

# Buchbesprechungen

Carl Schmitt, *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz »Nullum crimen, nulla poena sine lege«*, herausgegeben, mit Anmerkungen und mit einem Nachwort versehen von Helmut Quaritsch, Duncker & Humblot, Berlin 1994, 259 S., DM 58,-

Der Reliquienschrein des Carl Schmitt ist unlängst um eine weitere der noch vermißten Pretiosen bereichert worden. Bisher unveröffentlicht, wenn auch nicht unbekannt, liegt nun ein Gutachten gedruckt vor, welches Schmitt im Sommer 1945 im Auftrag von Friedrich Flick erstellt hatte. Dieser, im Juni 1945 von den Amerikanern in Haft genommen, hatte nicht unbegründet die Befürchtung, als führender Industrieller von den Alliierten unter Anklage gestellt zu werden. Als Anklagepunkt kam nach der Veröffentlichung des Reports, den Richter Jackson dem US-Präsidenten Truman im Juni 1945 vorgelegt hatte, vor allem die Beteiligung am Angriffskrieg in Betracht. Flick benötigte eine juristisch stichhaltige Entlastung, die ihn aus der Verantwortlichkeit für die Angriffskriege seiner Regierung, der er in so vielfältiger Weise verbunden gewesen war, heraushielt. Schmitt lieferte ihm am 25. August 1945 die Expertise. Sie versuchte, nicht nur den »einzelne(n), nicht zur politischen Führungsschicht gehörende(n) Staatsbürger, insbesondere de(n) ordinary business-man«<sup>1</sup> von jeder Teilnahme oder Täterschaft an einem Verbrechen des Angriffskrieges zu befreien, sondern auch den Angriffskrieg selbst von dem Verbrechensmakel zu entlasten, der ihm durch das Nürnberger Statut zugelegt worden war. Auf der Basis des von ihm noch vor 11 Jahren reichlich geschmähten Grundsatzes »nullum

crimen, nulla poena sine lege« galt sein Hauptbemühen dem Nachweis, daß zumindest zum fraglichen Tatzeitpunkt 1939 der Angriffskrieg nach völkerrechtlichen Kriterien noch nicht strafbar gewesen sei, ein Strafurteil also gegen niemand gefällt werden könne.

Das Gutachten (115 S.) ist als solches ein gewöhnliches wissenschaftliches Parteigutachten, dessen historischer Teil zum Versailler Vertrag, zum Genfer Protokoll 1924 und zum Kellogg-Pakt 1928 Schmitt wenig später wörtlich in sein Buch »Der Nomos der Erde« übernahm (S. 233–255). Nur auf seine Privatbibliothek gestützt, hatte er sich auf seine Adressaten, die in verschiedenen Rechtskreisen beheimateten Richter, zu konzentrieren, deren Dissens über die zentrale Frage der Strafbarkeit eines Angriffskrieges ihm wohl bekannt war. Der amerikanische Anklagevertreter Robert H. Jackson war der unnachgiebige Befürworter der Strafbarkeit des Angriffskrieges, um für die Zukunft eine Barriere gegen Aggressionen aufzurichten. Er wußte Außenminister Stimson und Präsident Truman hinter sich. Der französische Professor Donnedieu de Vabres, einziger Strafrechtler auf der Richterbank, war skeptisch gegenüber der Fassung des neuen Deliktes, und auch der sowjetische Richter Nikitschenko hatte starke Bedenken. Die Argumente gegen die Pönalisierung des Angriffskrieges waren alle bekannt. Schmitt konnte also mit scharfer Klinge in diese offene Flanke der Anklage schlagen, um seinen Auftraggeber vor dem Tribunal zu bewahren. Die Gesamtverteidigung in den Prozessen, zu der Schmitt nicht hinzugezogen wurde, machte in ihrer Eingabe vom 19. November 1945 das Expost-facto-Argument zu ihrem zentralen Einwand, und auch Hermann Jahrreiss, stellvertretender Verteidiger des Angeklagten Jodl,

<sup>1</sup> C. Schmitt, *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges*, S. 70.

stützte sein völkerrechtliches Plädoyer für die Gesamtverteidigung vornehmlich auf das Gebot des *nulla poena sine lege*.<sup>2</sup>

Schmitt konnte sich also in der Tat auf eine in der Völkerrechtsliteratur weit verbreitete Meinung stützen, die die Strafbarkeit des Angriffskrieges trotz seiner Ächtung im Jahre 1928 durch den Briand-Kellog-Pakt verneinte und daher den Straftatbestand des »Verbrechens gegen den Frieden« im Nürnberger Statut als Expostkriminalisierung ablehnte. Er brauchte im Rahmen einer solchen Auftragsarbeit nicht einmal darauf hinzuweisen, daß er 1934 in seiner Rede »Nationalsozialismus und Rechtsstaat« das Rückwirkungsverbot mit einem ganzen Bündel anderer Rechtsstaatsprinzipien als liberal und formal denunziert hatte: »Ich setze diesem rechtsstaatlichen »nulla poena sine lege« den Gerechtigkeitsgrundsatz »nullum crimen sine poena« entgegen. Vor die offenkundige substantielle Gerechtigkeit der Sache schiebt sich mit Hilfe des Begriffes »Rechtsstaat« eine Reihe von formalen Methoden, Grundsätzen, Normen und Einrichtungen, bei denen es nicht auf Gerechtigkeit, sondern vor allem auf »Rechtssicherheit« ankommt, die aus dem Rechtsstaat einen bloßen Gesetzesstaat machen und es trotzdem, unter offenem Verzicht auf die Gerechtigkeit in der Sache, für sich in Anspruch nehmen, »rechtsstaatlich« zu sein.«<sup>3</sup> Damals ging es um die Entfesselung der nationalsozialistischen Justiz von rechtsstaatlichen Bindungen, um den »Feind« auch justitiell zu vernichten. Wenn Schmitt sich für seinen Auftraggeber Flick wieder auf das rechtsstaatliche Schutzprinzip besann, war das politisch nur konsequent. Denn nun galt es, die Täter von damals der Verfolgung zu entziehen. Ein derartiger Juristenopportunismus war bei Schmitt auch nicht eine Sache des Honorars. Ihm ging es in der Folgezeit grundsätzlich darum, die normalen, dem NS-System immanenten Verbrechen zu entkriminalisieren.<sup>4</sup>

Diesem Ziel diene nicht nur das wiederentdeckte Rückwirkungsverbot, das er vor allem

gegen die im Kontrollratsgesetz Nr. 10 enthaltenen Straftatbestände der Verbrechen gegen den Frieden und Verbrechen gegen die Menschlichkeit ins Feld führte. Dies war auch das Ziel seiner mit großem Lifer und Geschmacklosigkeit betriebenen Propaganda für eine Amnestie der NS-Täter: »Amnestie bedeutet ..., daß die Menschen nach namenlosem gegenseitigen Unrecht eine neue Grundlage gerechten Zusammenlebens finden.«<sup>5</sup> Ja, seine unverhohlene und nie aufgegebenen Ablehnung der Nürnberger Prozesse gipfelte in dem bizarren Unrechtsvorwurf, der in ihnen noch eine Unrechtssteigerung gegenüber den NS-Verbrechen sieht: »Hitler hat große Verbrechen begangen, aber für die größten hat sich der Weltgeist doch andere Werkzeuge als diesen Hitler vorbehalten. Für die Atombombe und die Ex-post-Kriminalisierung des Angriffskrieges kommt Hitler schon nicht mehr in Betracht«, notiert er am 18. 8. 1948 und am 31. 2. 1949: »Die Serien sich fortsetzenden Unrechts: das Unrecht von Versailles steigert sich zum Unrecht Hitlers und dieses zum Unrecht von Jalta, Moskau und Nürnberg. Das Gesetz dieser sich steigenden Kettenreaktionen; Justizförmigkeit als Gipfel.«<sup>6</sup>

Nur in einer Passage seines Gutachtens begeht er einen juristischen Fehltritt, offensichtlich, um sich den Intentionen des amerikanischen Anklägers Jackson anzubiedern. Für die Aburteilung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die »eigentlichen atrocities«, die »mala in se«, wie er sie nennt, verlangt er nicht einmal eine gesetzliche Grundlage: »Die atrocities im besonderen Sinne, die vor dem letzten Weltkrieg und während dieses Krieges begangen worden sind, müssen in der Tat als »mala in se« betrachtet werden. Ihre Unmenschlichkeit ist so groß und so evident, daß es genügt, die Tatsachen und den Täter festzustellen, um ohne jede Rücksicht auf bisherige positive Strafgesetze eine Strafbarkeit zu begründen. Hier treffen alle Argumente des natürlichen Empfindens, des menschlichen Gefühls, der Vernunft und der Gerechtigkeit in einer geradezu elementaren Weise zusammen, um einen Schuldspruch zu rechtfertigen, der keiner positiven Norm in irgendeinem formalen Sinn bedarf. Hier braucht auch nicht danach gefragt zu werden,

<sup>2</sup> Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, Bd. 1: Nürnberg 1947, S. 186 ff., Bd. 17, Nürnberg 1948, S. 499 ff.

