

# Buchbesprechungen

*Reinhard Merkel (Hrsg.), Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht, Frankfurt am Main (edition suhrkamp 2152) 2000, 241 S., DM 19,90*

Stehen die Menschenrechte seit dem Kosovo-Krieg unter einem (ungeschriebenen) Kollateralschaden-Vorbehalt? Welche Rechtfertigung kann es für die Bombenangriffe der NATO geben, wenn man die Abstraktionsebene allgemeiner Rechtsprinzipien verläßt und die konkreten Rechte der in Jugoslawien Geschädigten, der über 1500 getöteten Zivilpersonen, der Verletzten oder durch die Umweltzerstörungen in ihrer Gesundheit Beeinträchtigten, derjenigen, die ihr Eigentum oder ihren Arbeitsplatz verloren haben, berücksichtigt? Immerhin wirft ein Bericht von amnesty international aus dem Juni 2000 der NATO zahlreiche Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht vor. Dieses zentrale Problem des humanitären Interventionismus findet in der allgemeinen Öffentlichkeit wie in der juristischen Fachdiskussion eine erstaunlich geringe Aufmerksamkeit.

Dies gilt auch für die zehn in diesem Sammelband vereinten Beiträge, die kurz vor, während und nach dem Krieg verfaßt und meist bereits in Zeitungen oder Zeitschriften veröffentlicht wurden. Die Autoren sind allesamt deutsche Wissenschaftler, Juristen, Philosophen, Soziologen und Politologen. Obwohl sie in der konkreten Beurteilung des Kosovo-Konfliktes unterschiedlicher Auffassung sind, verteidigt kein einziger das Gewaltverbot der UN-Charta in einer grundsätzlichen Weise. Alle beschäftigen sich vielmehr mit der Frage, unter welchen Bedingungen die Intervention gerechtfertigt sein kann und wie dies mit dem geltenden Völkerrecht vereinbar ist. Ist der prinzipielle Pazifismus im Jahr 1999 in Deutschland tatsächlich schon so irrelevant

geworden, daß er auch in einem solchen Sammelband nicht mehr berücksichtigt werden muß?

Abgesehen von dem Beitrag von Ulrich Beck, der keine normative Perspektive einnimmt, sondern den Krieg als Ausdruck eines Prioritätenwechsels zwischen Völkerrecht und Menschenrecht beschreibt (S. 234) und auf die Gefahren einer grenzenlosen Selbstermächtigung lediglich hinweist (S. 240), lassen sich zwei Grundpositionen herausarbeiten:

- a) Die humanitäre Intervention ist durch den Grundsatz der Nothilfe rechtlich oder zumindest moralisch gerechtfertigt.
- b) Die humanitäre Intervention ist nur unter so engen Bedingungen gerechtfertigt, daß sie im konkreten Fall nicht zulässig ist.

Die erste Position vertreten Bruno Simma, Jürgen Habermas, Dieter Senghaas und Knut Ipsen. Simma leitet zunächst auf der Grundlage des geltenden Völkerrechts her, daß eine humanitäre Intervention ohne Legitimation durch den Sicherheitsrat grundsätzlich unzulässig sei (S. 17). Da im Fall des Kosovo kein entsprechender Beschluß vorlag, sei die Intervention nur als singuläres Ereignis, aus dem keine allgemeine Regel oder Politik abgeleitet werden könne, zu rechtfertigen (S. 31). Zwingende politische und moralische Erwägungen ließen aber anscheinend keine andere Wahl als ein Handeln außerhalb des Rechts (S. 49).

Auch der Beitrag von Habermas, dem in der Phase der Bombenangriffe eine politisch nicht zu unterschätzende Funktion als Rückendeckung der rot-grünen Bundesregierung zukam, sieht den Krieg »an der Grenze von Recht und Moral« (S. 51, 60). Er sei in eine Tradition des »Rechtspazifismus« einzuordnen (S. 52). Es lägen im Kosovo Verbrechen gegen die Menschlichkeit vor, die die Inter-

vention rechtfertigen könnten (S. 54 f.), allerdings bestünden Zweifel im Hinblick auf die Zweck- und Verhältnismäßigkeit der eingesetzten Mittel (S. 55 f.). Notwendig sei eine durchgreifende Verrechtlichung der internationalen Beziehungen und die Etablierung von Verfahren der Konfliktlösung, u. a. durch einen internationalen Strafgerichtshof (S. 60). Die Menschenrechtspolitik sei als Vorgriff auf den künftigen kosmopolitischen Zustand zu verstehen (S. 61), die Menschenrechte müßten in einer Ordnung zwingenden Rechts positive Geltung erlangen (S. 62). Die NATO sei zwar keine unabhängige Institution, sondern handle paternalistisch, doch gebe es dafür gute moralische Gründe (S. 63). Wenn es gar nicht anders gehe, dürfe zur völkerrechtlich legitimierten Nothilfe gegriffen werden, doch erfordere die »Unferügkeit des weltbürgerlichen Zustandes eine besondere Sensibilität« (S. 63 f.).

Senghaas weist darauf hin, daß nicht nur das Gewaltverbot zwingendes Recht sei, sondern auch das Verbot des Völkermords, des Sklavenhandels, der Rassendiskriminierung, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und von Kriegsverbrechen im Sinne des humanitären Völkerrechts (S. 101 f.). Wenn der Sicherheitsrat, der aufgrund seiner Konstruktion kein Rechtsdurchsetzungsorgan, sondern ein politisches Organ sei, bei der Durchsetzung dieser grundlegenden Menschenrechte versage, so bestehe ein Recht auf Nothilfe und auf Nothilfe (S. 107 ff.). Sofern die Kriterien der Erforderlichkeit, der ultima ratio und der Verhältnismäßigkeit erfüllt seien, sei eine Intervention auch ohne Ermächtigung durch den Sicherheitsrat rechtmäßig (S. 109 f.). Er fordert eine öffentliche Diskussion über eine Kasuistik legitimer Interventionen (S. 111).

Ipsen benennt kaum mehr als schlagwortartig vier verschiedene Argumente zur Legitimation des Vorgehens der NATO. Großformatige und schwerste Menschenrechtsverletzungen seien eine Störung oder zumindest Gefährdung des Friedens, ihr Verursacher stehe deshalb nicht unter dem Schutz der UN-Charta, der Schutzbereich des Gewaltverbots sei nicht betroffen (S. 163). Das Recht der kollektiven Verteidigung greife auch zugunsten einer mit Waffengewalt angegriffenen Volksgruppe, doch schränkt er hierbei ein, daß das nicht geltende Völkerrecht sei, sondern nur eine Entwicklungstendenz (S. 164). Der Verstoß gegen das Gewaltverbot sei aber

durch den allgemeinen Rechtsgrundsatz des Notstandes gerechtfertigt (S. 164 f.). Zumindest handele es sich um eine angesichts der Schwere der Völkerrechtsverletzung ausnahmsweise zulässige Repressalie mit Waffengewalt, die sich an den Rahmen des Proportionalitätsprinzips halten müsse (S. 165 f.).

Die Vertreter der Gegenposition (Reinhard Merkel, Ulrich K. Preuß, Georg Meggle, Otfried Höffe und Wolfgang Kersting) halten zwar auch eine humanitäre Intervention für grundsätzlich zulässig, formulieren dafür aber Bedingungen, die jedenfalls im Kosovo-Konflikt nicht erfüllt waren. Merkel<sup>1</sup> beruft sich ebenfalls auf das Nothilferecht zum Schutz vor schweren und massenhaften Menschenrechtsverletzungen, auch ohne Zustimmung des Sicherheitsrates (S. 68 f.). Er nennt aber als zentrale Einschränkung, daß die Nothilfe in keinem Fall das Recht zur Tötung Unschuldiger gebe (S. 73, 90). Serbische Zivilisten seien nicht weniger schützenswert als diejenigen, zu deren Schutz die Angriffe durchgeführt werden (S. 93). Außerdem weist er auf den fehlenden Rechtsschutz der serbischen Opfer hin (S. 97 f.).

Preuß faßt zunächst die Entwicklung des Völkerrechts zusammen, wonach auch systematische Menschenrechtsverletzungen als Störungen des friedlichen Zusammenlebens der Staatengemeinschaft angesehen werden (S. 125). Bei einem Versagen des Sicherheitsrates hätte jedoch zunächst die Generalversammlung angerufen werden müssen (S. 130). An der Notwendigkeit der Angriffe bestünden Zweifel (S. 133), während er ihre Verhältnismäßigkeit angesichts der Schwere der an den Kosovaren verübten Menschenrechtsverletzungen für gegeben ansieht (S. 134). Als einziger thematisiert er die Frage, wie die konkreten Umstände eigentlich verläßlich festgestellt werden können und weist darauf hin, daß das in vollem Umfang wohl nur in einem gerichtlichen Verfahren möglich sei (S. 132). Er sieht die Intervention als gescheitert an und plädiert dafür, auch in den internationalen Beziehungen die Moral nicht über die Legalität zu stellen (S. 136 f.).

Meggle weist darauf hin, daß jeder Staat aus Individuen konstituiert sei (S. 140) und deshalb die Staatenimmunität nicht das höchste Gut sein könne (S. 142). Folglich sei eine Intervention bei Menschenrechtsverletzungen einer bestimmten Schwere als letztes Mittel zulässig (S. 146 f.). Die Nothilfe dürfe sich

1. Sein Beitrag ist auch abgedruckt in KJ 1999, 516 ff.

aber nur gegen den Angreifer selbst richten, die Gefährdung Dritter und der Intervenie-  
renden selber müsse möglichst gering gehalten  
werden (S. 149 ff.). Diese Bedingungen  
seien im Fall des Kosovo-Krieges nicht erfüllt  
(S. 159).

Auch Höffe nennt massive Menschenrechts-  
verletzungen als Voraussetzung humanitärer  
Interventionen (S. 171), denn alle Staaten hät-  
ten sich zur Anerkennung der Menschen-  
rechte verpflichtet (S. 175). Da es keine auto-  
risierte internationale Gewalt gebe (S. 178),  
komme Nothilfe als Notlösung in Frage  
(S. 180). Militärische Handlungen, die Un-  
schuldige, d. h. Zivilisten treffen, seien jedoch  
rechtsethisch unzulässig, man hätte deshalb  
wohl Landstreitkräfte einsetzen müssen  
(S. 183). Zu lösen sei das Problem letztlich  
nur durch die Schaffung einer Weltpolizei,  
die im Rahmen einer vorgegebenen Rechts-  
ordnung handle und gegen die Rechtsmittel  
möglich seien (S. 184).<sup>2</sup>

Kersting lehnt den formalen und negativen  
Friedensbegriff des Völkerrechts ab (S. 187)  
und plädiert für eine Einschränkung der  
dort zugrundegelegten Person-Staat-Analogie,  
da die normative Homogenität des Einzelstaats  
fiktiv sei (S. 193). Auch das demo-  
kratische Selbstbestimmungsrecht legitimiere  
keine grenzenlose Souveränität (S. 198 ff.).  
Andererseits warnt er vor einer Hypertrophie  
des Menschenrechtsgedankens  
(S. 210). Nur eklatante Verletzungen von Exi-  
stenzrechten wie dem Recht auf Leben könn-  
ten eine Intervention rechtfertigen (S. 220).  
Der Gewalteininsatz müsse effektiv sein, dürfe  
aber ausschließlich den Gewaltanwender  
selbst treffen (S. 225). Diese Bedingung sei  
praktisch nicht erfüllbar, so daß sich die Ri-  
siken der Intervention ihrer Ausführung in  
den Weg stellten (S. 229).

