlichen Rechts gesehen wird. Das umfassende Wissen des Autors ist Hochachtung gebietend, die eingearbeiteten und studierten Quellen schon per se absolut atemberaubend. Bei dieser Besprechung konnten einige Aspekte wie etwa Stolleis' Sicht des Völker-, Europa- und selbst des Verwaltungsrechts nur vage gestreift werden. Wert ist es aber, den Autor und seine juristische und politische Sicht an Hand dieses Bandes näher einzuordnen. Das Vorverständnis eines Autors zu betrachten, ist durchaus im Sinne Stolleis' selbst, für den der „Mythos der Objektivität“ der Rechtswissenschaft „schon immer eine Illusion“ gewesen ist (S. 327, siehe auch S. 22 f.).

Und Stolleis ist diesbezüglich durchaus ein offenes Buch. Er macht kein Hehl daraus, wo seine politischen und methodischen Präferenzen liegen. So darf man wohl feststellen, dass er wesentlich von der 68er-Studentenbewegung und wohl noch mehr von der darauf folgenden Reformphase unter der sozial-liberalen Brandt-Regierung geprägt ist. Er sieht die eigentliche Zäsur im Bewusstsein der Bundesrepublik zwischen den Jahren 1962 bis 1972, in der Studentenbewegung, der neuen Ostpolitik und dem Reformoptimismus (S. 692). Wenn er im Übergang von der Regierung Brandt zur Regierung Schmidt einen „innenpolitischen Klimawechsel“ ausmacht, nach dem es „Rückwendungen“ zu traditionellen Vorstellungen von Erziehung, Leitung, Leis-

tung und nicht zuletzt auch dem Bild der Frau in der Gesellschaft gab (S. 322), weiß man, wo sich der Autor selbst politisch verortet.

Aber Stolleis ist weder Ideologe noch Romantiker. Er sieht das Problem der finanziellen Grenzen der Reformpolitik (S. 464), den ungunstigen Einfluss des RAF-Terrors (S. 505), auch die negativen Seiten der Studentenbewegung (bis hin zum „linken Faschismus“ (S. 455)), die „theorielosen Autonomen“, die „ihren rechten Vettern aufs Haar gleichen“ (S. 380 f.). Daher darf man ihn wohl in erster Linie als kritischen Denker apostrophieren, unempfänglich für Ideologien und transzendente Argumentationsmuster. Er ist durch und durch Positivist, beklagt die material geprägte Verfassungstheorie der frühen Bundesrepublik, das Credo der Rechtswissenschaft der ersten beiden Nachkriegsjahre, dass der Positivismus überwunden sei (S. 84), Dürigs oft „ohne größere Skrupel“ losgelöst vom Verfassungstext entwickeltes geschlossenes Wertesystem (S. 138 f.), sieht in von Arnims Gemeinwohlkonzept und seiner Kritik am Parteienstaat eine moderne Form früherer Staatslehredoktrin, die den Verfassungstext transzendierte (S. 377 f., auch S. 313 Anm. 40). Er ist wie Ernst Fraenkel und die dominante anglo-amerikanische Verfassungstheorie gegen die Vorstellung des Gemeinwohls als eines objektiv feststellbaren Wertes, stattdessen Anhänger eines prozeduralen pluralistischen Modells (S. 365). Der Staat ist eine Agentur zum Ausgleich der Interessen, wenn auch demokratisch bestimmt werden muss, welche Interessen eher verallgemeinerungsbedürftig und welche rein partikular sind (S. 673). Auch wenn Stolleis sich damit den Rücken frei hält gegen den Vorwurf, die *volonté générale*, oder vielleicht besser nur die politische Entscheidung, allein als Ausharrieren eines Kräfteparallelogramms der pluralistischen Interessen (so aber anscheinend auf S. 366) und damit wie das Adam Smithsche wirtschaftliche Gleichgewicht zu definieren, scheint er die alten Begriffe doch manchmal etwas zu pauschal zu verwerfen. Vielleicht hat ja der Gemeinwohl-Begriff, wenn man ihn nicht als eine vorgegebene, im Wege einer *petitio principii* zu gewinnende Größe begreift, doch auch Etwas für sich; denn die Schwachen in der Gesellschaft sind im Kräfteparallelogramm unterrepräsentiert. Wer rein pluralistisch argumentiert, wird ihnen nicht das *sum cuique* garantieren können (so wohl im Ergebnis Stolleis selbst, siehe S. 666). Eine Pluralismustheorie stößt auf ihre Grenzen, wenn etwa der Kampf der freien Meinungen nicht unterschieden wird vom Umfang des Finanzinsatzes zugunsten bestimm-