<sup>3</sup> Juristische Wochenschrift 1934, S. 90 ff., 91.

<sup>4</sup> Vgl. zu diesem Gesamtkomplex auch neuestens Joachim Perels, Die Bewahrung der bürgerlichen Gesellschaft in der Zeit ihres tiefsten Sturzes. Carl Schmitts Positionen nach 1945, in: G. Haney, W. Maibhofer, G. Sprenger (Hrsg.), Recht und Ideologie, Festschrift für Hermann Klenner zum 70. Geburtstag, Freiburg, Berlin 1996, S. 420 ff.

<sup>5</sup> »Amnestie – Urform des Rechts«, in: Christ und Welt v. 10. 11. 1949. Zitiert nach J. Perels (Fn. 4), S. 436.

<sup>6</sup> Carl Schmitt, Glossarium, Aufzeichnungen der Jahre 1947–1951, Berlin 1991, S. 191, 229.

wieweit die Täter eine verbrecherische Absicht, ein criminal intent, hatten. Das alles versteht sich hier von selbst. Wer angesichts solcher Verbrechen den Einwand des »nullum crimen« erheben und auf die bisherigen positiven strafgesetzlichen Bestimmungen verweisen wollte, würde sich selbst in ein bedenkliches Licht setzen.« (S. 23) Dies dürfte allerdings in keinem Fall für das »neue internationale Verbrechen« des Angriffskrieges gelten, der für ihn kein »malum in se« bedeutete.

Es dürfte auch der tiefen Überzeugung Schmitts entsprochen haben, in seinem Mandanten lediglich den »wirtschaftlich tätigen ordinary business-man« zu sehen, dem es zwar einerseits wie jedem Bürger verwehrt war, den Kriegsdienst zu verweigern – dies war die Forderung z. B. von Hans Wehberg in seiner Schrift »Die Ächtung des Krieges« 1930 –, der andererseits aber auch nicht zur Verantwortung für die Regierungsverbrechen gezogen werden konnte. An dieser gänzlich sachfremden und wissenschaftlich unhaltbaren Trennung des homo oeconomicus in den Führungsetagen der Industrie und Finanzwelt im Faschismus vom homo politicus<sup>7</sup> werden ihm auch kaum Zweifel durch die Fakten und Beweise gekommen sein, die im sog. Fall 5 gegen Friedrich Flick, seine Verquickung mit der Naziführung, deren Aufstieg er mitfinanziert hatte, und seine Bereicherung aus dem Zwangsarbeiterprogramm vorgelegt wurden. Wie gesagt, dies war nicht der anwaltliche Opportunismus des Gutachters, sondern das Credo eines Juristen-Typus, der auch über 1945 hinaus zutiefst dem gesellschaftlichen und geistigen Milieu, dem Elitarismus und der trotzigsten Larmoyance der gestrauchelten NS-Intelligenz verbunden blieb.

Von einem furchtbaren Juristen vulgo juristischen Lumpen (wer zweifelt, lese in seinem »Glossarium«, Aufzeichnungen der Jahre 1947–51, Berlin 1991) kann man eine Erörterung dieser Widersprüche zumal in einem Parteigutachten nicht verlangen – aber von einer Kommentierung? Um es vorweg zu nehmen: Die 36 enggedruckten Seiten Anmerkungen des Herausgebers Helmut Quaritsch sind eine exzellente, äußerst informations- und hilfreiche Erschließung des Gutachtens, eine im wahren Sinn gelehrte und lehrreiche Annotation. Auch das anschlie-

ßende umfangreiche Nachwort (S. 125–247) ist eine ausgezeichnete Begleitung mit detaillierten Informationen zur Entstehung, Intention und Erkenntniswert des Gutachtens, soweit es den Meister als Ikone behandelt und sein Werk bis in die Gegenwart fortschreibt – eine epigonale Meisterleistung, die ihren Kenntnisreichtum mit dem Dienst am Fortleben des Meisters und seiner Botschaft verschmilzt. Die Intention seiner Nürnberg-Kritik ist die gleiche wie die von Schmitt.

Vor einigen Jahren hat Peter Römer in einer detaillierten Studie beklagt, daß die durchaus zahlreiche Schmitt-Gemeinde sich fast vollständig von der Schmitt-Kritik abgeschottet hat und mit öffentlicher Finanzunterstützung eine erhebliche Ausstrahlung organisiert.<sup>8</sup> Dies hat sich seitdem nicht geändert. Quaritsch's Literaturarsenal ist zwar reichhaltig, man erfährt von ihm auch die Existenz des Aufsatzes in der Juristischen Wochenschrift von 1934 (S. 89 Anm.), aber selbst ältere Autoren wie Otto Kirchheimer und Helmut Ridder, die sich intensiv mit dem Rückwirkungsverbot auseinandergesetzt und dennoch die Strafbarkeit des Angriffskrieges vorbehaltlos akzeptiert haben,<sup>9</sup> fehlen bei ihm. Doch ist dieses Versäumnis nur von minderer Bedeutung, da ihre Aufnahme in die Fußnoten zweifellos nichts an der Intention der Kommentierung geändert hätte. Diese ist darauf gerichtet, den Schmitt'schen Ansatz der Delegitimierung der Nürnberger Prozesse auch für die Zukunft festzuschreiben. »Ein halbes Jahrhundert fast nach Nürnberg und Tokio läßt sich guten juristischen Gewissens feststellen: Die IMT-Prozesse in Nürnberg und Tokio setzten keine »landmark in law«, sie waren Einzelfälle der Völkerrechtsgeschichte, ohne Vorgang und ohne Rechtsnachfolge. Strafrechtlich und prozessual beruhten sie auf rückwirkenden Einzelfallgesetzen – gerichtet allein gegen die überlebenden Repräsentanten der deutschen und japanischen Führung – angewendet durch Ausnahmegerichte, und diese Kombination schwerer Rechtsfehler ist nicht rechtlich geheilt durch eine »erfolgreiche Revolution«, also durch vertraglich vereinbartes Völkerrecht für alle, auch nicht durch anerkanntes Völkergewohnheitsrecht, weder durch »subsequent interna-

<sup>8</sup> Peter Römer, Tod und Verklärung des Carl Schmitt, in: ARSP 1990, H. 3, S. 374 ff.

<sup>9</sup> Otto Kirchheimer, Politische Justiz, Berlin 1965, S. 475 ff.; Helmut K. J. Ridder, Nürnberger Prozesse, in: Staatslexikon, Freiburg 1960, Sp. 1133 f.