Auch die kritischen Einwände der letzten Bei-  
träge werden dem Charakter der Menschen-  
rechte als universeller, individueller Rechte  
nicht wirklich gerecht. Der Verlust der Dis-  
tanz zum eigenen Staat, der bei vielen deut-  
schen Intellektuellen seit einigen Jahren zu  
beobachten ist, sollte doch nicht so weit fuh-  
ren, die Opfer von dessen Taten auszublenden  
oder das Problem, wie Habermas, zu psycho-  
logisieren, bei dem »die beabsichtigten Zer-  
störungen ... die Unruhe [steigern]« (S. 56).  
Wenn man die Rechte aller Betroffenen ernst  
nimmt, werfen humanitäre Interventionen

von der Art des Kosovo-Krieges als Instru-  
ment des Menschenrechtsschutzes unlösbare  
Probleme auf, die die Formulierung von kon-  
kreten Bedingungen obsolet machen. Hierzu  
ist es ausreichend, grundlegende Erkenntnisse  
über die Anforderungen von Menschenrechten  
an staatliches Handeln anzuwenden.

Wenn man die von allen geteilte Auffassung  
der universellen Geltung jedenfalls der grund-  
legenden Menschenrechte als Ausgangspunkt  
nimmt, so kann es keinen Zweifel daran ge-  
ben, daß sie auch den auf dem Territorium des  
angegriffenen Staates befindlichen Personen  
zustehen. Die Serben auf den bombardierten  
Brücken, in den getroffenen Fabriken und  
Zügen, im Belgrader Rundfunksender wie  
auch die Chinesen in der zerstörten Botschaft  
waren Inhaber des Rechtes auf Leben, Ge-  
sundheit, Eigentum etc. Wenn die NATO-  
Staaten aufgrund der allgemeinen Geltung  
der Menschenrechte berechtigt sind, die auf  
jugoslawischem Territorium befindlichen Al-  
baner zu schützen, so können sie sich kaum  
darauf berufen, daß die Rechte der dortigen  
Serben und anderer Personen für sie irrelevant  
sind. Damit ist der zweite Schritt zwingend,  
daß nämlich die Tötung serbischer Zivilisten  
(und die anderen Schäden) Eingriffe in deren  
individuelle Menschenrechte ist, für die die  
Regierungen der Mitgliedstaaten, die im  
NATO-Rat den Einsatzbeschuß gefaßt ha-  
ben, verantwortlich sind.

Nun sind die Menschenrechte aber keine ab-  
strakten Ideen, sondern in konkreten Normen  
des internationalen Rechts niedergelegt. Das  
Recht auf Leben ist in Art. 6 Abs. 1 des Inter-  
nationalen Paktes über bürgerliche und poli-  
tische Rechte geschützt. Einschränkungen  
sind dort nur im Fall der Todesstrafe vorge-  
sehen, im übrigen regelt Art. 4 Abs. 2 des Pak-  
tes, daß das Recht auf Leben auch im Fall eines  
öffentlichen Notstandes nicht außer Kraft  
gesetzt werden darf. Damit bieten die inter-  
nationalen Menschenrechtsnormen keine  
Rechtfertigung für die kriegsbedingten To-  
tungen, der Eingriff ist in jedem Fall unzuläs-  
sig. Die von den meisten Beiträgen themati-  
sierte Frage der Verhältnismäßigkeit stellt sich  
dann gar nicht mehr. Ihr liegt vielmehr bereits  
eine unzulässige Kollektivierung der Men-  
schenrechte zugrunde, die Verletzungen en  
gros abwägt, ohne die einzelnen Individuen  
in den Blick zu nehmen. Das ist aber der  
gleiche Fehler, der den Verteidigern der staat-  
lichen Souveränität vorgeworfen wird.

Selbst wenn man aber annimmt, daß es ein

<sup>2</sup> Vgl. dazu ausführlich Höffe, *Demokratie im Zeitalter der  
Globalisierung*, 1999, S. 267 ff.

übergesetzliches, allgemeines Rechtsprinzip der Nothilfe gibt, das im Falle von massiven Menschenrechtsverletzungen ein Recht zur Tötung von Menschen gibt, so unterliegt dieses Recht auf jeden Fall engen Grenzen, die durch den Begriff der Erforderlichkeit bezeichnet werden. Zudem sind die Regeln des humanitären Völkerrechts einzuhalten, das in Art. 51 des 1. Zusatzprotokolls zu den Rotkreuzabkommen den Schutz der Zivilbevölkerung vor Angriffen vorschreibt. Wenn man diese Verpflichtungen ernst nimmt, dann sind Interventionen mit den modernen Kriegsführungsmethoden aus der Distanz, die den Schutz Unbeteiligter offensichtlich nie gewährleisten können, immer unzulässig. Es bleibt die Frage, ob es zulässig ist, die militärische Befehlsgewalt für extrem risikoreiche Landstreitkräfteeinsätze zu nutzen, wenn ihre Legalität so zweifelhaft ist.

Aber auch wenn diese Bedingungen grundsätzlich erfüllbar wären, stellt sich eine weitere Frage, die nur in wenigen Beiträgen am Rande angesprochen wird. In der jetzigen Verfassung der internationalen Ordnung fehlt den Opfern einer Gewaltaktion wie den NATO-Angriffen jede praktische Möglichkeit, mögliche Rechtsverletzungen gegenüber den Verantwortlichen geltend zu machen, und zwar sowohl auf der kollektiven wie auf der individuellen Ebene. Die meisten NATO-Staaten, einschließlich Deutschland, haben dem Internationalen Gerichtshof die Zuständigkeit zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Angriffe abgesprochen. Dies ist schwerlich als Ausdruck von »Rechtspazifismus« anzusehen, sondern als skandalöse, mit Art. 24 III GG nicht vereinbare Flucht vor der eigenen Verantwortung. Die Anklägerin beim Den Haager Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien hat entsprechende Anzeigen niedergeschlagen, ohne daß öffentlich eine überzeugende Begründung bekannt geworden ist. Die innerstaatlichen Gerichte der NATO-Staaten stehen den betroffenen Personen aus Jugoslawien de facto kaum offen und dürften von ihnen auch nicht als vertrauenswürdige, neutrale Instanzen angesehen werden. Ist nicht aber die Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes eine notwendige Voraussetzung für Eingriffe in Menschenrechte? Art. 19 Abs. 4 GG ist jedenfalls Ausdruck dieser Auffassung.<sup>3</sup> Zudem sieht das Grund-

gesetz schon für im Vergleich nur mittel-schwere Grundrechtseingriffe wie Festnahmen oder Abhörmaßnahmen eine zwingende Einschaltung eines unabhängigen Gerichts zur Überprüfung bzw. Autorisierung vor. Wenn man den eigenen Staat aber auch dann nicht für unfehlbar hält, wenn es um massive Gewaltaktionen wie eine humanitäre Intervention geht, dann muß man konsequenterweise mindestens die Möglichkeit des Rechtsschutzes bei einer Instanz vorsehen, die auch das Opfer als neutral anerkennen kann.

Diese Argumentation führt, wie von Höffe und Habermas ausgeführt, zur Forderung nach einer verbindlichen Weltrechtsordnung, deren Institutionen nicht den Staaten, sondern den Individuen verbunden sind. Solange es eine solche Ordnung aber noch nicht gibt, ist es dann nicht vernünftiger, die Gewaltanwendung in den internationalen Beziehungen, die eben nicht nur Staaten als fiktive Einheiten trifft, sondern immer auch konkrete Individuen in ihren Rechten verletzt, soweit wie möglich zu illegalisieren? Nur eine von allen Betroffenen legitimierte und kontrollierte Instanz kann rechtmäßig Gewalt anwenden. Dies ist nichts anderes als Anwendung des Grundprinzips des bürgerlichen Rechtsstaats auf die internationale Ebene. Die Einseitigkeit der hier dokumentierten deutschen Debatte stärkt auch im Rückblick die Einschätzung, daß der Kosovo-Krieg für die Zivilisierung der Weltgesellschaft ein herber Rückschlag war.

Thomas Groß

Theo Schiller (Hrsg.), *Direkte Demokratie in Theorie und kommunaler Praxis*, Frankfurt a. M. (Campus Verlag, Studien zur Demokratieforschung, Bd. 2), 1999, 229 Seiten, DM 58,-

Mit diesem Band hat Schiller die bislang ambitionierteste Veröffentlichung der von ihm geleiteten Forschungsstelle Bürgerbeteiligung und Direkte Demokratie an der Universität Marburg vorgelegt. Fünf der sechs Beiträge waren Mitarbeiter dieser Forschungsstelle, ihre Texte basieren auf den jeweiligen politikwissenschaftlichen Diplomarbeiten. Der Theorieteil umfaßt zwei Literaturstudien. *Kampfwirt* (Volksentscheid und Öffentlichkeit. Anstöße zu einer kommunikativen Theorie der direkten Demokratie, S. 17–68) – als einziger in Bremen diplomiert, aber

<sup>3</sup> Interessant auch die Parallele zur faktischen Verweigerung der Bürgerrechte der Unterschichten in Brasilien, vgl. Neves, KJ 1999, 557 ff.

dem Marburger Arbeitskreis »Direkte Demokratie« aus Studienzeiten verbunden – analysiert die Wirkungen direkt-demokratischer Verfahren auf die politische Öffentlichkeit. Anknüpfend an das Diskursmodell von *Habermas* untersucht er vor allem die Transparenz-, Verarbeitungs- und Orientierungsfunktionen der Volksgesetzgebung, illustriert durch Erfahrungen mit Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid in den US-amerikanischen Einzelstaaten, in der Schweiz (auf eidgenössischer wie auf kantonaler Ebene) und in den deutschen Bundesländern. Wer die wichtigen Fragen nach Gleichheit, Offenheit und Diskursivität des Verfahrens stellt, aber auch wer sich mit den üblichen Verdächtigungen (Inkompetenz der Bürger, Einfluß ungleicher gesellschaftlicher Macht) konfrontiert sieht, findet hier gediegene Antworten. Kampwirth registriert fair auch die Probleme und Schwachstellen des direktdemokratischen Verfahrens, aber kommt doch insgesamt zu dem positiven Urteil, daß »Volksgesetzgebung als ergänzende demokratische Rückkoppelungsschleife im politischen System die öffentlichen Diskurse bereichert, ihre Bedeutung im politischen Willensbildungsprozeß stärkt sowie zur faktischen und symbolischen Reproduktion demokratischer Öffentlichkeit beiträgt« (S. 66). Voraussetzung ist freilich ein adäquates »institutionelles Design«, woran es gerade in Deutschland auffällig häufig fehlt. Kampwirth macht dafür auch praktische Reformvorschläge, von denen man nur hoffen kann, daß jene Bundesländer, in deren Verfassungen die Volksrechte seit einem halben Jahrhundert nur toter Buchstabe sind, sie zur Kenntnis nehmen und beherzigen mögen.