ter Meinungen.<sup>3</sup> Modernere kommunitaristische Theorien (z.B. die von Michael Sandel) kann man zumindest nicht pauschal mit den früheren deutschen Transzendenztheorien gleichsetzen. Recht geben wird man Stolleis wohl darin, dass der Positivismus die für die Demokratie angemessene Rechtstheorie ist (S. 609). Interessant ist auch seine Hypothese, dass „weltanschaulich erschütterte Gesellschaften“ bei der Suche nach einer neuen Ordnung eher nach transzendenten Begründungen Ausschau halten, während Gesellschaften, die bereits über eine Ordnung und ausreichend normatives Material verfügen, eher zum Gesetzespositivismus neigen (S. 548 f.). Zuweilen ist Stolleis aber vielleicht auch zu sehr Theoretiker. So wirkt sein zweifacher Hinweis, dass die materiale Verfassungsrechtsprechung der frühen Bundesrepublik, die über Wertetheorie und/oder Drittwirkung der Grundrechte eine vordemokratische Rechtsordnung demokratisierte (S. 166), de facto „eine methodische Reprise der Umwertungen von 1933“ war (S. 218), wie sie parallel auch in der DDR zu beobachten war (S. 243), wie ein Vergleich von Äpfeln, ohne auf den Geschmack zu achten. Sicherlich, die Wertetheorie des Bundesverfassungsgerichts wie auch die Entscheidung des Gerichts für die Stärkung des Parteienstaates und seine eigene Stellung – Beides auf der theoretischen Basis Leibholzscher Vorstellungen, einerseits der These von antagonistischen Strukturprinzipien der Verfassung, andererseits einer angeblichen phänomenologischen Wesensschau,<sup>4</sup> die Stolleis mehrfach ins Visier nimmt (S. 157 f., 328, 331, 355), obwohl diese Theorien in der Wissenschaft eigentlich niemals nennenswerte Resonanz gefunden haben – waren für einen Positivist methodisch kaum zu rechtfertigen. Durchgesetzt wurden aber Prinzipien, die – trotz einiger Übertreibungen im Bereich der Parteien – in der Praxis einen ausgesprochen positiven Einfluss auf die Entwicklung des neuen Staatswesens hatten, wie Stolleis selbst nicht zu leugnen scheint. Statt auf die

3 Siehe *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 130 S.Ct. 876 (2010), eine 5:4-Entscheidung, mit der der U.S. Supreme Court den Weg zu unbegrenzten finanziellen Wahlkampfbeiträgen von juristischen Personen öffnete, was sich bei der letzten US-Wahl in zahlreichen, oft anonymen Millionenspenden besonders zugunsten republikanischer Kandidaten entlud.

4 Zur Kritik ausführlich Wiegandt, Norm und Wirklichkeit. Gerhard Leibholz (1901-1982) – Leben, Werk und Richteramt, Baden-Baden 1995, insbes. S. 208-218 (Parteienstaat), S. 297-303 (Status-Debatte), zusammenfassend S. 304-309.

Verletzung der Reinheit der Lehre hinzuweisen, wäre es wissenschaftstheoretisch vielleicht angebrachter gewesen, mehr Augenmerk darauf zu legen, dass manchmal praktische Notwendigkeiten Vorrang vor theoretischen Begründungen gewinnen.

Aber auch methodisch muss man nicht unbedingt Stolleis' Bewertungen vollends teilen. So kann man die Lüth- und Blinkfuer-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zwar wie er ganz als wertethoretische Umgestaltung der Rechtsordnung ansehen und damit als Ausdruck einer materialen Verfassungstheorie. Allerdings kann man darin auch eine Beschneidung der durch Interpretation von Generalklauseln ausgeübten materialen Rechtsschöpfung der noch in vordemokratischem Denken verhafteten Zivilgerichte sehen. Der Rückgriff auf die angeblich objektiv ermittelten guten Sitten ist jedenfalls transzendenter als die Heranziehung einer positiven Verfassungsnorm (Art. 5 GG). Politisch war – dies erkennt Stolleis auch an (vgl. S. 155, 166, 239) –, was das Bundesverfassungsgericht in seinen Anfangsjahren, auch mittels einer verfehlten Theorie, geleistet hat, auf jeden Fall notwendig, um die NS-infizierten anderen Gerichte und Institutionen sowie die antidemokratischen und antiparlamentarischen Kräfte der frühen Bundesrepublik auszubalancieren.