<sup>7</sup> Darauf weist auch J. Perels (Fn. 4) auf S. 422 hin.

tional instruments« noch durch »custom and treaties«, wie der ILC-Berichtersteller Thiam noch vor wenigen Jahren beleglos behauptete.« (S. 220)

Quaritsch's Schlussfolgerung ist der der meisten internationalen Völkerrechtler diametral entgegengesetzt. Um nur auf den US amerikanischen Völkerrechtler Cherif Bassiouni zu verweisen, der maßgeblich an den juristischen Vorarbeiten des Jugoslawien-Tribunals beteiligt war und derzeit in seinem Institut an der De Paul University in Chicago das Anklagematerial sammelt und aufbereitet. Er setzt dem Vorwurf der Verletzung des Legalitätsgrundsatzes seine Kritik an dem »rigiden Rechtspositivismus in der deutschen Strafrechtslehre« entgegen, der »kein »allgemeiner Rechtsgrundsatz« (war), wie er in allen oder den meisten Strafrechtssystemen der Welt Gültigkeit besaß.«<sup>10</sup> Sein Fazit deshalb: »Das Nürnberger Versprechen muß erst noch eingelöst werden, doch ohne das Nürnberger Vermächtnis wüßten wir nicht, welche Fortschritte wir auf dem Weg zu einer internationalen Strafgerichtsbarkeit gemacht haben, welche Schritte noch notwendig sind, um dieses Ziel zu erreichen.«<sup>11</sup> Quaritsch hingegen: Nürnberg ein einmaliger Fehltritt und die Nürnberger Grundsätze ein Muster ohne Wert, denn sie »entsprechen allenfalls den Vorstellungen radikaler Pazifisten, das universale Rechtsbewußtsein hat sie nicht aufgenommen.« (S. 231) Dies ist wohl der Kern des Anliegens, dem Einzug des Pazifismus ins Völkerrecht nicht weiter Raum zu geben und die völlige Delegitimierung des Krieges zu verhindern. Deswegen kann auch das Jugoslawien-Tribunal für ihn lediglich ein »Surrogat für militärisches Eingreifen«, »eine politische Geste des Sicherheitsrates zur Besänftigung der öffentlichen Meinung« (S. 245) sein, eine »Möglichkeit, allen normativen Bemühungen und Entscheidungen aus dem Weg (zu) gehen und von Fall zu Fall, d. h. nach Opportunität strafen zu können«. (S. 214) Für den Versuch der Vereinten Nationen, mit den beiden neuen Tribunalen (Jugoslawien, Ruanda) den Fortschritt des Völkerrechts zu nutzen und mit der Verfolgung der Kriegs-

und Menschlichkeitsverbrechen einen Beitrag zur Beendigung der Konflikte zu leisten, fehlt dem Kommentator das Verständnis.

Das Bemühen Schmitts, Flick als »ordinary business-man« aus dem Schußfeld der Anklage zu bringen – Flick wurde in der Tat nicht wegen Verbrechens gegen den Frieden angeklagt – ist Quaritsch offensichtlich ganz unproblematisch. Ihm ist auch nach nun 50 Jahren weiterer Aufklärung über die Tätigkeit der Dresdner Bank,<sup>12</sup> deren Aufsichtsratsmitglied Flick von 1922 bis 1945 gewesen war, die Stilisierung Flicks zu einem »ordinary business-man« keine Frage wert. Und so erwähnt der Kommentar trotz allen Detailreichtums in seinem Abschnitt »Die Urteile von Nürnberg« (S. 153–170) den Flick-Prozeß und das Urteil nur an anderer Stelle in einigen Zeilen (S. 138). Er konzentriert sich vornehmlich auf die Auseinandersetzung der einzelnen Gerichte mit dem Grundsatz »nulum crimen«, die zwar in den Nachfolgeprozessen 3, 4 und 6 eine gewisse Rolle spielten, nicht aber in Prozeß 5 (Flick), da eine Anklage wegen Verbrechens gegen den Frieden nicht zur Debatte stand. Dies konnte Schmitt seinerzeit zwar hoffen, aber doch nicht ahnen. Sein Gutachten hat auch nicht zu der Entscheidung der Anklagevertretung geführt, da es dieser nicht vorgelegt wurde. Einer Kommentierung hätte es aber Anlaß sein müssen, die Exkulpation des »einzelnen Staatsbürger(s), der nicht zu den politisch bestimmten Kreisen des Regimes gehörte, insbesondere de(s) wirtschaftlich tätige(n) Kaufmann(s) und Industrielle(n)« (S. 74) in der Person Friedrich Flicks und seine Herauslösung aus dem Täter- und Teilnehmerkreis vor dem Hintergrund des Flick-Prozesses und neuerer Forschungserkenntnisse zu diskutieren. Aber auch das war Quaritsch's Anliegen nicht.

Überläßt man das Gutachten als historisches Dokument einmal den Schmittianern, so trägt das ohnehin umfangreichere Nachwort auch allein das Interesse an diesem Band. Sein zweifelsfrei hoher technischer Standard macht es selbst zu einem lesenswerten Dokument, allerdings zu einem Dokument des hi-

10 M. Cherif Bassiouni, Das Vermächtnis von Nürnberg: eine historische Bewertung fünfzig Jahre danach, in: Gerd Hankel, Gerhard Stuby (Hg.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Hamburg 1995, S. 15 ff., 23. Dort auch weitere Beiträge mit ähnlichem Ergebnis.

11 M. Cherif Bassiouni (Fn 10), S. 29.

12 Vgl. Kurt Gossweiler, *Die Vereinigten Stahlwerke und die Großbanken. Eine Studie über das Verhältnis von Bank- und Industriekapital in der Weimarer Republik und unter der faschistischen Diktatur (1926 bis 1936)*, in: *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte*, 1965, Teil IV, S. 11 ff.; Office of Military Government for Germany (OMGUS), *Ermittlungen gegen die Dresdner Bank*, Nordlingen 1986.

historischen Stillstands – als wenn sich die Welt von 1995 wieder dem Jahr 1945 zurückneigt. Ein Dokument der Schmitt-Schule, die auch ins Völkerrecht übergreift. Für die dringenden Fragen der Friedenssicherung und Kriegsprävention heute gibt es nichts her.

Norman Paech

*Elke Mildenerberger, Schutz kindlicher Zeugen im Strafverfahren durch audiovisuelle Medien, Frankfurt a. M./Berlin/New York 1995 (Peter Lang-Verlag), 376 Seiten, DM 95,-*

Zum ersten Mal in der deutschen Rechtsgeschichte hat ein Gericht<sup>1</sup> mittels sogenannter Videosimultanübertragung ein Kind während einer Hauptverhandlung als Zeuge vernommen. Dies fand sowohl in der juristischen Fachliteratur<sup>2</sup> als auch in den übrigen Medien<sup>3</sup> reges Interesse. Die Berichterstattung stiftete jedoch mehr Verwirrung als Aufklärung.<sup>4</sup>

Die umfangreiche Studie von Elke Mildenerberger sucht nach strafprozessual angemessenen Wegen, Kindern Mehrfachvernehmungen durch die Konservierung einer tatnahen richterlichen Vernehmung im Vorverfahren zu ersparen. Im Ergebnis unterstützt sie eine auch vom Deutschen Juristinnenbund<sup>5</sup> geforderte Reform, Videoaufzeichnungen und deren Verwertung gesetzlich klar zu regeln, insbesondere die Ausnahmenvorschrift des § 251 StPO dahingehend zu präzisieren, daß im Interesse des Kindeswohls von der persönlichen Vernehmung von Kindern in der Hauptverhandlung abgesehen und etwa eine im Vorverfahren aufgenommene Videoaufzeichnung abgespielt werden kann.

In einem ersten Teil wird gezeigt, welche Möglichkeiten des Zeugenschutzes nach jetzigem Recht existieren und welche Verbesse-

rung dieser durch die Einführung der Videotechnik erühre. Im zweiten Teil wird das Ergebnis in das geltende Strafprozeßrecht eingeordnet. Da nach der *lex lata* aber kein befriedigender Schutz der kindlichen Zeuginnen realisierbar sei, schließt die Verfasserin mit konkreten Reformvorschlägen.

Die Autorin meint, daß »das verfügbare rechtliche Instrumentarium nicht ausreichen kann, Belastungen von dem Kind fernzuhalten und somit auch eine umfassende Ausschöpfung dieses Instrumentariums keine Grundlage für einen effektiven Zeugenschutz bieten kann« (S. 38). Kern der Argumentation ist in diesem Zusammenhang, daß der deutsche Strafprozeß täterorientiert ist und das Opfer marginalisiert wird.<sup>6</sup> Das Opferschutzgesetz von 1987 geht nach Ansicht der Verfasserin auf die speziellen Bedürfnisse der kindlichen Zeuginnen nicht ein, sondern stärkt lediglich – soweit die Vorschriften überhaupt Anwendung finden – die konfliktbereiten Erwachsenen, nicht aber diejenigen, die die Konfrontation mit dem Angeklagten meiden. Vielleicht sind aus diesem Grund auch die Belastungen, denen Kinder im Gerichtsverfahren ausgesetzt sind, in Deutschland bislang wenig empirisch erforscht.<sup>7</sup> Das generelle Problem solcher Untersuchungen liegt wohl auch darin, daß körperliche und psychische Schäden durch den Mißbrauch und die spätere Reaktion der Umwelt nicht bei jedem Kind in der gleichen Weise auftreten.<sup>8</sup> Amerikanische »Studien zeigen [jedoch] durchweg, daß das Strafverfahren das bereits mit der Tat einhergehende Trauma des Opfers verstärken kann« (S. 22). Als potentielle traumatische Faktoren gelten danach insbesondere die extreme Länge des gesamten Strafverfahrens, die wiederholten Befragungen durch die Polizei, die Staatsanwaltschaft und die Gerichte, die Aussage in der Öffentlichkeit<sup>9</sup> und die Begegnung mit dem Angeklagten im Gericht.<sup>10</sup> Der vielfach erhobenen

<sup>1</sup> LG Mainz, Beschl. vom 15. 5. 1995, vgl. hierzu Wegner ZRP 1995, 406.