*Lackner* (Willensbildungsprozesse im Rahmen von Bürgerentscheiden, S. 69–113) erweitert die Theorie in die kommunale Ebene hinein. Für die Wirkungen von Bürgerbegehren und Bürgerentscheiden auf den politischen Prozeß in der Gemeinde und auf die kommunale Öffentlichkeit formuliert sie – ein von *Möckli* 1994 vorgelegtes Konzept weiterentwickelnd – 13 Hypothesen, die sie umsichtig diskutiert. Auf lange Sicht sieht *Lackner* durchaus Chancen, daß direkte Demokratie die repräsentativdemokratische Interessenselektivität mildern und zu einem offeneren Willensbildungsprozeß führen könnte. Die gewählten Vertreter verhielten sich nämlich »antizipativ« bzw. – nach einschlägigen Erfahrungen – »responsiv« gegenüber der Ge-

meindebevölkerung, wo sonst oft »die Arroganz der Macht« bestimmte (S. 111 ff.).

So sehr einleuchtet, was *Kampwirth* und *Lackner* ausführen – eines hätte man sich klarer ausgedrückt gewünscht. Auch direkte Demokratie ist *Mehrheitshegemonie*. Die Sympathie für »aktive politische Minderheiten«, »oppositionelle Akteure« und »periphere Gruppen« darf nicht den Blick dafür verstellen, daß deren Bedeutung sich auf die Artikulation von Problemen – gleichsam die Frage – beschränkt. Die Entscheidung aber trifft – die Antwort gibt – nach allgemeinen demokratischen Grundsätzen immer die Mehrheit, freilich – das ist sozusagen der »Pfiff« der direkten Demokratie – die jeweils aktuelle Mehrheit und damit potentiell eine *andere Mehrheit* als jene, die bei der letzten Wahl ermittelt und innerhalb des Repräsentativsystems für vier oder wieviel Jahre festgezurrte wurde.

Der Praxisteil besteht hauptsächlich aus einer vergleichenden Bestandsaufnahme der »Bürgerbegehren und Bürgerentscheide in Bayern, Hessen und Schleswig-Holstein« von *Baymet*, *Weber* und *Pavlovic* (S. 117–164). Gestützt auf z. T. ganz ansehnliche Fallzahlen (in Bayern 737 Bürgerbegehren in dreieinhalb Jahren) und nach ziemlich aufwendiger Datenermittlung werden hier die Ergebnisse und Verlaufsmuster von Bürgerbegehren, ihre Anwendungshäufigkeit und die dafür relevanten Faktoren, das Themenspektrum in Abhängigkeit von den jeweiligen Negativ- bzw. Positivkatalogen der Kommunalverfassungen, die Begehrenstypen (82–92% sind sogenannte Korrekturbegehren), die Akteure (in der Hälfte der Fälle Einzelpersonen oder ad hoc gegründete Abstimmungsinitiativen), die Abstimmungsbeteiligung und die Einflußfaktoren, die Erfolgsquoten (zwischen 57,1% in Hessen und 45,7% in Bayern – bei abnehmenden Chancen, je größer die Gemeinde ist) und die Erklärungsfaktoren für erfolgreiche Bürgerbegehren (jedenfalls nicht der Geldeinsatz, vgl. S. 153–157) analysiert und (tabellarisch) dargestellt. Eine hochinteressante Studie, die zu dem überzeugenden Ergebnis kommt, daß Bürgerbegehren und Bürgerentscheid die kommunale Demokratie beleben.

Den Abschluß bildet eine Studie von *Mittendorf* »Direktdemokratische Verfahren im Prozeß – Verkehrsberuhigung in Winterthur (Schweiz)« (S. 165–208). Dreimal wurde zwischen 1973 und 1985 über die Verkehrsberuhigung der dortigen Altstadt abgestimmt, und *Mittendorf* zeigt mit seiner detaillierten Be-

trachtung dieses lokalen Mikrokosmos im Kanton Zürich, welcher Unterschied zwischen der schweizerischen Direktdemokratie als einer selbstverständlichen Weise bürgerschaftlicher Selbstbestimmung und der deutschen Form besteht, die durch restriktive Bedingungen oft negative Konfliktverläufe selbst heraufbeschwört.

Ein Jurist wird sich dem Thema Bürgerbegehren und Bürgerentscheid üblicherweise anhand von Monographien aus dem Fach – etwa von *Knemeyer, Rügen* oder *Spies*<sup>1</sup> – nähern. Ihm kann nur empfohlen werden, etwas über den fachlichen Zaun zu blicken und sich z. B. durch diesen Sammelband auch sozialwissenschaftlich zu informieren – gewiß mit Gewinn.

Ottmar Jung

*Birgit Schweikert, Gewalt ist kein Schicksal. Ausgangsbedingungen, Praxis und Möglichkeiten einer rechtlichen Intervention bei häuslicher Gewalt gegen Frauen unter besonderer Berücksichtigung von polizei- und zivilrechtlichen Befugnissen, Baden-Baden (Nomos Verlag, Reihe »Schriften zur Gleichstellung der Frau«, Band 23) 2000, 341 Seiten, DM 78,-*

Nach den theoretischen Anstrengungen, auf die die feministische Rechtswissenschaft sich seit einigen Jahren konzentriert hat, haben wir hier wieder eine Untersuchung zu einem klassischen Thema der Frauenbewegung, der Gewalt gegen Frauen. Das Thema war seit der Reform des Sexualstrafrechts in den 90er Jahren aus der öffentlichen Debatte verschwunden, ist aber angesichts des Aktionsplans der Bundesregierung zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und des Gewaltschutzgesetzes, das zur Zeit diskutiert wird, wieder höchst aktuell. Birgit Schweikerts Dissertation (sie wurde von Prof. Dr. Ursula Nelles betreut und 1999 von der Universität Münster angenommen) kann der Rechtspolitik hier

eine Menge Material und Anregungen liefern.

Das Ziel der Untersuchung wird zunächst praxisnah und handlungsorientiert gesetzt: Wie können die Handlungsmöglichkeiten von Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichten gegen häusliche Gewalt effektiver eingesetzt oder verbessert werden? Durchgehend sind die praktischen Erfahrungen präsent, die Schweikert als Koordinatorin des Berliner Interventionsprojekts gegen häusliche Gewalt gemacht hat (obwohl Gegenstände und Ergebnisse des Projekts leider nirgendwo im Zusammenhang dargestellt werden). Trotz dieses Hintergrunds stellt die Autorin aber nicht das individuelle Erleben der Gewalt in den Vordergrund, sondern baut die Untersuchung aus einer distanzierenden gesellschaftlichen Betrachtung heraus auf.

Dementsprechend führt sie zu Beginn unter dem Titel »Gewalt in der Lebenswirklichkeit der Geschlechter« zunächst ausführlich statistische Daten auf. Mit ihrer Hilfe zeigt Schweikert, welchen Regeln Gewalt generell folgt. Als klarste und konstanteste Regel erscheint, daß auf beiden Seiten eines Gewaltverhältnisses überwiegend Männer stehen. Über die Jahre hinweg seien in der Gesamtkriminalität 77–78% aller Täter Männer. Bei den Delikten, die mit dem Einsatz von Gewalt verbunden sind, betrage der Anteil der Männer sogar ca. 90% (S. 41). Außer bei den Sexualdelikten seien auch meist Männer die Opfer. Allerdings seien Frauen im Verhältnis zu ihrem Anteil an den TäterInnen überproportional häufig, nämlich in über einem Drittel der Fälle in der Opferrolle (S. 43). Und Gewalt gegen Frauen weise eine Besonderheit auf. Während Männer häufiger Opfer von Gewalt würden, die von fremden Personen ausgeht, handele es sich bei der Hälfte der Fälle von Gewalt gegen Frauen um Gewalt im sozialen Nahraum (S. 45). Schätzungsweise jede dritte verheiratete Frau habe schon Gewalt durch ihren Ehemann erlebt (S. 46). Im Folgenden geht es dann nur noch um »häusliche Gewalt«, die zunächst möglichst weit, ausgehend von den »Hauptexpertinnen«, den betroffenen Frauen, definiert wird, in der Folge aber überwiegend an Hand von Beispielen handgreiflicher körperlicher, meist auch strafrechtlich relevanter Gewalt beschrieben wird (zur Definition S. 68 ff.).

Unter den sozialpsychologischen Folgen häuslicher Gewalt spielt in Schweikerts Un-

<sup>1</sup> Vgl. *Knemeyer, Franz-Ludwig* (Hrsg.), Bürgerbegehren und Bürgerentscheid in Bayern. Modell für mehr Demokratie und Stärkung kommunaler Selbstverwaltung?, Stuttgart u. a. (Boorberg, Kommunalforschung für die Praxis, H. 33/34) 1996; *Rügen, Klaus*, Bürgerbegehren und Bürgerentscheid. Dargestellt am Beispiel des § 26 der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung, Baden-Baden (Nomos, Kommunalrecht – Kommunalverwaltung Bd. 22) 1997; *Spies, Ute*, Bürgerversammlung – Bürgerbegehren – Bürgerentscheid: Elemente direkter Demokratie, dargestellt am hessischen Kommunalrecht, Stuttgart (u. a.) (Boorberg, Marburger Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 13) 1999.

tersuchung vor allem der Eingriff in das Sicherheitsgefühl der Betroffenen eine Rolle. Frauen, die häufig Gewalt in ihrem Zuhause, das als Hort der Liebe und Geborgenheit gilt, erlebt haben, verlieren mit der Zeit ihr Selbstbewußtsein und Selbstwertgefühl. Passivität und die Unfähigkeit, eigene Entscheidungen zu treffen, seien meistens nicht Ursachen von Gewalt, sondern ihre Folgen (S. 58). In diesem Zusammenhang werden auch die typischen Gewaltzyklen aufgezeigt und der lange Weg, den betroffene Frauen in aller Regel durchlaufen müssen, um aus einem Kreislauf auszubrechen, in dem sie mit der Zeit selbst zur »Komplizin ihrer eigenen Mißhandlung« werden. Wenn sich Frauen nach außen um Hilfe wenden, haben sie meist schon lange Jahre vergeblicher Versuche, die Mißhandlungsbeziehung zu verlassen, hinter sich (S. 62 ff.).