Damit ergibt sich ein zweiter Punkt, der Stolleis mit der 68er-Studentenbewegung verbindet, nämlich seine Kritik an der fehlenden Aufarbeitung der NS-Vergangenheit in den Nachkriegsjahrzehnten. Der Autor scheut sich dabei nicht, Namen besonders belasteter Professoren zu nennen, die nach dem Zusammenbruch des NS-Regimes weiter machten bzw. weiter machen durften, als wäre Nichts gewesen. Hervorzuheben sind neben dem bereits erwähnten Forsthoff der im Bereich des Europarechts durchaus verdienstvolle (siehe S. 54 f.) Hans Peter Ipsen, der auch im Jahre 1988 noch darauf beharrte, sein Buch von 1937 über justizlose Hoheitsakte sei NS-kritisch gewesen (S. 456 Anm. 372), besonders aber der „stets geschickte und wendige“ (S. 143) Theodor Maunz, mit dessen Rolle als NS-treuer Wissenschaftler, der sich nach dem Kriege wieder in der Wissenschaft und vorübergehend auch Politik einnistete, als honorierter Demokrat gerierte, aber heimlich rechtsradikale Kreise mit seinem *know how* unterstützte, sich Stolleis bereits vor fast zwanzig Jahren auseinander gesetzt hatte.<sup>5</sup> Dass Maunz, Verfasser des meistverkauften Staats-

rechtslehrbuches der ersten drei Jahrzehnte – des „staatsrechtlichen VW-Käfers der frühen Bundesrepublik“ (S. 488) –, in diesem Band mehrfach negative Erwähnung im Hinblick auf seine politische Einstellung findet, hat seinen Grund wohl nicht nur in der Tatsache, dass er sich nach außen als Demokrat gerierte, aber innerlich weiterhin seinen NS-geprägten Überzeugungen verhaftet schien. Der Fall Maunz ist vielmehr exemplarisch dafür, wie sich die deutsche Rechtswissenschaft, insbesondere die Staatsrechtslehrer-Vereinigung, einer Aufarbeitung der Nazi-Zeit entzogen hat, und zwar bis in die jüngere Vergangenheit, in der man Stolleis sogar indirekt Nestbeschmutzung vorwarf, als er sich – bereits nach Maunz' Tod – mit dessen politischem Engagement öffentlich auseinander setzte.<sup>6</sup> Stolleis ist dabei durchaus bewusst, dass eine Entlassung aller NS-belasteten Professoren quasi unmöglich war (siehe S. 72). Was ihn vor allem zu stören scheint, ist, dass man die NS-Zeit einfach verschwieg: „Die Gesamtheit der Staats- und Verwaltungsrechtslehrer hat zur zeitgeschichtlichen Erhellung des eigenen Fachs nur wenig beigetragen.“ Die Staatsrechtslehrervereinigung brachte es erst im Jahre 2000 fertig, die NS-Vergangenheit zu diskutieren, und das nicht einmal im Hauptprogramm (S. 456 f.). Damit aber nicht genug! Während man bei der Wiederaufnahme ehemaliger Nazis Milde walten ließ, gab es kein besonderes Bemühen um entlassene oder emigrierte Rechtsprofessoren. Der „Neuanfang“ der Bundesrepublik wirkte sich in der Staatsrechtslehre also dahingehend aus, dass die konservative (inkl. NS-belastete) Professorenschaft unter sich blieb und auch Alles dafür tat, diesen Zustand beizubehalten. Dies scheint jedenfalls der Grund dafür zu sein, dass Stolleis immer wieder hervorhebt, wie konservativ, anfangs gar rechtslastig, die öffentlich-rechtliche Professorenschaft in der Bundesrepublik war (bzw. immer noch ist). Ob es wirklich ein Ausdruck von Freiheit der Wissenschaft ist, wenn sich eine konservative Professorenschaft dann weiter durch Kooptation (Berufung) selbst ergänzt, ist eine Frage, die Stolleis nicht aufwirft, die sich aber aufdrängt. Als diese Freiheit nur der *konservativen* Wissenschaft schließlich durch die gesetzlich verabschiedete Drittelparität in Gefahr geriet, pluralisiert zu werden, waren es

5 Stolleis, Theodor Maunz – Ein Staatsrechtslehrerleben, KJ 1993, S. 393–396.

6 Siehe Roelleke, Theodor Maunz und die Verantwortlichkeit des Öffentlichrechtlers, KJ 1994, S. 344–354; dagegen Frankenberg, Vom Schweigen der Öffentlichrechtler und ihrer Verantwortung, dieses bisweilen zu brechen, KJ 1994, S. 354–357.