<sup>2</sup> Arntzen, ZRP 1995, 241; Hussels, ZRP 1995, 242; ders., NJW 1995, 1877; Kohnke, StV 1995, 376.

<sup>3</sup> SZ v. 23. 5. 1995, 12; Der Spiegel 7/1995, 106.

<sup>4</sup> Die Verwirrung entsteht schon durch die Unkenntnis der verschiedenen Begrifflichkeiten. So zitiert Hussels (Fn. 2, 243) Arntzen (Fn. 2) als Gegner der Videosimultanübertragung, der sich jedoch mit einer anderen Variante des Zeugenschutzes, nämlich der Ersetzung der Aussage durch ein im Vorverfahren angefertigtes Videoband beschäftigt. Dies zeigt, daß eine Aufklärung über die verschiedenen zur Diskussion stehenden Varianten audiovisueller Vernehmung dringend notwendig ist.

<sup>5</sup> Siehe Mildenerberger S. 116 f., Streit 3/1995, S. 109 ff.

<sup>6</sup> Siehe auch Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1989, 72.

<sup>7</sup> Das BJM hat darüber ein Gutachten in Auftrag gegeben, das bis Ende 1996 fertiggestellt werden soll. Eine etwaige Gesetzesnovellierung wird von seinem Ergebnis abhängig gemacht werden.

<sup>8</sup> Vgl. Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, Ms. 1995, S. 3.

<sup>9</sup> In größeren Verfahren, wie demjenigen in Mainz, sind auch noch nach Ausschluß der Öffentlichkeit bis zu 40 Personen anwesend, siehe LG Mainz, Beschluß vom 15. 5. 1995.

<sup>10</sup> Siehe zu weiteren möglichen Belastungen Mildenerberger S. 21.

pauschalen These<sup>11</sup>, das deutsche Strafverfahren sei nicht mit dem amerikanischen vergleichbar, entgegnet die Verfasserin, daß die deutschen Opferschutzbestimmungen zwar grundsätzlich weiter gingen als in den USA, in der Praxis jedoch aufgrund ihrer »Revisionsanfälligkeit« kaum Anwendung fänden. Zudem seien mögliche negative Auswirkungen auf die weitere psychische Entwicklung des Kindes durch das Strafverfahren nicht ausgeschlossen, weswegen Maßnahmen zum Schutz kindlicher ZeugInnen nicht erst dann eingeführt werden dürften, wenn entsprechende Schädigungen wissenschaftlich exakt nachgewiesen seien; vielmehr gebiete das Schutzbedürfnis, bereits mögliche Gefährdungen durch das Strafverfahren weitgehend auszuschalten.

Als opferschonendere Gestaltung der Hauptverhandlung stellt die Autorin rechtsvergleichend zunächst die Methode der Videosimultanübertragung (Closed Circuit Television<sup>12</sup>) dar, bei der das Kind vom Gericht in einem Raum außerhalb des Gerichtssaals befragt und diese Vernehmung mit Hilfe einer Video-Direktschaltung über Monitor den übrigen Verfahrensbeteiligten in den Verhandlungssaal übertragen wird. Die im Gerichtssaal befindlichen Beteiligten sind dabei über Mikrophone mit der vernehmenden Gerichtsperson verbunden, so daß sie über diese Fragen an das Kind stellen können. Das genaue Procedere wird in der Arbeit nicht dargestellt, da die Verfasserin diese Form der Vernehmung für nicht geeignet hält, das Opfer wirksam zu schützen. Erfahrungen in England zeigten, daß kindliche ZeugInnen trotz CCTV häufig nicht zu einer Aussage in der Hauptverhandlung bereit seien und außerdem den Kindern das monate- oder sogar jahrelange Warten auf die Verhandlung nicht erspart bleibe. Deswegen erfolgt die Überprüfung der Vereinbarkeit dieser Variante mit dem geltenden Recht exkursartig. Mildenberger billigt diese Verfahrensweise der Mainzer Richter als mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit vereinbar.<sup>13</sup>

Vorzugswürdig ist nach Meinung der Verfasserin hingegen die Einführung von einer – mit Einverständnis des Kindes bzw. dessen ge-

setzlichen Vertretern – gemachten Videoaufzeichnung der gerichtlichen Vorvernehmung in die Hauptverhandlung (pretrial videotaped testimony).<sup>14</sup> Diese Videoaufzeichnung soll die Aussage des Kindes im Gerichtssaal ersetzen, wobei die Vernehmung entweder vom Gericht, evtl. in Zusammenarbeit mit einem Sachverständigen durchgeführt werden soll. Angeklagter und Verteidigung hätten die Möglichkeit, die Vernehmung visuell und auditiv zu verfolgen, des weiteren ein Frage-recht gem. §§ 240, 241 a StPO, also über das Gericht. Das Originalvideo wäre versiegelt in einem geschlossenen Behältnis oder in einem Umschlag mit den Unterschriften auf der Geschäftsstelle zu belassen. Die Verteidigung könnte sich zwecks Akteneinsicht eine Kopie anfertigen.

Nur dadurch ist nach Mildenberger das Problem unzumutbarer Belastungen optimal zu lösen, denn: »Wird das Kind statt im Gerichtssaal zu einem möglichst frühen Zeitpunkt unter streßverminderten Aussagebedingungen vernommen und diese Aussage für die spätere Hauptverhandlung konserviert, ist mit einer verwertbaren Schilderung der gesamten Tatumstände eher zu rechnen, da die Erinnerung des Kindes weder durch Zeitablauf noch durch wiederholte Befragung modifiziert wird (S. 36).« Die Annahme, daß Kinder in einer frühen Vernehmung die umfassendste und damit eine der »Wahrheit« am nächsten kommende Aussage machen, ist inzwischen allgemein anerkannt.<sup>15</sup>

Darin zeigt sich m.E. auch das Außergewöhnliche in der Diskussion über den Umgang mit kindlichen ZeugInnen, da hier die zentrale Divergenz zu älteren Opfern liegt. Sieht man den Hauptzweck des Strafverfahrens in der Ermittlung der materiellen Wahrheit<sup>16</sup> oder in der Wiederherstellung des Rechtsfriedens durch Klärung des Tatverdachts<sup>17</sup>, so kann man unter den genannten Gesichtspunkten nur für das Verfahren des Videotaping plädieren.<sup>18</sup> Das heißt auch, daß man für eine Reform des Strafverfahrens-

<sup>14</sup> Im folgenden der Einfachheit wegen Videotaping. Auch nach Ansicht des Deutschen Richterbundes »klingt [die Forderung nach nur einer Vernehmung] plausibel, stoßt aber in der Praxis auf dem Verfahren immanente Schwierigkeiten, Fn 8, S. 12.

<sup>15</sup> Siehe zu Fundstellen Mildenberger S. 68, 144, 245.

<sup>16</sup> Weigend, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin 1989, S. 177 m. w. N.

<sup>17</sup> Weigend (Fn 16), S. 215.

<sup>18</sup> So Frommel, *KritV* 1995, S. 184: »Opferschutz und Wahrheitsfindung schließen sich nicht grundsätzlich aus, sondern konvergieren.«

<sup>11</sup> Volbert, *Zur Situation kindlicher Zeugen vor Gericht*, Bonn 1993, 7, 47.

<sup>12</sup> Im folgenden CCTV abgekürzt.