An anderer Stelle wird kurz auch auf die ökonomischen Kosten häuslicher Gewalt eingegangen, die zwar für Deutschland noch nicht im Einzelnen berechnet wurden, aber zum Beispiel für die Schweiz auf ca. 410 Millionen Schweizer Franken jährlich beziffert werden. Es handelt sich um Kosten für Polizei, Justiz, ärztliche Versorgung, Sozialhilfe und Einrichtungen zur Unterstützung der Opfer (S. 515).

Bei der Darstellung von Erklärungsansätzen (»Wie kommt die Gewalt in den Mann?«) erläutert Schweikert zunächst verschiedene Ansätze zur Erklärung der statistischen Konstanz im Gewaltverhalten. Triebtheoretische und biologistische Ansätze, die Gewalttätigkeit als einen unabänderlichen Defekt des Mannes ansehen, lehnt sie ab, weil sie nicht erklären könnten, wieso es so viele Männer gebe, die nicht gewalttätig seien (S. 76 ff.). Umgekehrt seien Ansätze, die Gewaltbeziehungen mit einer psychischen Dysfunktionalität von Täter- oder Opferpersönlichkeiten erklärten, nicht in der Lage, das große Ausmaß der Gewalt zu erklären, insbesondere durch Männer, die ansonsten keine Störungen aufwiesen (S. 79 f.). Letztlich stützt sie sich auf Erklärungen, die männliche Gewalt als ein soziales Problem und Ergebnis gesellschaftlicher Strukturen ansehen. Gewalt werde gelernt, sie gehöre zur geschlechtsspezifischen Sozialisation von Jungen. Wo männlich sein heiße, die wahren Gefühle nicht zeigen zu dürfen, lernten Jungen früh, Gefühle, mit denen sie nicht umgehen können, durch Aggressivität, Wut, Zorn, Gewalt zu bewältigen. Wie

gezeigt wird, spielt die Abwertung von weiblichen Eigenschaften und die Verachtung von Frauen und Mädchen dabei eine wichtige Rolle. Indem sie sich von Frauen und von weiblichen Eigenschaften abgrenzen, lernen Jungen Härte und Aggressivität. Rollenvorbilder können übrigens nicht zuletzt durch Mißhandlungen, die die Mutter erleidet, beeinflusst werden (S. 60).

Die Erklärungsansätze sozialer Lerntheorien werden im Kapitel über »Geschlechterhierarchie als gesellschaftsstrukturelle Bedingung häuslicher Gewalt« in den größeren Zusammenhang von Gesellschaftstheorien und feministischer Ansätze gestellt, mit Hilfe derer auch gezeigt und erklärt wird, weshalb Gewalt von Männern gegen Frauen in einem gewissen Rahmen so breit gesellschaftlich akzeptiert sein kann. Sie diene der Aufrechterhaltung eines asymmetrischen Geschlechterverhältnisses. Als Beispiele und Belege hierfür nennt Schweikert unter anderem, daß betroffene Frauen als Anlässe der Mißhandlung nicht selten Gründe nennen wie »wenn ich schlecht sauber gemacht habe« (S. 85). Des Weiteren führt sie die Tatsache an, daß unter Männern die Meinung weit verbreitet sei, Frauen würden Vergewaltigung eigentlich genießen. Dies zeige nicht zuletzt eine Befragung vom Anfang der 80er Jahre, als einer repräsentativen Anzahl von Personen die Frage gestellt wurde, ob sie meinten, daß Frauen bei einer Vergewaltigung Lust empfinden würden. Die Antwort »nein, das stimmt überhaupt nicht« gaben nicht einmal 10% der Männer, aber über 90% der befragten Frauen (S. 142). Vor allem aber belegt Schweikert in diesem Kapitel, wie das gesellschaftliche Geschlechterverhältnis gerade in den Bereichen, die für die juristische Intervention gegen häusliche Gewalt relevant sind, von Macht und Kontrolle von Männern gegenüber Frauen geprägt sind. An Hand der Geschichte und des langsamen Wandels in der politischen Partizipation, bei den Bildungs- und juristischen Berufsmöglichkeiten von Frauen und im rechtlichen Status von Ehefrauen wird ein anschaulicher Überblick über die rechtliche Regulierung des Geschlechterverhältnisses in der Geschichte gegeben. Die Frage, was kann Recht und was kann eine rechtliche Regulierung leisten, wird so weniger theoretisch reflektiert als plastisch beantwortet. Der Autorin kommt es hier vor allem darauf an zu zeigen, wie Lebensrealitäten der Geschlechter, Rechtsänderungen und Einsrel-

lungs- oder auch nur Meinungsänderungen wechselseitig miteinander verschränkt sind. Recht spiele für die gesellschaftliche Veränderung insofern eine Rolle (S. 91), als eine klare Stellungnahme staatlicher Organe in »rechtlichen Interventionen«, das heißt in der konkreten Einwirkung auf individuelle Täter und im Schutz einzelner Opfer auf Grund staatlicher Autorität, die Beteiligten auf eine gesellschaftliche Entscheidung hinweise und diese damit bestätige.

Für den Themenbereich der häuslichen Gewalt erweist sich in ihrer Analyse neben dem geschlechtsspezifischen Wandel in der Justiz (S. 116: »Im Hinblick auf den beruflichen Aufstieg und die Besetzung von Schlüsselpositionen ... stehen Frauen in der Justiz erst am Anfang ihres beruflichen Durchsetzungsprozesses«) vor allem die rechtspolitische Debatte um die Gleichstellung der Vergewaltigung in der Ehe mit anderen Fällen von Vergewaltigung als wichtig. Die Autorin nutzt die Darstellung der Diskussion um die Strafrechtsreform 1997/98 dazu, auf Einstellungswandel einzugehen und Argumente darzustellen, die auch im Folgenden immer wieder auftauchen werden, wenn die Haltung der AkteurInnen aus Polizei und Gerichtsbarkeit zu Fällen häuslicher Gewalt analysiert wird. Die Autorin mißt den rechtlichen Strukturen und juristischen Diskursen hier vielleicht zu große Bedeutung für die Reproduktion des asymmetrischen Machtverhältnisses zwischen den Geschlechtern bei. Im Rahmen ihres Themas allerdings dient diese Darstellung allerdings auch dazu, anschaulich die gesellschaftliche und mediale Verbreitung von Einstellungen zu illustrieren, die, wie im Folgenden gezeigt wird, auch den Handlungsmustern bei Polizei und Gerichten zu Grunde liegen.

Im Hauptteil herrscht im Gegensatz dazu zunächst einmal die Einzelfallperspektive vor. Zu Beginn eines jeden Abschnitts wird die geltende Rechtslage erläutert, indem ein typisches Fallbeispiel geschildert und geradezu schulmäßig geprüft und subsumiert wird. Dem werden jeweils Daten zur Rechtspraxis gegenüber gestellt, insbesondere zum Verhalten von Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichten sowie zu den Einstellungen und Rollendefinitionen der AkteurInnen, mit denen diese selbst ihre Herangehensweisen begründen. Die These, die ihrer Schwerpunktsetzung zu Grunde liegt, nämlich daß Voreinstellungen und Rollendefinitionen einer der wichtig-

sten Aspekte zur Erklärung der Art und Weise der Aufgabenerfüllung seien, wird allerdings nicht theoretisch reflektiert oder näher begründet.

Zunächst geht es dann ausführlich um das polizeiliche Handeln, bei dem alle möglichen Einzelbefugnisse unterschieden werden: Die Praxis bezüglich Betretens der Wohnung, Befragung von Opfer und Tatverdächtigem, Anzeigenerstattung, Belehrung über die Strafantragstellung, Beweisaufnahme und -sicherung, Niederschrift und Protokollierung sowie Entfernung des Täters und des Opfers wird jeweils einzeln dargestellt. Im Ergebnis stellt Schweikert immer wieder fest, daß die Polizei häufig nur zögerlich eingreife. Ein wesentlicher Grund dafür liege in der polizeilichen Wahrnehmung des Problems. So bezeichne bereits die offizielle polizeiliche Definition häusliche Gewalt als »Familienstreitigkeit«. Der strafrechtlich allein verantwortliche Täter trete aus dem Blickfeld. Aus Gewalt werde Streit, aus Opfer und Täter werden Streitbeteiligte, und aus dem Polizeibeamten werde ein Privatmann, der den Streitenden gut zuredet und den Tatort so schnell wie möglich ohne weitere Maßnahmen wieder verläßt (S. 279). Meist würden nicht einmal Beweise gesichert. Häufig werde die Frau in Schutz-Gewahrsam genommen, obwohl rechtlich gesehen der Mann festzunehmen wäre.

Die Voreinstellungen der BeamtInnen werden vor allem bei der Frage nach der Anzeigenerstattung deutlich. Denn rechtlich gesehen können und müssen die BeamtInnen selbst Strafanzeige erstatten, wenn sie den Verdacht strafbaren Verhaltens haben. PolizeibeamtInnen sehen aber nach Schweikerts Darstellung in Fällen häuslicher Gewalt aus unterschiedlichen Gründen in einer Strafanzeige keinen Sinn. Die weiblichen Opfer von häuslicher Gewalt hätten hier oft mit wenig Verständnis zu rechnen. Selbst bei strafrechtlich eindeutig zuzurechnender Verantwortlichkeit hätten die BeamtInnen Schwierigkeit in der Zuordnung der Täter- und der Opferrolle. Unabhängig von ihrem konkreten Verhalten würden die Frauen als (Mit-)Täterinnen wahrgenommen. Weichen sie vom Stereotyp sanftmütiger Weiblichkeit ab, heißt es, sie hätten die Tat provoziert, und sie gelten als mitschuldig. Wirken sie demütig, wird ihnen ihre Passivität vorgeworfen.

Damit hängt zusammen, wie die BeamtInnen die Tatsache interpretieren, daß in der Mehr-

zahl der Fälle auch die Frau letztlich keinen Strafantrag stellt und häufig zum Ehemann zurückkehrt. Man halte eine strafrechtliche Verfolgung für nicht angebracht, da die Frau sich ohnehin »versöhnen« könne. Hier hätte die Autorin Anlaß gehabt, einen Aspekt der Rollendefinition durch die Polizei aufzugreifen, der bei ihr fast keine Rolle spielt: Für die Polizei ist der Erfolg ihres Handelns letztlich dadurch definiert, daß TäterInnen strafrechtlich verurteilt werden. Und dieser Erfolg tritt in den Fällen häuslicher Gewalt aus den verschiedensten Gründen selten ein. Tatsächlich zeigt sich auch in der folgenden Darstellung Schweikerts, daß die Ausfilterung durch die Staatsanwaltschaft bei diesen Taten höher ist als in anderen Bereichen (S. 326, Rn. 96). Allerdings erfolge bei Taten, die tatsächlich angeklagt werden, in über 50% der Fälle auch eine Verurteilung.