wiederum konservative Rechtsprofessoren (aus Göttingen) (S. 431), die dies über das Bundesverfassungsgericht zu Fall brachten. Die Blindheit in Deutschland auf dem rechten Auge, verbunden mit einer Übersensibilität auf dem linken, kommt für Stolleis auch an anderen Stellen zum Vorschein: Verbot der KPD, obwohl dies politisch unnötig war, wobei das Verfassungsgericht massiv von Adenauer unter Druck gesetzt wurde (S. 311), Entfernung von Kommunisten aus dem öffentlichen Dienst, während Nationalsozialisten nach Entnazifizierung wieder aufgenommen wurden (S. 313), Abwehrhaltung der Staatsrechtslehrervereinigung gegen die Aufnahme vermeintlich Linker (S. 480), der im Wesentlichen gegen Kommunisten gerichtete Radikalenerlass (S. 314), nicht zuletzt die bereits angesprochene, wenn man sie mit der Wiederaufnahme NS-belasteter Professoren vergleicht, wesentlich härtere Linie bei der Übernahme von Ost-Professoren nach der Wiedervereinigung. Auch Stolleis' mehrfacher Hinweis darauf, dass die rechtswissenschaftlichen Fakultäten und insbesondere die Staatsrechtslehrervereinigung im Wesentlichen reine Männergesellschaften waren (S. 144, 426, 503 (Staatsrechtslehrervereinigung bis 1994 „Gruppenbild ohne Dame“) und 519) lassen sich möglicherweise aus der Emanzipationsbewegungen unterstützenden 68er-Mentalität des Verfassers miterklären. Ein letzter Grundzug des Autors, auf den hingewiesen werden soll, zieht sich fast durch den ganzen Band. Es ist der des optimistischen Europäers. Stolleis widmet sich nicht nur ganz ausführlich der Entwicklung des Europarechts. Er arbeitet auch detailliert heraus, wie das Recht des sich vereinigenden Europa das alte öffentliche und zu einem Großteil auch das Völkerrecht transzendiert. Europa hat für ihn bereits eine Quasi-Verfassung in Form rechtsstaatlicher und grundrechtlicher Standards, dem Prinzip der Öffentlichkeit bei Normerlass und der legitimierenden Rückbindung an die Gemeinschaftsverträge

(S. 621 f.). Der Vertrag von Lissabon ist für ihn Verfassungsrecht, da mit ihm eine Metaordnung über der Gesetzgebung geschaffen, Rechte und Pflichten formuliert, Kompetenzen abgegrenzt, Institutionen umrissen und sogar ein Verfahren zur Änderung der Metaordnung etabliert wurden (S. 627). Stolleis sieht sich in der Bewertung der europäischen Staatlichkeit ganz auf der Seite Peter Häberles, der eine Verschmelzung von Rechtsordnungen erkennt, und in Gegnerschaft zur im Schmittschen Sinne die geschlossene Staatlichkeit auf der Basis von Staats- und Völkerrecht betonenden Position konservativer Staatsrechtler wie Isensee (S. 613). Die Anerkennung Stolleis' für das zukunftsweisende Werk Häberles, und das nicht nur im Bereich der europäischen Integration, ist übrigens an einer Reihe von Stellen sichtbar (z.B. S. 334, 352, 373, 414 f., 474 f., 625 f.).<sup>7</sup>

Die Veröffentlichung des Buches von Stolleis fällt nun ausgerechnet in die Zeit der größten Krise, die die Europäische Union bisher zu bewältigen hatte. Hoffen wir, dass der Autor mit seinem optimistischen, aber auch etwas lakonischen Ausblick Recht behält, dass zumindest den Bürgern der älteren Mitgliedstaaten ihre unausweichliche Zugehörigkeit zu Europa bewusst sei, dass sie aus Eigeninteresse Europa mitgestalten müssten und dass die Bewältigung der ökonomischen und rechtlichen Probleme jedenfalls langfristig möglich sei (S. 662).

*Manfred H. Wiegandt*

- 7 Diese Referenz trägt vielleicht auch zur Rehabilitation eines Wissenschaftlers bei, dessen bemerkenswertes Lebenswerk zuletzt zu sehr überschattet war von dem Skandal um die von ihm betreute Dissertation des wegen Plagiatsnachweises schließlich als Verteidigungsminister zurückgetretenen Freiherrn zu Guttenberg. Siehe dazu die Rezension von Fischer-Lescano, KJ 2010, S. 109-119, der den Stein seiner Zeit ins Rollen brachte.