<sup>13</sup> Siehe dazu ausführlich Wegner, *ZRP* 1995, 406ff., ohne überzeugende Argumentation ablehnend Hussel Fn 1, 243.



rechts nicht erst auf empirische Untersuchungen über die multiplen Belastungen von Kindern während ihrer Vernehmung warten muß, sondern sie schon unter Berufung auf das verbesserte Aussageverhalten realisieren kann. Die Konvergenz zwischen Opferchutz und Wahrheitsfindung scheinen die JustizministerInnen nicht zu erkennen, da sie die Auffassung vertreten, daß »ein dringender gesetzgeberischer Prüfungsbedarf besteht, wobei das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz kindlicher Opferzeugen, der Pflicht zur Wahrheitserforschung und der Rechtsstellung des Beschuldigten besonders schwierige Fragen aufwirft.<sup>19</sup>«

Die Autorin scheint jedoch einer Einführung des Videotaping allein aus Wahrheitsgesichtspunkten kritisch gegenüberzustehen: »Auch ist mittlerweile die Tendenz unübersehbar, den Schutz kindlicher Zeugen nicht wirklich um der Kinder willen zu verbessern, sondern um die Suche nach der Wahrheit als wesentliches Kriterium des Strafverfahrens zu fördern« (S. 68, vgl. auch S. 104, 333). Sie unterläßt es deshalb, ihre Argumentation für die Einführung des Videotaping zusätzlich mit dem »Wahrheitsfindungsargument« zu stützen.

Die Überlegenheit des Videotaping gegenüber dem CCTV zeigt sich m. E. nämlich auch dadurch, daß bei der frühen Konservierung der Aussage auch die Problematik der suggestiven Beeinflussung des Opfers durch die Außenwelt<sup>20</sup> minimiert wird. Befragt man das Kind ohne gesellschaftlichen Erwartungsdruck, so erlangt man eine Schilderung, die der materiellen Wahrheit am nächsten kommt. Zu einer Einflußnahme kann es aber während des langen Wartens auf die Hauptverhandlung kommen.

Konsequenterweise müßte auch eine Nachvernehmung, also eine weitere Vernehmung zur Sache nach der bereits hergestellten Videoaufzeichnung unzulässig sein, da bei einer solchen wiederum die Gefahr der Suggestion bestünde. Da dann die einzige Vernehmung in einem richterlichen Ermittlungsverfahren durchgeführt wird, äußern RichterInnen vielfach Bedenken darüber, daß sie die Kinder nach der Verfahrensweise des Videotaping nicht persönlich zu Gesicht bekommen wür-

den und somit ein Urteil sprechen müßten, ohne den Hauptbelastungszeugen je »erlebt« zu haben. Wenn das Gericht sich jedoch selbst ein Bild von dem/der kindlichen Zeugen machen möchte, um sich einen persönlichen Eindruck des Kindes zu verschaffen, könnte es zur Hauptverhandlung geladen und zur Person befragt werden, nicht aber erneut zur Sache selbst.

Im zweiten Teil der Arbeit stellt Mildenberg die nach geltendem Recht existierenden Möglichkeiten dar, eine vorgerichtliche Vernehmung in die Hauptverhandlung einzuführen. Da bislang eine systematisch-dogmatische Auseinandersetzung mit der Rechtsqualität einer durch Videotechnologie aufgezeichneten Vernehmung nicht erfolgt ist, zieht die Autorin zunächst die Parallelproblematik »Tonbandaufzeichnungen im Strafverfahren« heran, um darüber die Videoaufzeichnung rechtlich einordnen zu können. Sie kommt zu dem Ergebnis, daß das Videoband Augenscheinsbeweis sein kann, wenn es um die Feststellung rein äußerlicher Umstände, beispielsweise die Verfassung des Kindes während seiner Ausführungen, geht.

Im Falle eines Vernehmungsvideos, das die Aussage eines Kindes ersetzen soll, steht aber die Kenntnisnahme von dem durch die Aufzeichnung vermittelten Inhalt im Vordergrund. Normalerweise erfolge die Wiedergabe von Gedankeninhalten durch deren schriftliche Niederlegung und spätere Verlesung, damit diese dem Zuhörer zugänglich gemacht werden könnten. Das Videoband sei eine Urkunde, wenn es sich dabei um ein Schriftstück handele, da diese Begriffe in der StPO synonym verwendet würden. Für das materielle Strafrecht hat der Gesetzgeber in § 11 Abs. 3 StGB eine derartige Gleichstellung von Schriftstücken und Ton- bzw. Bildträgern getroffen. Eine solche fehlt aber in der StPO, vielmehr wird in § 168 a Abs. 2 Satz 1 StPO zwischen Tonbandaufnahmegeräten und den herkömmlichen Schriftprotokollen differenziert. Deshalb ist das Videoband wohl nicht als Urkunde anzusehen, sondern als Beweismittel eigener Art, auf das aber im »Wege der offenen Rechtsfortbildung« (S. 214) die Vorschriften über den Urkundenbeweis (§§ 249 ff. StPO) analog<sup>21</sup> anzuwenden sind.

Zu untersuchen bleibt aber dennoch, welche

19 NJW 1995, Informationen zur 66. JustizministerInnenkonferenz, XXII

20 Die Problematik einer möglicherweise »lenkenden« Befragung durch Vernehmungspersonen bleibt jedoch ungelöst.

21 Gegen eine analoge und für eine direkte Anwendung der Vorschriften ist der Deutsche Richterbund (Fn. 8), S. 24.

Konflikte das Videotaping im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit dem Unmittelbarkeitsprinzip auslöst. Dieses enthält zum einen eine formelle Seite, also das in §§ 261, 226 StPO verankerte Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, zum anderen eine materielle, die des bestmöglichen Beweises (§ 244 II StPO). »Um das sich aus § 244 II StPO ergebende Postulat bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung zu erfüllen, muß sich das erkennende Gericht also regelmäßig in unmittelbarer Beweisführung versuchen. Verzichtet es auf die Heranziehung eines erreichbaren, sachnäheren Originalbeweises – den Zeugen – und begnügt sich statt dessen mit berichtenden Sachbeweisen, ist die gerichtliche Aufklärungspflicht aus § 244 II StPO verletzt« (S. 242 f.). § 250 StPO geht also davon aus, daß die Wahrnehmung einer Aussageperson bestmöglichst nur durch deren unmittelbare, persönliche Vernehmung gewährleistet sei. Daher verbiete sich ein Rückgriff auf das Vernehmungsvideo, wenn das Kind aussagefähig sei bzw. das Kindeswohl nicht entgegenstehe.

Folgt man dieser Auffassung, so zeigt sich, daß der Unmittelbarkeitsgrundsatz in seiner materiellen Hauptaussage kein Argument gegen die Einführung der konservierten Vernehmung in die Hauptverhandlung sein kann, da – wie bereits dargestellt – diese Form der Aussage der »Wahrheitsfindung« am nächsten kommt und die unmittelbarste Form der Beweisführung ist. Es wird lediglich deutlich, daß § 250 StPO dringend einer kriminalpolitischen Überprüfung unterzogen werden sollte.

Mildenberger führt weiter aus, daß der einzige Weg, nach geltendem Recht ein Videoband substitutiv in die Hauptverhandlung einzuführen, derjenige über § 251 StPO analog ist. Die Verfasserin kritisiert in diesem Zusammenhang die restriktive richterliche Interpretation bei der Bestimmung des unbestimmten Rechtsbegriffes des »Hindernisses« in § 251 I Nr. 2 und II S. 2 StPO. Des weiteren fehlt es nach ihrer Ansicht auf der Rechtsfolgenseite häufig an einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung. Unter die Nr. 2 ließen sich etwa die Hindernisse des § 223 StPO, Krankheit – darunter fallen auch psychische Erkrankungen – und sonstige Hindernisse<sup>22</sup> subsumieren.

Praktische Bedeutung hätte aber lediglich die

Variante des § 251 StPO, die das Einverständnis des Angeklagten und des Verteidigers zur Ersetzung der Aussage voraussetzt. Ein solcher genereller Konsens kommt jedoch selten zustande. Daher wirken StaatsanwältInnen eher darauf hin, daß der Beschuldigte bereits im Ermittlungsverfahren mit dem Videoband konfrontiert wird, um ihn zu einem »frühen« Geständnis zu bewegen, das dann strafmildernd berücksichtigt wird. Aufgrund der gesellschaftlichen Stigmatisierung des »Kinderschänders« werden aber solche Geständnisse m. E. zum einen selten sein<sup>23</sup>, zum anderen stellt diese Vorgehensweise eher eine Kapitulation der Justiz vor dem Problem des sexuellen Mißbrauchs und dessen Folgen dar, als daß sie auf dringend erforderliche prozessuale Veränderungen hinwirkt.