Anläßlich der Diskussion polizeilichen Handelns geht die Autorin auch auf die Behauptung ein, Festnahmen würden in Fällen häuslicher Gewalt eher verschlimmernd wirken. Hier diskutiert sie insbesondere die Ergebnisse des »Minnesota-Experiments«, bei dem die Rückfallquote in Fällen, in denen gewalttätige Männer vorübergehend arretiert wurden, deutlich geringer war als in Fällen, in denen die Männer von den Polizeibeamten lediglich kurzfristig der Wohnung verwiesen wurden oder in denen die Polizei vermittelnd und schlichtend agierte. Folgeexperimente hätten gezeigt, daß polizeiliche Mit- und Festnahmen jedenfalls nicht »kontraindiziert« seien. Erforderlich sei ein flexibles Vorgehen (S. 268 ff.).

Leider stellt die Autorin ihre zahlreichen Thesen und Ergebnisse zur Frage einer effektiven rechtlichen Intervention erst in der Zusammenfassung systematisch dar. Dort weist sie darauf hin, daß Kernelemente effektiven Vorgehens eine räumliche Trennung erlauben müßten sowie die Gestaltung einer Sicherheitssphäre, in der die Betroffene vor weiteren Übergriffen des Mannes geschützt wird. Um aus dem Kreislauf der Gewalt auszubrechen, müsse die Unterstützung vor allem schnell und konsequent erfolgen (S. 66), wozu unter anderem einfache Zuständigkeitsregelungen wichtig seien. Daraus ergibt sich unter anderem, daß alleine Polizeimaßnahmen, selbst wenn sie effektiver eingesetzt würden, noch nicht ausreichen würden. Insbesondere seien 48 Stunden Festnahme in aller Regel nicht genug, um der Frau ausreichend Gelegenheit

zu geben, ihre nächsten Schritte zu planen (S. 276).

Eine längerfristige Verbannung des Täters mit Rückkehr-, Aufenthalts-, Näherungs- und Kontaktverboten ermögliche allerdings das Zivilrecht, dessen Darstellung den zweiten Schwerpunkt des Hauptteils ausmacht. Ein Zivilgericht kann auf Antrag dem Täter verbieten, mit seiner Frau oder Freundin Kontakt aufzunehmen, ihr Haus und ihre Arbeitsstelle zu betreten, auf der Straße vor dem Haus zu warten, sich ihr auch außerhalb der Wohnung zu nähern, sie auf der Straße anzusprechen, sie zu verfolgen oder ihr hinterherzuschreien (die Autorin formuliert hier an Hand eines Beispiels mögliche zivilrechtliche Beschlüsse). Die Verbote können überwiegend auch als Eilmaßnahmen durchgesetzt werden. Laut Schweikerts Darstellung werden entsprechende Anträge von den Zivilgerichten meist erfolgreich und schnell entschieden (S. 388). Trotzdem bestehe noch erhebliche Unsicherheit bei der Anwendung. Zum einen fehle es den Betroffenen an Informationen über diese Handlungsmöglichkeiten (in Befragungen forderten die Frauen oft Handlungsmöglichkeiten, die nach geltendem Recht schon existierten), zum anderen hätten auch die RichterInnen wenig Erfahrung und zeigen große Unsicherheit im Umgang mit diesen Ansprüchen, die nicht aus speziellen Regelungen, sondern auf der Grundlage des Unterlassungsanspruchs aus §§ 823, 1004 BGB begründet sind.

Daß allgemeine Regelungen angewandt werden müssen, die nicht für den Fall der häuslichen Gewalt gemacht sind, äußere sich immer wieder auch in praktischen Problemen. So seien die Regelungen für eheliche und nichteheliche Lebensgemeinschaften zum Teil unterschiedlich. Für Gewalt in der Ehe ist jedenfalls ab Trennung das Familiengericht und für Gewalt in nichtehelichen Lebensgemeinschaften das allgemeine Zivilgericht zuständig. Die Möglichkeit der Wohnungszuweisung gibt es nur bei Eheleuten, wobei § 1361b BGB und §§ 13 IV, 18 HausratsV zahlreiche Anwendungs- und Auslegungsprobleme aufwerfen (S. 437 ff.). Die Räumung der Wohnung, soweit sie bei nichtehelichen Gemeinschaften möglich ist, könne wegen § 940a ZPO wiederum nicht per Eilverfügung angeordnet werden (S. 436). Auf alle diese Fragen geht die Autorin detailliert unter Analyse der Rechtsprechung ein.

Darüber hinaus sind, ähnlich wie bei der Ana-

lyse des polizeilichen Verhaltens, auch hier die Passagen interessant, die sich mit Voreinstellungen und Rollendefinition der AkteurInnen beschäftigen und in denen unterschiedliche Interpretationen ein- und desselben Verhaltens betroffener Frauen einander gegenüber gestellt werden. Auf der einen Seite werde Frauen oft vorgeworfen, sich nicht selbst ausreichend zu wehren, auf der anderen Seite werde häufig die Verantwortung der Frau zugewiesen, die sich »provokierend« verhalten habe. Die »Rückkehr zum Ehemann« sei für RichterInnen oft ein Zeichen freiwilliger Versöhnung, während AnwältInnen eher der Meinung seien, daß die Frauen wegen der zu langen Verfahrensdauer den Mut verloren hätten und es in den beengten Notunterkünften nicht lange aushielten (S. 421).

Der zweite Teil des Buches untersucht die Erfahrungen aus dem ersten Jahr mit dem österreichischen Gewaltschutzgesetz, das seit dem 1. 5. 1997 in Kraft ist und in der Praxis offensichtlich angenommen wird (S. 494, leider fehlt es hier an klaren Erfolgskriterien und statistisch vergleichbaren Zahlen). Schweikert lobt insbesondere die Verständlichkeit des Gesetzes (S. 496) und weist darauf hin, daß eine verstärkte Obdachlosigkeit von Männern nicht beobachtet werden konnte (S. 485).

Ein weiterer dritter Teil erarbeitet aus der Analyse rechtspolitische Vorschläge für Deutschland. Die detaillierten Vorschläge beziehen sich unter anderem auf eine Einführung neuer §§ 940a, b ZPO (S. 504 ff.) und ergänzender und klarstellender Straftatbestände (S. 508) und reichen bis hin zum Ausländerrecht und der Durchführung von Schulungen für alle Stellen, die an der Rechtsdurchsetzung beteiligt sind. Unter anderem schlägt Schweikert eine stärkere Kooperation von Polizei und Zivilgericht vor, insbesondere die Möglichkeit der Vollstreckung von Zivilurteilen mit Hilfe der Polizei (wobei allerdings die österreichischen Erfahrungen zeigten, daß darauf geachtet werden müsse, daß dies nicht zu einer gegenseitigen Verschiebung von Verantwortlichkeiten führe (S. 492; zur Vernetzung und zur Verknüpfung von Straf- und Zivilrecht siehe auch den Artikel von Frommel in der KJ 2000, 447). Kooperation müsse aber auch mit anderen Interventionsstellen stattfinden, unter anderem einer neu einzurichtenden zentralen »Monitoring«- oder »Clearing«-Stelle. Frauenhäuser und Zufluchtsorte bleiben Schweikerts Meinung nach wichtig (S. 517 f.).

Insgesamt handelt es sich bei der Dissertation von Birgit Schweikert keineswegs um eine Arbeit für SpezialistInnen auf einem bestimmten Rechtsgebiet oder gar für Spezialistinnen der feministischen Rechtswissenschaft. Die Leistung der Autorin besteht darin, zu einem praktischen und rechtspolitisch relevanten Problembereich Schnittstellen von Rechts- und Handlungsbereichen herausgearbeitet, praktikable Lösungsvorschläge erarbeitet und eine anschauliche Darstellung gefunden zu haben, die an keiner Stelle langweilig wird. Es ist ihr dabei gelungen, zahlreiche rechtliche Einzelfragen verschiedener Rechtsgebiete in einer empirisch informierten Untersuchung einzufangen und einzubinden, so daß geradezu ein Kompendium zu praktischen Fragen einer Nutzung von Recht im Interesse einer Veränderung der Geschlechterverhältnisse entstanden ist.

Eva Kocher

Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945*, München (C. H. Beck) 1999, 439 Seiten, geb., DM 128,00

Bereits mit den zu Recht positiv aufgenommenen ersten beiden Bänden<sup>1</sup> seiner Geschichte des öffentlichen Rechts hatte der Frankfurter Rechtsprofessor und Leiter des dortigen Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Michael Stolleis, den Grundstein zu einem Standardwerk eines bedeutenden Teilgebietes der deutschen Rechtsgeschichte gelegt. Auf den Dritten Band konnte man nicht nur wegen seiner beiden Vorgänger, sondern vor allem wegen des behandelten Zeitraumes besonders gespannt sein. Ist die ältere Rechtsgeschichte ein Gebiet, das relativ unverfänglich ist und – die Rechtshistoriker mögen dies nach außen selten eingestehen – weitgehend nur auf das Interesse von Fachleuten trifft, so dürfte die von Stolleis in seinem Dritten Band behandelte Periode, die die Weimarer Republik und die NS-Zeit einschließt, auch Leser ansprechen, denen die Rechtshistorie als eine eher absei-

<sup>1</sup> Erster Band: Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600 bis 1800, 1988; Zweiter Band: Staatslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, 1992. Siehe stellvertretend die Rezensionen von Alexander Blankenagel, KJ 1989, S. 365–367 (Bd. 1), und Christoph Link, ZNR 16 (1994), S. 399–404 (Bd. 1 und 2).

tige Materie erscheint. Besonders die Darstellung der Geschichte des öffentlichen Rechts im Nationalsozialismus, die in vielen rechts- und verfassungshistorischen Darstellungen nonchalant übergangen zu werden pflegt,<sup>2</sup> ist auch heute, wo die meisten damaligen juristischen Akteure verstorben sind, immer noch eine nicht unverfängliche Materie. Nur ungern lassen die Schüler der Professoren, deren Karriere in der NS-Zeit begann, den guten Namen ihrer Ziehväter in ein schlechtes Licht rücken. Dies mußte auch Stolleis bereits erfahren, als er sich seinerzeit kritisch (oder schlicht und einfach ehrlich) mit dem gerade verstorbenen Theodor Maunz befaßte.<sup>3</sup> Eine Reihe von Staatsrechtslehrern empörte sich – teils in Briefen an Stolleis, teils öffentlich<sup>4</sup> – über dieses offenbar als Nestbeschmutzung bewertete Geraderücken des Maunz'schen Gelehrtenbildes. Gerd Roellecke, normalerweise nicht unbedingt unter den Autoren der Kritischen Justiz zu finden, sah sich bewogen, Stolleis in der KJ indirekt Unkollegialität und Illoyalität vorzuwerfen,<sup>5</sup> weil er Maunz' Fehlverhalten öffentlich kritisiert hatte.<sup>6</sup> Bei dieser persönlichen Geschichte Stolleis' konnte man erhoffen, daß er auch in seiner generellen Betrachtung der öffentlich-rechtlichen Wissenschaftsgeschichte der NS-Zeit die dunklen Seiten dieser Geschichte nicht verschweigen würde. Das Erfreuliche ist, daß er mit seinem jüngsten Band diese Erwartung nicht enttäuscht hat. Gleichzeitig sollte man davor warnen, Stolleis in einem falschen Licht zu sehen. Ihm geht es nicht um eine Art wissenschaftlichen Sensationsjournalismus oder um die Denunziation von Professoren, die während der NS-Diktatur als intellektuelle Träger des Regimes fungiert hatten, aber deren damalige Veröffentlichungen

in der Nachkriegszeit unter den Tisch gekehrt wurden, sondern um das, was von einer wissenschaftlichen Aufarbeitung der Geschichte eines Faches schlicht erwartet werden kann: Offenheit gegenüber allen Fakten und differenzierende Einordnung derselben. Wer dies als »Illoyalität« werten würde, dem ginge es nicht um wirkliches wissenschaftliches Arbeiten, sondern um die Konstruktion eines beschönigenden Geschichtsbildes, um das Retuschieren von Geschichte.