Die Verfasserin sieht als adäquate Lösung der Realisierung eines Schutzes kindlicher OpferzeugInnen nur die Möglichkeit einer Neuformulierung des § 251 StPO. Dabei sollte ein neuer § 251 II a StPO mit folgender Formulierung eingeführt werden:

»Die Vernehmung eines minderjährigen Zeugen ist durch das Abspielen einer Videoaufzeichnung über seine frühere richterliche oder andere Vernehmung zu ersetzen, es sei denn, der Zeuge beantragt persönliche Vernehmung« (S. 321).

Nach dieser Regelung erlangt die Ausgestaltung des Anwesenheitsrechts des Beschuldigten im Vorverfahren eine zentrale Bedeutung. Wie oben bereits angedeutet wurde, sollten sich der Beschuldigte und die Verteidigung während der Vernehmung räumlich getrennt vom Opfer in einem sog. »Projektionsraum« (S. 130) befinden, von dem aus sie die Vernehmung verfolgen können und die Möglichkeit haben, ein Fragerecht gem. §§ 240, 241 a StPO, also über das Gericht wahrzunehmen.

Die Arbeit schließt mit einer verfassungsrechtlichen Überprüfung dieses Reformvorschlages ab. Diese erfolgt zunächst nach Maßgabe des Art. 6 III, lit. d) MRK, der eine Konfrontation des Angeklagten/Beschuldigten mit dem Belastungszeugen ermöglicht, anschließend unter dem Aspekt der Interessenkollision von Kinderschutz- und Verteidigungsrechten. Wenn der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren ein umfassendes Anwesenheitsrecht habe, so reduziere sich die Abwägungsproblematik auf die Frage, ob

22 Siehe zu diesen ausführlich Meier JZ 1991, 638

23 So auch Frommel, KRtV 1995, 17.



eine unzumutbare Beeinträchtigung der Verteidigungsinteressen deshalb vorliege, weil der/die kindliche ZeugIn zu nachträglichen Beweistatsachen, die in der Hauptverhandlung vorgebracht würden, nicht mehr angehört werden könne. Dies kann meiner Ansicht nach mit der Autorin verneint werden. Etwas unklar bleibt allerdings, warum eine Abwägung dieser Interessen nicht schon bei der Ermessensausübung des § 251 StPO Beachtung finden kann.

Mildenbergers Untersuchung ist ein eindrucksvolles Plädoyer für den Schutz der kindlichen Opfer und dokumentiert, daß eine Reform nicht nur dringend erforderlich erscheint, sondern auch keinen radikalen Bruch mit dem bestehenden strafprozessualen System bedeuten müßte. Die Bundesregierung und die Opposition sollten sie deshalb zum Anlaß nehmen, ihre Haltung gegenüber einer Novellierung zum Opferschutz nochmals zu überdenken. In den rechtspolitischen Vorschlägen zur 13. Legislaturperiode (1995–1998)<sup>24</sup> wird zum Thema »Kindlicher Opferschutz« nichts vorgetragen. Nur Bündnis 90/Die Grünen<sup>25</sup> unterstützen [pauschal] die Forderung zum Schutz von Kindern in Verfahren wegen sexuellen Mißbrauchs«.

Alexandra Maier

Wiegandt, Manfred H.: *Norm und Wirklichkeit. Gerhard Leibholz (1901–1982) – Leben, Werk und Richteramt, Baden-Baden 1995, 345 S., DM 79,-*

Mehr als ein Jahrzehnt nach dem Tode des Staatsrechtlers und Bundesverfassungsrichters Gerhard Leibholz erschien 1995 die erste große monographische Darstellung seines Lebens und Werkes. Manfred Wiegandt hat sich dieser schwierigen und sehr umfangreichen Aufgabe gestellt und ein Buch von insgesamt 345 Seiten vorgelegt. Betrachtet man die Fülle der Abhandlungen, die Leibholz während einer sechzigjährigen Schaffensperiode hinterließ, wird deutlich, welche analytische Arbeit es zu bewältigen galt.

Das Buch erweist sich als ausgesprochen benutzerfreundlich. Ein umfangreiches Perso-

nenverzeichnis, ein Verzeichnis höchst richterlicher Entscheidungen, die in Zusammenhang mit der Person und dem Werk von Gerhard Leibholz stehen, und die gute Lesbarkeit werden dazu beitragen, daß die Monographie auch unter Politologen und Historikern große Resonanz finden wird.

Inhaltlich fällt zunächst auf, daß Wiegandt die Komplexe Leben und Werk separat bearbeitet. Damit wird dem Leser unabhängig von Gerhard Leibholz' Werk eine »interessante Biographie« präsentiert (S. 15). Die Alternative hätte angesichts Leibholz' komplexer Lebensgeschichte lediglich für unnötige Verwirrung gesorgt. Zudem wird durch Einschübe im Werkteil immer wieder auf den jeweiligen Lebensabschnitt verwiesen, was eine zeitliche Einordnung erleichtert. Wiegandt gliedert den Werkteil in fünf große Themengebiete, die im Gesamtwerk von Leibholz dominiert haben, und zwar: (1) den rechtstheoretischen und methodischen Ansatz, (2) den Gleichheitssatz, (3) den Strukturwandel des parlamentarischen Systems, (4) Demokratie und Totalitarismus, (5) die Verfassungsgerichtsbarkeit.

Leibholz' Lebensgeschichte gewinnt durch die Befragung der Familie und die umfangreiche Recherche in mehreren Archiven große Plastizität (S. 323). Vor allem in dem Kapitel über den »nichtarischen« Professor an der Georgia Augusta (S. 28 ff.) tritt erschreckend deutlich zutage, aus welchen scheinheiligen Beweggründen ein Teil des juristischen Fakultätskollegiums die Berufung von Leibholz verhindern wollte. Wiegandt illustriert anhand der Person Gerhard Leibholz' die Schwierigkeiten einer Hochschullehrerkarriere eines jungen Wissenschaftlers jüdischer Abstammung. Das bewegte Leben macht es keinem Bearbeiter leicht, ein distanziertes Verhältnis zu entwickeln. Ohne Widerspruch kann man Hennis zustimmen: »Wie kann man von Gerhard Leibholz ohne Befangenheit sprechen. Sein Bruder Hans und dessen Frau, zwei Brüder und zwei Schwäger seiner Frau Sabine, der Zwillingsschwester Dietrich Bonhoeffers, waren den Schergen Hitlers zum Opfer gefallen.«<sup>1</sup>

Ansichts dessen stellt sich die schwierige Frage, ob und gegebenenfalls wie man mit zweideutigen Äußerungen – z. B. gegenüber

<sup>24</sup> Leutheusser-Schnarrenberger für die FDP, ZRP 1995, 81 ff.; Eylmann für die CDU, ZRP 1995, 161 ff.; Daubler-Gmelin für die SPD, ZRP 1995, 121 ff.

<sup>25</sup> Beck, ZRP 1995, 281 (283).

<sup>1</sup> Hennis, Wilhelm: Der »Parteienstaat« des Grundgesetzes. Eine gelungene Erfindung, in: Spiegel Dokument Nr. 5, Beilage zur Abonnentenaufgabe von »Der Spiegel«, Nr. 41/92, Oktober 1992, S. 8.

dem Parlamentarismus<sup>3</sup> – umzugehen hat. Gerade Leibholz' frühe Schriften geben mancherlei Anlaß zur Hinterfragung.<sup>4</sup> Wiegandt hat diese Problematik gesehen und keine leichtfertige, sondern eine diskussionswürdige, mitunter diskussionsbedürftige Bewertung vorgenommen.