Stolleis gliedert seinen Band in zehn Kapitel, die zwar im wesentlichen chronologisch geordnet sind, in sich aber auch eine Gliederung nach sachlichen Gesichtspunkten enthalten. Das Erste Kapitel (»Der lange Abschied«) stellt dabei eine geistes- und sozialgeschichtliche Einordnung des Faches zum Zeitpunkt des Ausbruchs des Ersten Weltkriegs dar. Es war dies eine Zeit, in der der Aufbruch in die Industriegesellschaft bereits angetreten war, sich das Honoratiorenparlament zum Parteienstaat umzubilden im Begriffe war, in der auch das Recht sich der neuen Entwicklung anzupassen begann, in der aber die politische Partizipation der Bürger noch »schwach entwickelt« war (S. 43). »Der Krieg«, von Stolleis in Kapitel 2 behandelt, brachte eine ungeahnte Normenflut, wobei diese aber hauptsächlich von der Exekutive und nicht der Legislative erzeugt wurde. Darüber hinaus vollzog sich bei den Öffentlichrechtlern bedingt durch (meist natürliche) Todesfälle ein Generationenwechsel. Gerhard Anschütz und Heinrich Triepel gehörten mit 51 und 50 Jahren bereits zu den Älteren; unter den Jüngeren befanden sich etwa Rudolf Smend (36) und Carl Schmitt (30). Die große Mehrheit der Staats- und Völkerrechtler fand sich gegen Ende des Krieges »in einer Frontstellung gegen ›Versailles‹ zusammen« (S. 63). Dennoch wurde das Aufkommen der parlamentarischen Demokratie von einer »nicht unbedeutende(n) Gruppe« der Staatsrechtler begrüßt, auch wenn die Mehrzahl eher der Monarchie verhaftet blieb. Der linke Flügel des politischen Spektrums – wie auch der extrem nationalistische – war unter den Staatsrechtlern nicht repräsentiert (S. 64).

»Revolution, Reichsverfassung und Versailles« (Drittes Kapitel) waren die Begriffe, unter die man die frühe Nachkriegsphase subsumieren kann. Stolleis nennt die Novemberrevolution und Versailles traumatische Erfahrungen, die nicht zu verarbeiten waren (S. 74). Die Verabschiedung des monarchischen Prinzips

<sup>2</sup> Manfred Friedrich, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin 1997, S. 9, entzieht sich einer näheren Behandlung des Staatsrechts in der NS-Zeit mit der Bemerkung, daß diese Periode das Staatsrecht nur als Farce kannte und daher keine Epoche in der Geschichte des Faches sei. Dessen ungeachtet bemerkt er in einem kürzeren Kapitel (»Die Staatsrechtswissenschaft im ›Dritten Reich‹«), daß »in Deutschland auch in der dunkelsten Zeit deutscher Geschichte wissenschaftliche Leistungen hohen Ranges von Vertretern des Staatsrechts vorgelegt werden konnten« (S. 405).

<sup>3</sup> Siehe Michael Stolleis, *Theodor Maunz – Ein Staatsrechtslehrerleben*, in: ders., *Recht im Unrecht. Studien zur Geschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main 1994, S. 306–317. Siehe auch die frühere, kürzere Fassung in KJ 1993, S. 393–396.

<sup>4</sup> Siehe Stolleis, in: *Recht und Unrecht* (Fn. 3), S. 313 f.

<sup>5</sup> Gerd Roellecke, *Theodor Maunz und die Verantwortung des Öffentlichrechtlers*, KJ 1994, S. 344–354 (348 f.).

<sup>6</sup> Siehe auch die Entgegnung von Günter Frankenberg, *Vom Schweigen der Öffentlichrechtler und ihrer Verantwortung, dieses bisweilen zu brechen*, KJ 1994, S. 354–357.

war den Angehörigen der Beamtenschaft und der Reichswehr teilweise nur möglich, indem die alte Loyalität nunmehr dem Reichspräsidenten entgegengebracht wurde (S. 77). Stolleis wertet es als pragmatisch wohl richtige Entscheidung, daß der alte Staatsapparat in die Republik übernommen wurde, deutet aber an, daß es nach der Konsolidierung versäumt wurde, eine entschiedenere demokratisch-republikanische Beamtenpolitik zu verfolgen (S. 79). Unter den herausragenden Staatsrechtlern der Übergangszeit ist in erster Linie Hugo Preuß<sup>7</sup> zu nennen, der – selbst kein Sozialdemokrat – von den Sozialdemokraten als sozial engagierter Liberaler und dem genossenschaftlichen Denken verpflichteter Demokrat mit der Ausarbeitung des Weimarer Verfassungsentwurfs betraut wurde (S. 83). Das Ergebnis der Verfassungsberatungen war für Preuß ein Teilerfolg. Der intendierten Neugliederung der Länder waren Verfassungshürden entgegengesetzt worden; die Reichsverfassung erhielt aber eine insgesamt unitarische Richtung. Die Installierung eines plebiszitär legitimierten Reichspräsidenten entsprach nicht nur den damaligen Gewaltenteilungsvorstellungen, sondern war auch Ausdruck eines Mißtrauens gegenüber den politischen Parteien (S. 85). Stolleis' Gesamtbeurteilung der Weimarer Reichsverfassung (WRV) entspricht der kürzlich auch von Christoph Gusy<sup>8</sup> vorgenommenen: Trotz ihrer Konstruktionsschwäche wäre die Verfassung lebensfähig gewesen, wenn der Basiskonsens in der Gesellschaft vorhanden gewesen wäre (S. 86). Nach Stolleis' Feststellung wurde die WRV von Staatsrechtslehre und Rechtsprechung »nahezu ausnahmslos« als »im rechtstechnischen Sinne gültig akzeptiert (S. 91). Das heißt aber nicht, daß sie auch als legitim anerkannt wurde. Mit dem Aufkommen des Neuhegelianismus und der Suche nach einer materialen Staatstheorie, die sich in der »geisteswissenschaftlichen Methode« manifestierte, wurde die Verfassung zunehmend als mit der Idee der Gerechtigkeit nicht in Einklang stehend dargestellt (S. 94). Allerdings dürfte hier eine Differenzierung angebracht erscheinen. Nicht alle, die der Verfassung reserviert gegenüberstanden, sahen die Idee der Gerechtigkeit als der gesamten Verfassung

zuwider an. Ein Großteil der Staatsrechtslehrer versuchte lediglich, ihre Vorstellungen von Gerechtigkeit der Verfassung unterzulegen.<sup>9</sup> Trotz einer Vielzahl von in rascher Folge erscheinenden Kommentierungen der WRV war Gerhard Anschütz' bis zum Jahre 1933 in 14 Auflagen erscheinende Darstellung<sup>10</sup> eindeutig führend. Anschütz war, wie sein Heidelberger Kollege Richard Thoma, überzeugter Demokrat und Republikaner. Beide zusammen gaben das zweibändige »Handbuch des Deutschen Staatsrechts«<sup>11</sup> heraus, das aber erst erschien, als die parlamentarische bereits von der Präsidialdemokratie abgelöst war. Wie das von Hans Carl Nipperdey herausgegebene dreibändige Werk über die »Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung«<sup>12</sup> hatten beide Werke daher kaum unmittelbare Wirkung, sondern erhalten ihre Bedeutung vor allem als Archivierung der Grund- und Staatsrechtstheorie der Weimarer Zeit (S. 99). In beiden Werken fehlten jedoch die konservativen Berliner Staatsrechtslehrer Erich Kaufmann, Triepel und Smend als Autoren, in Nipperdeys Werk zudem Schmitt und Hans Kelsen, im Handbuch Hermann Heller (S. 98–100), so daß trotz der Vielzahl der Autoren nicht das gesamte Spektrum Weimars abgedeckt war.

Stolleis identifiziert wesentliche Punkte der Verfassungsinterpretation in Weimar, von denen auf einige eingegangen werden soll. Allgemein war das Ringen um die »Einheit des Staates«, wobei der Autor feststellt, daß sich hier auch Antipoden wie Schmitt und Heller in der Fragestellung kaum unterschieden. Selbst Kelsen war für Stolleis auf seine »theoretisch diametral entgegengesetzte« Weise auf der Suche nach dieser Einheit (S. 102). Dies scheint mir indes eine sehr grobe und wenig aussagekräftige Beschreibung, war doch das wohl Entscheidende in der Weimarer Verfassungsdiskussion, wie diese Einheit gewonnen werden sollte bzw. worin sie bestand. Gab es eine vorgefundene Einheit, wie vor allem von den Vertretern einer materialen Staatstheorie behauptet, oder ergab sich die Staatswillensbildung eher aus einem demokratischen Prozeß mit mehr oder weniger

9 Siehe etwa das Referat Erich Kaufmanns auf der Staatsrechtslehrtagung 1926 in Münster, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL. Bd. 3 (1927), S. 1–40 (insbes. S. 20).

10 Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 1. Auflage, Berlin 1921; 14. Auflage 1933 (Nachdruck Aalen 1987).

11 Band 1, Tübingen 1930; Band 2, 1932.

12 Berlin 1929 ff.

7 Zu diesem aus neuerer Zeit Detlef Lehnert, Verfassungs-demokratie als Bürgergenossenschaft, Politisches Denken, Öffentliches Recht und Geschichtsdeutungen bei Hugo Preuß – Beiträge zur demokratischen Institutionenlehre in Deutschland, Baden-Baden 1998.

8 Christoph Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen 1997, insbes. S. 466 f.

materialen Komponenten?<sup>13</sup> Parlamentarismus und Parteienstaat, zumindest in dieser Verbindung, waren bei den meisten Weimarer Publizisten eher negativ besetzt, auch wenn es eine Reihe von Stimmen gab, die die Unverzichtbarkeit der Parteien im modernen Staat betonten (Preuß, Friedrich Naumann, Max Weber, Robert Michels). Dazu möchte der Rezensent aber trotz deutlicher antiliberaler und vieler ambivalenter Elemente in seinem Denken ausdrücklich auch Gerhard Leibholz rechnen.<sup>14</sup> Stolleis sieht die von Leibholz konstatierte Unvereinbarkeit von repräsentativer und parteienstaatlicher Demokratie (S. 105) und seinen »platonischen« Repräsentationsbegriff (S. 108) als Zeichen einer Aversion gegen den parteienstaatlichen Parlamentarismus. Diese Sichtweise kollidiert aber mit der von Leibholz bis in die Endphase der Weimarer Demokratie aufrecht erhaltenen These, daß der Parteienstaat praktikabel sei und daß die Parteien nicht verzichtbar seien. Insofern unterscheidet sich Leibholz gerade von seinen konservativen Lehrern Triepel und Smend, mit denen er methodologisch weitgehend übereinstimmte.<sup>15</sup> Dagegen scheint mir Stolleis' spätere Kritik an Leibholz' Repräsentationsmodell, besonders an seiner phänomenologischen Methode, mit der er den autokratischen Kräften entgegenkommen war (S. 198 f.), gerechtfertigt. Hinsichtlich der Grundrechtsinterpretation in Weimar sieht Stolleis drei unterschiedliche Tendenzen. Zum einen wurden Grundrechte individualistisch, sprich freiheitsverbürgend, gedeutet, zum zweiten konservativ zur Verteidigung des status quo, zum dritten als politische Waffe gegen das Parlament (S. 111), wobei mir allerdings die letzteren zwei Positionen weitgehend kongruent erscheinen. Als Schnittpunkt zwischen Staatsrecht und Politik und gleichzeitig als »Markstein« für den

Untergang der Republik sieht der Autor das Preußenschlagurteil<sup>16</sup>, mit dem der Staatsgerichtshof den Staatsstreich der Reichsregierung gegen Preußen vom 20. Juli 1932 trotz des »scheinbar vermittelnde[n] Urteil[s]« de facto legitimierte (S. 121). Allerdings ordneten sich die Fronten hier nach politischen und nicht nach wissenschaftlichen Gesichtspunkten (S. 122).<sup>17</sup>

In seinem Vierten Kapitel widmet sich Stolleis dem »Landesverfassungs- und Verwaltungsrecht« zur Weimarer Zeit, wobei der Schwerpunkt notwendigerweise auf Preußen liegt. Ein eigenes Kapitel beschäftigt sich mit Österreich, denn Deutschland und Österreich müssen nach Meinung Stolleis' in der Zeit von 1914 bis 1945 wissenschaftsgeschichtlich zusammen gesehen werden. »Methodenstreit und Staatskrise« werden vom Autor zu Recht als gesondertes (fünftes) Kapitel behandelt. Stolleis beginnt seine Diskussion des Methoden- und Richtungsstreites, den er als eine »Generaldiskussion um den Standort des Faches in einem politisch aufgewühlten Jahrzehnt« wertet, bei dem den Teilnehmern bewußt war, daß es um die Existenz der Republik ging (S. 155), mit einem Vorbehalt. Zu oft werde die Weimarer Diskussion – und, so sollte man ergänzen, die Weimarer Geschichte insgesamt – nur vor dem Hintergrund des Nationalsozialismus gesehen. Dies sei aber verfehlt. Die Weimarer Zeit war keine »Einhauptstraße«, die notwendig in den Nationalsozialismus führen mußte. Die geistigen Auseinandersetzungen wurden vielmehr »vor einem offenen Horizont« geführt, »an dem (noch) nicht der Flammenschein des Holocaust erschien« (S. 153). Dies hält aber nicht davon ab, wie der Autor bemerkt, die Diskriminierung jüdischer Öffentlichrechtler zu konstatieren, die ihr Ordinariat erst nach überlangen Wartezeiten erlangen konnten. Die Benachteiligung erfolgte meist nicht offen. Stolleis erwähnt am Rande, daß Edgar Loehnings Berufung nach Halle entgegengehalten wurde, daß ein getaufter Jude ungeeignet

<sup>13</sup> Siehe etwa Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham und London, 1997, der diese Frage zum zentralen Thema seiner Untersuchung der Weimarer Verfassungstheorie macht, und David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*. Carl Schmitt, Hans Kelsen und Hermann Heller in Weimar, Oxford 1997, der die Problematik des Staatsverständnisses zwischen Rechtspositivismus und Deziisionismus an Hand der drei von ihm behandelten Autoren herausarbeitet.

<sup>14</sup> Siehe zu den Ambivalenzen bei Leibholz Manfred H. Wiegandt, Zwischen antiliberalen und demokratischen Vorstellungen. Gerhard Leibholz in der Weimarer Republik, in: Christoph Gusy (Hrsg.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden (im Erscheinen).

<sup>15</sup> Siehe im einzelnen ebenda.

<sup>16</sup> Siehe Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammbereich der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932, Berlin 1933 (Nachdruck Glashütten im Taunus 1976).

<sup>17</sup> Die eigentlich interessante Frage ist, ob es vom Staatsgerichtshof auf Grund des Verfassungsrechts erwartet werden konnte, den politisch durchsichtigen Absichten der Reichsregierung juristisch entgegenzutreten. Unterschiedliche Ansichten hierzu vertreten z. B. Caldwell (Fn. 13), S. 168 (nein), und David Dyzenhaus, *Legal Theory in the College of Weimar: Contemporary Lessons?*, *American Political Science Review*, Bd. 91 (1997), S. 121–134 (ja, Hellers Argumentation folgend).

net sei, das Kirchenrecht zu vertreten (S. 153 Fn. 2).<sup>18</sup>

Angesichts der Tatsache, daß die demokratisch gesinnten Staatsrechtslehrer in der Regel Positivisten waren, wird nur zu oft vergessen, daß auch viele rechtsgerichtete Professoren methodisch Positivistischen waren (Stolleis nennt Helfritz, Freiherr Marschall von Bieberstein und Freiherr von Freytagh-Loringhoven). Vom normalen Positivismus der Weimarer Zeit war die von Kelsen angeführte »Wiener Schule« zu unterscheiden, in der sich besonders Gelehrte jüdischer Herkunft mit liberaldemokratischer Gesinnung zusammenfanden. Ihr Hauptanliegen war eine – von außerjuristischen Wertungen unterschiedene – Wissenschaftlichkeit (S. 167). Die Gegner dieses auch relativistischen Rechtspositivismus wollten dagegen ihre Wertvorstellungen in die Methodik einbringen, insistierten dabei aber gleichfalls auf den Anspruch von Wissenschaftlichkeit (S. 170). Eine interessante Observation seitens Stolleis' ist, daß antipositivistisch ausgerichtete Schriften oft Untertitel wie »Eine staatsrechtliche und politische Studie« trugen oder sich mit dem Attribut »historisch-dogmatisch« schmückten (S. 171). Der Autor weist auch auf den unterschiedlichen Grad der Politisierung dieser Autoren hin. Bei einigen (Triepel) wurde sie durch »fachliche Gewissenhaftigkeit und persönliches Ethos in Balance gehalten«, bei anderen (Koellreuther) blieb von der Dogmatik schließlich nicht mehr viel übrig (S. 173). Vielfach seien protestantische Bindungen ausschlaggebend für die Hinwendung zur geisteswissenschaftlichen Methode gewesen, wobei Stolleis als Exponenten Rudolf Smend erwähnt, dessen Buch »Verfassung und Verfassungsrecht«,<sup>19</sup> mit dem er seine Integrationslehre inaugurierte, von vielen als eine die Weimarer Verfassung delegitimierende Kampfschrift verstanden wurde (S. 175). Als

zweiter wichtiger Antipositivist ist Carl Schmitt zu nennen, der zu einseitigen Zuspitzungen neigte, und zwar sowohl aus methodischen Gründen wie »aus der Lust des Intellektuellen am Spiel mit Antithesen« (S. 180). Stolleis erwähnt Schmitts »mannigfach nachgewiesene[n], bis 1933 allerdings eher latente[n] Antisemitismus«. <sup>20</sup> Schmitt habe sich zwar erst im März/April 1933 für den völkischen Führerstaat entschieden, aber dann »mit dem Eifer des Konvertite[n]« das getan, von dem er im Grunde ahnte, daß es falsch war (S. 180 f.). Als dritten wichtigen Antipositivisten nennt Stolleis Hermann Heller, der als Sozialdemokrat am heftigsten gegen den sozialdemokratischen Positivist Hans Kelsen polemisierte (S. 183).<sup>21</sup> Anders als für Kelsen war für Heller der Staat kein Normengebilde, sondern Teil der menschlichen Kultur.<sup>22</sup> Kristallisationspunkt für die Richtungsdebatte waren die Tagungen der Staatsrechtslehrervereinigung von 1922–1932. Besonders die Tagung in Münster 1926, auf der sich Kaufmann und Nawiasky als Referenten zum Thema »Gleichheitssatz« gegenüberstanden und den naturrechtlichen bzw. positivistischen Ansatz vertraten, und die Wiener Tagung von 1928 zum Thema »Verfassungsgerichtsbarkeit«, auf der Triepel und Kelsen entgegengerichtete Referate hielten, setzten im Methodenstreit Akzente. Stolleis bemerkt, daß die Staatsrechtslehre der frühen Bundesrepublik dem Positivismus die Schuld an der nationalsozialistischen Rechtsperversion gab und den »guten« Antipositivismus in Form der Smend'schen Integrationslehre »bruchlos« fortsetzte, wobei die Tatsache, daß die Nationalsozialisten entschiedene Antipositivisten waren, als »bedauerliche Fehlentwicklung« übergangen wurde (S. 200).

In Kapitel 6 behandelt der Autor »Verwaltungsrechtslehre und Verwaltungslehre« in der Weimarer Republik. Die Verwaltungsrechtslehre verharrte im wesentlichen noch

<sup>18</sup> Offenbar war dies ein geläufiger Vorbehalt gegenüber der Berufung jüdischstämmiger Öffentlichrechtler. Ähnlich wie Loehning erging es Gerhard Leibholz, dessen Berufung nach Göttingen von der Fakultätsmehrheit gleichartige Bedenken entgegengebracht wurden, die aber vom preußischen Wissenschaftsminister Adolf Grimme beiseite geschoben wurden. Daß es sich um einen bloßen (antisemitisch motivierten) Vorwand handelte, wird besonders deutlich an der Tatsache, daß Leibholz bald nach seiner Berufung kirchenrechtliche Vorlesungen halten sollte. Siehe Manfred H. Wiegandt, Der Weg Gerhard Leibholz' in die Emigration, KJ 1995, S. 478–492 (483 f.), wieder abgedruckt in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Die jüdische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, Baden-Baden 1998, S. 47–66 (54–56).

<sup>19</sup> München und Leipzig 1928, wieder abgedruckt in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Auflage, Berlin 1994, S. 119–176.

<sup>20</sup> Siehe dazu jetzt Raphael Gross, Carl Schmitt und die Juden, Frankfurt am Main 2000.

<sup>21</sup> Nach Aussage seines Biographen Rudolf Aladar Metall, Hans Kelsen. Leben und Werk, Wien 1969, S. 33, war Kelsen allerdings kein Parteimitglied, zum einen weil er die politische Theorie des Marxismus ablehnte, zum anderen weil nach seiner Meinung ein akademischer Lehrer aus Gründen der notwendigen Unabhängigkeit sich keiner Partei anschließen sollte.