Seine Vorgehensweise, nämlich bereits im Einleitungskapitel den »rechtstheoretischen und methodischen Ansatz« darzustellen, ist hilfreich. Leibholz war während der Weimarer Republik ein Vertreter der geisteswissenschaftlichen Richtung und der Integrationslehre Rudolf Smends<sup>5</sup>. Er bereicherte sie durch Elemente der Phänomenologie.<sup>6</sup> Richard Thoma schien der phänomenologische Ansatz in weiten Teilen als ein Kreisen um juristische Begrifflichkeiten, und Wiegandt übernimmt diese Bewertung (S. 99).

Von ungleich größerer Relevanz war Leibholz' Eintreten für die geisteswissenschaftliche Richtung. In seiner Dissertation »Die Gleichheit vor dem Gesetz«<sup>6</sup> aus dem Jahre 1925 kam sie erstmalig zur Geltung. Diese Dissertation erwies sich auch in Bezug auf den staatsrechtlichen »Methoden- und Richtungsstreit« als bedeutsam. Leibholz kam zu dem Ergebnis, »daß der Gesetzgeber an den Gleichheitssatz gebunden sei« (S. 100), also nur Gesetze erlassen dürfe, die die einzelnen Staatsbürger gleich behandelten. Wiegandt ist zuzustimmen, wenn er folgert: »Grundlegend für seine Neuinterpretation ist der von ihm gesehene Bezug zwischen dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz (...) auf der einen und der Gerechtigkeit bzw. der »Rechtsidee« auf der anderen Seite«

(S. 100/101). Geht man von dieser Prämisse aus, erscheint es nur folgerichtig, aus dem Umkehrsatz das Verbot an den Gesetzgeber abzuleiten, willkürliche Normen zu erlassen (S. 101).

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bezüglich des »Willkürverbotes« hat mithin ihren geschichtlichen Ursprung in dieser bereits im Jahre 1925 entstandenen Arbeit. Deutlich wird aber auch, daß Leibholz auf dem Fundament von Heinrich Triepels »Goldbilanzverordnung und Vorzugsaktien« aufbauen konnte (S. 100/121). Darüberhinaus erhielt mit der Publikation der Dissertation der bereits schwelende staatsrechtliche »Methoden- und Richtungsstreit« seine volle Brisanz. Akzeptierte man nämlich Leibholz' Schlußfolgerungen, dann ergab sich zwangsläufig die Frage, wer einen Verstoß des Gesetzgebers gegen Art. 109 WRV feststellen und korrigieren solle. Wiegandts Schlußfolgerung ist wohl zutreffend, daß man Triepel und Leibholz »nichts Falsches unterstellt, wenn man wie Thoma behauptet, ihnen sei es letztlich auch um die richterliche Kontrollmöglichkeit gegenüber dem Gesetzgeber gegangen« (S. 129).

In diesem Zusammenhang wirkt es jedoch befremdlich, daß Leibholz sich nie die Frage gestellt hat, »ob man der Richterschaft der damaligen Zeit wirklich ohne weiteres die Kontrolle des demokratisch[en] gewählten Gesetzgebers anvertrauen konnte« (S. 131). Wenn heute das richterliche Prüfungsrecht »auf einer festen demokratischen Basis in Staat und Gesellschaft allgemein anerkannt ist« (S. 131), beweist dies allerdings noch nicht, daß es auch im historischen Kontext der Weimarer Zeit seine Berechtigung hatte (S. 131).

Neben Heinrich Triepel übte Rudolf Smend auf den jungen Leibholz einen entscheidenden Einfluß aus. Die Integrationslehre Smends, dargelegt in »Verfassung und Verfassungsrecht«<sup>7</sup>, wurde von Leibholz aufgegriffen und auf das italienische faschistische Verfassungsrecht angewendet. Die im Jahre 1928 gehaltene Antrittsvorlesung »Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts« zeugt davon.<sup>8</sup> Sie enthält einige ambivalente Äußerungen zur faschistischen Ver-

<sup>2</sup> Leibholz, Gerhard: Die Wahlrechtsreform und ihre Grundlagen, in: VVDStL Heft 7, 1932, S. 159 ff. (160).

<sup>3</sup> Vgl. Bauer, Wolfgang: Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie. Zur Politologie des Methodenstreites der Staatsrechtslehre, Berlin 1968, S. 325; Meinck, Jürgen: Weimarer Staatsrechtslehre und Nationalsozialismus. Eine Studie zum Problem der Kontinuität im staatsrechtlichen Denken in Deutschland 1928–1936, Frankfurt/New York 1978, S. 60 f.; Tanner, Klaus: Die fromme Verstaatlichung des Gewissens. Zur Auseinandersetzung um die Legitimität der Weimarer Reichsverfassung in Staatsrechtswissenschaft und Theologie der zwanziger Jahre, Dissertation 1987, Evangelische theologische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München, Göttingen 1989, S. 172–183.

<sup>4</sup> Leibholz, Gerhard: Zur Begriffsbildung im öffentlichen Recht, in: Blätter für Deutsche Philosophie, Band 5, 1931/32, S. 12 ff.

<sup>5</sup> Leibholz, Gerhard: Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems. Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre, Berlin/Leipzig 1929, 1. Kapitel.

<sup>6</sup> Leibholz, Gerhard: Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, Berlin 1925.

<sup>7</sup> Smend, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht, München/Leipzig 1928.

<sup>8</sup> Leibholz, Gerhard: Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts, Berlin/Leipzig 1928, S. 7 f.

fassungswirklichkeit<sup>9</sup>, die dafür sprechen, daß Leibholz eine unkritische Einstellung zum italienischen Faschismus hatte. Wiegandt negiert den Zusammenhang zwischen Smends »Integrationslehre« und Leibholz' Faschismusanalyse (S. 25). Er führt die Untersuchung ausschließlich auf seine Tätigkeit als Italien-Referent am Kaiser-Wilhelm-Institut zurück (S. 25, Fn. 71)<sup>10</sup>. Hier scheint mir eine Differenzierung angebracht. Dazu gehört der feine, in jedem Falle aber zu beachtende Unterschied zwischen »autoritärem« und »totalitärem« Staat.<sup>11</sup> Dank Manfred Wiegandts umfangreichen Archiv- und Literaturrecherchen läßt sich belegen, daß von einer Anbiederung an die Nationalsozialisten bei Gerhard Leibholz nicht gesprochen werden kann.<sup>12</sup> So gelang es ihm noch im Jahre 1938, einen Artikel in Italien zu veröffentlichen, der den bestehenden Unterschied zwischen faschistischem und nationalsozialistischem Staat zum Ausdruck brachte.<sup>13</sup> Allerdings enthält dieser Artikel darüber hinaus eine weiterführende Diskussion der faschistischen Verfassungswirklichkeit. Insofern scheinen auch die von Wiegandt dargestellten Fluchtpläne der Familie realistisch (S. 223), da bis 1938 von einem italienischen

Antisemitismus nicht gesprochen werden konnte.<sup>14</sup>

In seiner Habilitationsschrift »Das Wesen der Repräsentation«<sup>15</sup> aus dem Jahre 1928 ging Leibholz davon aus, »daß die verfassungsrechtlich intendierte repräsentative Stellung von Regierung und Parlament in zunehmendem Maße »problematisch« geworden sei« (S. 160). Wiegandt verschwieg das nicht (S. 150f.). In der Folgeschrift »Die Wahlrechtsreform und ihre Grundlagen«<sup>16</sup> finden sich Sätze, die eine positive Einstellung zum autoritären Staat vermuten lassen. Andererseits werden erste Ansätze in Richtung des demokratischen Parteienstaates deutlich sichtbar.<sup>17</sup>

Vor allem der sich nahtlos anschließende Komplex der »Leibholz'schen Parteienstaatslehre« – mit allen ihren Facetten – wird von Wiegandt umfassend und, angesichts der Materialfülle, sehr sorgfältig bearbeitet. Die von ihm gewählte Einteilung in große Themengebiete erweist sich gerade an dieser Stelle als nützlich. Denn nach der umfassenden Analyse der Parteienstaatslehre Gerhard Leibholz' wird der Streit um die Parteienfinanzierung in den sechziger Jahren um so deutlicher (S. 184).

Leibholz sah in den Parteien die Garanten für eine funktionierende Demokratie (S. 184/307). Damit bestimmte er die Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts,<sup>18</sup> »wenn dieser in einem seiner ersten Urteile die Parteien zu »integrierenden Bestandteilen des Verfassungsaufbaus und des verfassungsrechtlich geordneten Lebens«<sup>19</sup> erklärte. Angesichts dieser Schlußfolgerungen stellte sich zwangsläufig die Frage nach der Zulässigkeit staatlicher Parteienfinanzierung. Wiegandt legt dar, daß für Leibholz die unmittelbare staatliche Finanzierung der Parteien »als letzte(r) Konsequenz des Parteienstaates« zum damaligen Zeitpunkt noch nicht zur Diskussion stand (S. 184). Er gab jedoch seine Einwände, die in erster Linie auf dem in Art. 38 GG basierenden Prinzip

<sup>9</sup> Vgl. Petersen, Jens: Der italienische Faschismus aus der Sicht der Weimarer Republik. Einige deutsche Interpretationen, in: Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken, Nr. 55/56, 1976, S. 315 ff. (345 f.); Meinek, Jürgen (Fn. 3), S. 60 f.

<sup>10</sup> Wiegandts Schlußfolgerung, daß Leibholz' Antrittsvorlesung im Juni 1928 stattfand und er folglich das ca. 6 Monate zuvor erschienene Buch von Smend nicht berücksichtigen konnte, ist nicht zutreffend. Zum einen war das Skript für »Verfassung und Verfassungsrecht« bereits 1927 fertiggestellt. Zum anderen standen Smend und Leibholz bereits seit 1922/23 in engem Kontakt. Darüber hinaus war Smend der Zweitgutachter in der im gleichen Jahr (1928) vorgelegten Habilitation von Leibholz, vgl.: Leibholz, Gerhard: Rudolf Smend. Gedenkrede, in: In memoriam Rudolf Smend. Gedenkfeier am 17. Januar 1976 in der Aula der Universität Göttingen, Göttingen 1976, S. 15 ff. (18/38).

<sup>11</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang den in jüngster Zeit erschienenen Aufsatz von Wolfgang Schieder: Das italienische Experiment. Der Faschismus als Vorbild in der Krise der Weimarer Republik, in: Historische Zeitschrift, Nr. 262, 1996, S. 73 ff. Insofern mißverständlich Wiegandt, S. 236/237/242.

<sup>12</sup> Leibholz konnte bis 1936 in Deutschland veröffentlichen (insofern ist es leider unpräzise, wenn Wiegandt schreibt: »seine spärlichen Publikationen erschienen nur noch im Ausland«, S. 31). Leibholz' letzter, in Deutschland erschienener Aufsatz »Der Zweck des Rechts«, in: »Der junge Rechtsgelehrte«, 1936, S. 193 ff. spiegelt die Bemühung wider, gegenüber den nationalsozialistischen Machthabern auf Distanz zu gehen.

<sup>13</sup> Leibholz, Gerhard: Il secolo XIX e lo Stato totalitario del presente, in: Rivista internazionale di filosofia del diritto, Jg. 18, 1938, S. 1 ff. (21/38/39).

<sup>14</sup> Carpi, Daniel: The Origins and Development of Fascist Anti-Semitism in Italy (1922–1945), in: Gutman, I./Rothkirchen, L. (Hrsg.): The Catastrophe of European Jewry, Jerusalem 1976, S. 283 ff. (286).

<sup>15</sup> Leibholz, Gerhard: Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems. Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre, Berlin/Leipzig 1929.

<sup>16</sup> Leibholz, Gerhard: Die Wahlrechtsreform und ihre Grundlagen, in: VVDStL. Heft 7, 1932, S. 159 ff. (160).

<sup>17</sup> Leibholz, Gerhard (Fn. 16), S. 187.

<sup>18</sup> BVerfGE 4, 27 (Plenum).

<sup>19</sup> BVerfGE 1, 208 (225).

des repräsentativen Parlamentarismus basierten auf, »nachdem das Bundesverfassungsgericht (...) die Stellung der Parteien gestärkt hatte« (S. 184/185). In einer Reihe von Entscheidungen ebnete die Rechtsprechung in der Folgezeit der staatlichen Parteienfinanzierung den Weg.<sup>20</sup> Im Jahre 1966 kam es dann zur aufsehenerregenden Wende. Zum einen wurde Leibholz, nachdem er sich während des laufenden Verfahrens zu einer ungeschickten Äußerung hatte hinreißen lassen,<sup>21</sup> »spektakulär wegen Befangenheit von der weiteren Beratung und Beschlussfassung ausgeschlossen« (S. 185). Zum anderen wurde die bisherige Rechtsprechung umgestoßen.<sup>22</sup> Ob eine Wende in der Rechtsprechung auch mit Leibholz im Spruchkörper stattgefunden hätte, ist zu bezweifeln. So aber kam es zu einer Vier-zu-Drei-Entscheidung (S. 185). Wiegandts Einschätzung, daß die Begründung dieser Entscheidung dürftig war und sich nicht mit einer Reihe wichtiger Grundsatzfragen auseinandersetzte, ist zuzustimmen (S. 71)<sup>23</sup>.

Positiver Erwähnung bedürfen auch Wiegandts Ausführungen zu Leibholz' kirchlichen Betrachtungen (S. 244). Unter dem Einfluß seines Schwagers Dietrich Bonhoeffer und des Bischofs von Chichester sowie geprägt durch Flucht und Exil begann Leibholz sich in England auch mit dem Verhältnis »Kirche und Staat« auseinanderzusetzen (S. 244 f.). Insbesondere die Haltung der evangelischen Kirche in den Jahren des Nationalsozialismus rief bei ihm starke Kritik hervor. Anders als die Lutheraner verstand er die »Zwei-Reiche-Lehre« nicht dahin, daß »jegliche bestehende Autorität zu tolerieren« sei (S. 244). Seine Forderung ging gar soweit, »daß die Kirche zur Erfüllung ihrer Pflicht im Notfall nicht zögern sollte, einen offenen

Krieg mit den weltlichen Mächten zu führen« (S. 245).

Er sprach in diesem Sinne von der notwendigen Entwicklung eines »christlichen Totalitarismus« (S. 247), der versuchen müßte, auf alle Aspekte des Lebens Einfluß zu nehmen. »Kein Lebensbereich könne den Anspruch der Kirche, die Prinzipien der Bibel umzusetzen, zurückweisen. Keine politische Angelegenheit sei für den Christen von Gleichgültigkeit« (S. 247). Diese Äußerungen müssen im zeitlichen Kontext von Flucht und Exil gesehen werden (S. 248). Ebenso gilt es zu bedenken, welchen Repressalien die »Bekennende Kirche« während der nationalsozialistischen Herrschaft ausgesetzt war. Leibholz' Schwager Dietrich Bonhoeffer kostete sein Engagement das Leben. Gleichwohl kann man nicht umhin festzustellen, daß der Begriff »christlicher Totalitarismus« wohl nicht mit der Lehre Luthers in Einklang zu bringen ist (S. 248).

Mit den hier angesprochenen Punkten wird sowohl die Bandbreite der Werke Leibholz als auch die von Wiegandt geleistete Arbeit deutlich. Ohne Zweifel gehört Gerhard Leibholz zu den großen Persönlichkeiten der deutschen Staatsrechtslehre des 20. Jahrhunderts. Bereits in jungen Jahren legte er den Grundstein für seine wissenschaftliche Karriere. Die Dissertation und die Habilitation waren »akademische Volltreffer« (S. 309) und haben das geltende Verfassungsrecht tiefgreifend geprägt. Dies herausgearbeitet zu haben, ist Wiegandts Verdienst. Daß seine Untersuchung nicht zu allen Einzelfragen das letzte Wort sein muß, ist hier angedeutet worden. Alles in allem möchte man dem gelungenen Buch von Manfred Wiegandt eine große Leserschaft wünschen.

Susanne Benohr

20 Vgl. u. a. BVerfGE 8, 51 (63).

21 Leibholz, Gerhard: Staat und Verbands, in: VVDStL Band 24, S. 5 ff. (19) und BVerfGE 20, 1 (3).

22 BVerfGE 20, 1 (5 ff.).

23 Vgl. auch Zwirner, Henning: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Parteienfinanzierung, in: AoR 93, 1968, S. 81 ff. (105); Sarstedt, Werner: Anmerkung zur Ablehnung eines Richters des Bundesverfassungsgerichts wegen Besorgnis der Befangenheit, in: JZ 1966, S. 314 ff. (316).