<sup>22</sup> Zu den Unterschieden zwischen Kelsen und Heller jetzt David Dyzenhaus, The Gorgon Head of Power: Heller and Kelsen on the Rule of Law, in: Peter C. Caldwell/William E. Scheuerman (Hrsg.), From Liberal Democracy to Fascism. Legal and Political Thought in the Weimar Republic, Boston/Leiden/Köln 2000, S. 20–46. Siehe auch ders., Legality and Legitimacy (Fn. 13).

in den spätkonstitutionellen Vorstellungen, indem sie weiterhin recht begriffsmäßig konstruierte. So konnten unbestimmte Rechtsbegriffe von der Justiz überprüft werden, während verwaltungsmäßiges Ermessen nur auf gravierende Ermessensfehler hin untersucht werden konnte (S. 213). Den Grundrechten kam hinter den subjektiv-öffentlichen Rechten noch keine wirkliche eigene Bedeutung zu (S. 215). Allerdings wurde das besondere Verwaltungsrecht, letztlich bedingt durch die soziale und industrielle Entwicklung, wesentlich differenzierter. Stolleis weist hier vor allem auf das Sozial-, Steuer-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht hin. Im Kommunalrecht wurde eine bereits zu Kriegszeiten erfolgte Vermehrung von Aufgaben bei paralleler Mittelverknappung registriert (S. 233). Was die Verwaltungsrechtslehrbücher angeht, war der Schatten Otto Meyers weiter spürbar. Während der Schweizer Fritz Fleiner aber durchaus Distanz zu Mayer deutlich werden ließ (S. 237), war Walter Jellinek Meyers Richtung »zutiefst verbunden« (S. 239). In der Verwaltungslehre wurde zunehmend deutlich, daß rein hoheitliche Eingriffsverwaltung den aktuellen Problemen nicht mehr gerecht wurde (S. 245). Kapitel 7 bis 10 des Bandes befassen sich schließlich mit dem öffentlichen Recht im Nationalsozialismus. Das Einführungskapitel (»Staats- und Verwaltungslehre nach der Machtübergabe«) behandelt zunächst die Gleichschaltung der Disziplin in den Anfangsjahren des »Dritten Reiches«. Interessant ist, daß Stolleis von »Machtübergabe« und nicht – wie sonst üblich – von »Machtübernahme« spricht, obwohl er selbst der Einschätzung Anschütz' zuzustimmen scheint, daß »die Machtergreifung ... eine Revolution war«. Auf der anderen Seite nennt der Verfasser die Illusion weiter Teile der Beamten- und Richterschaft, daß sich das neue Regiment als »nationaler Rechtsstaat« stabilisieren werde, die »entscheidende Voraussetzung« für deren Kooperationsbereitschaft (S. 246 f.). Diese Illusion wurde von vielen sich als unpolitisch ansehenden Juristen bei Ignorierung der Realität aufrechterhalten. Wer persönlich keine kriminellen oder »unanständigen« Handlungen beging, konnte sich so nach 1945 ein gutes Gewissen einreden (S. 247). Stolleis liefert mit Blick auf Wissenschaftler, die den Nationalsozialismus als »rechtsleeren Raum« (Knut W. Nörr) »überspringen« möchten, eine differenzierende Erklärung, was bei der (notwendigen) Behandlung dieser

Zeit bedacht werden sollte: »Die Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts ... muß die innere Verfassung der Akteure berücksichtigen und vor allem die Texte nicht so lesen, als hätten ihre Verfasser gewußt oder vorhergesehen, was heute zu wissen leicht ist. Dieser Fehler ist oft gemacht worden, zumal in aufklärerischer und/oder anklägerischer Absicht. ... Ziel ist ... nicht die Zuweisung individueller oder kollektiver Schuld, sondern die historische Analyse. Analytisches Verstehen schließt die moralische Frage nicht aus, ja kann sie sogar verschärfen, etwa wenn klar wird, wie eng verschwistert Schreiben und Tun sein können. Aber die moralische Bewertung sollte analytisch getrennt werden von dem primären Interesse, die Komplexität des Zusammenwirkens individueller und überindividueller Faktoren beim Schreiben als einer »gesellschaftlichen Konstruktion von Wirklichkeit« zu durchschauen. Gerade unter den Bedingungen dieser Diktatur läßt sich modellhaft studieren, wie die traditionelle juristische Dogmatik verformt und durch eine ergebnisorientierte Vulgarjurisprudenz entwertet wurde, wie sich wissenschaftliche Netzwerke veränderten und wie sich die individuelle Verarbeitung der Realität unter äußerem und innerem Druck verformte.« (S. 248). Mit dieser Erklärung knüpft Stolleis nicht nur an bereits existierende Ansätze an (etwa Bernd Rütters, der von ihm auch zitiert wird). Er weist auch den Weg in eine Historisierung des Nationalsozialismus, über die geläufigen Positionen Ignorierung/Apologie, bloße Anklage und auch über die historisch wenig fruchtbare Registrierung der »Einmaligkeit« der Ereignisse hinausweist. Stolleis schildert die Ausgangslage an den juristischen Fakultäten im Sommersemester 1933. Bis dahin hatte es unter den Öffentlichrechtlern nur wenige offene Nationalsozialisten (Otto Koellreuther, Gustav Adolf Walz, Paul Ritterbusch) und ein paar deutlich rechtsautoritäre Professoren (Hans Gerber, Edgar Tatarin-Tarnheyden) gegeben, zu denen sich dann aber rasch andere Antiparlamentaristen (notabene Schmitt, Ernst Rudolf Huber, Ernst Forsthoff) hinzugesellten. Bei einigen wurde ihr früher rechtsradikaler Eifer nach dem Kriege wieder vergessen, wie etwa bei Friedrich Lent, der später als Liberaler charakterisiert wurde, obwohl er die Nazis bereits vor 1933 in einer Kampagne gegen Hans Nawiasky unterstützt hatte (S. 250 f.). Sehr lesenswert ist die Vertreibungs- und Um-

besetzungsgeschichte im öffentlichen Recht an den einzelnen Hochschulen. Fast überall wurden nach und nach Regimeanhänger in Position gebracht (z. B. Schmitt in Berlin, Walz in Breslau, Maunz in Freiburg, Günter Küchenhoff in Greifswald, Carl Bilfinger in Halle, Ulrich Scheuner in Jena, Huber und Ritterbusch in Kiel, Forsthoff in Königsberg und später in Heidelberg, Gerber in Leipzig). Nach der Verabschiedung des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums verbliebene jüdischstämmige und politisch »unzuverlässige« Professoren wurden meist entweder entlassen (z. B. Herbert Kraus in Göttingen) oder gaben von selbst (Leibholz in Göttingen, Walter Jellinek in Heidelberg, Walther Schücking in Kiel, Hans Jacobi und Willibald Apelt in Leipzig) ihr Amt auf. Nur wenige demokratische Hochschullehrer wurden nicht geschäftet (etwa Thoma in Bonn und Rudolf Laun in Hamburg). Genauso wie Stolcis sich nicht scheut, nationalsozialistisch denkende und schreibende Professoren beim Namen zu nennen, zeigt er jedoch auf, wie sich manche wieder vom Nationalsozialismus abwandten (Ernst Friesenhahn), einige Fakultäten dem NS-Einfluß widerstanden (z. B. weitgehend Münster, zum Teil auch Freiburg) oder andere Professoren besser waren als ihr (späterer) Ruf (z. B. Forsthoff, den er gegen den Vorwurf des Rassismus in Schutz nimmt). Die juristischen Zeitschriften wurden gleichgeschaltet – allen voran die Deutsche Juristen-Zeitung unter Carl Schmitt. Jüdischstämmige Personen wurden von den Titelblättern gestrichen (etwa Paul Laband in der Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft), und Konservative zogen sich allmählich aus der Herausgeberschaft zurück (z. B. Triepel und Smend). Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, deren Aktivitäten seit dem Machtantritt geruht hatten und deren Vorstandsmitglied Triepel sich gegen eine Einvernahme oder Auflösung gewendet hatte, wurde 1938 auch formell aufgelöst (S. 311–314). Wer diese Beschreibung des Gleichschaltungsprozesses im öffentlichen Recht liest, der wäre eigentlich interessiert, wie es in den anderen juristischen Teilgebieten aussah. Gerade an dieser Stelle ist die partielle Betrachtung der Geschichte des öffentlichen Rechts daher etwas unbefriedigend, zumal nicht deutlich wird, ob und wie sich diese Disziplin von den anderen unterschied. Materiellrechtlich bezeichnet Stolcis in seinem 8. Kapitel die erste Phase während des

Nationalsozialismus als »Zerstörung und Selbstzerstörung des Faches«. Der effektiven Beseitigung der WRV durch die Reichstagsbrandverordnung und das Ermächtigungsgesetz folgte die Entformalisierung des Entscheidungsprozesses, so daß am Ende Willensäußerungen des Führers Rechtsqualität beigemessen wurde. Als Quasi-Verfassung diente eine »ungeschriebene politische Grundordnung des Reiches«. Wichtige Gesetze wurden als Beleg für ein dahinter stehendes Gesamtsystem gesehen (Huber) (S. 317). (Vielleicht sollte man aber festhalten, daß auch die rechtsstaatliche Nachkriegsverfassungsjurisprudenz immer wieder zu einem ähnlichen induktiven Verfahren neigte, wie etwa bei der Herleitung des »Prinzips der streitbaren Demokratie«.) Die nach der Machtübernahme schreibenden Autoren erkannten den Bedeutungsverlust ihrer Disziplin zunächst meist nicht und glaubten gar, sie könnten mit ihren Schriften die Entwicklung mitgestalten, und befanden sich anfangs geradezu im »Schöpfungsrausch« (S. 319 f.). Es gab jedoch deutliche Unterschiede zwischen jüngeren Autoren, die einen völligen Neubeginn sahen, und älteren, die zwar einen Bruch mit der WRV erkannten, aber sich bemühten, das Neue mit herkömmlicher Begrifflichkeit zu fassen. Eine Reihe älterer Öffentlichrechtler verstummten; andere wandten sich Spezialgebieten zu. Unter denjenigen, die sich in den Dienst des neuen Staats stellten, gab es moderate Vertreter (Ulrich Scheuner), Protagonisten (Schmitt, Koellreuther, Huber, Johannes Heckel, Maunz, Ritterbusch und Walz) und mit diesen konkurrierende reine »Parteijuristen« (z. B. Reinhard Höhn, Werner Best, Hans Frank, Roland Freisler). Im Mittelpunkt stand in den ersten Jahren Carl Schmitt, der die Fähigkeit mit sich brachte, »rascher als andere das adaptionsfähige Stichwort« zu formulieren, etwa mit seinem Buch »Staat, Bewegung, Volk« (1934), ohne sich um Präzisierung oder Realisierung zu kümmern (S. 323 f.). Innerparteiliche Streitigkeiten und Intrigen entspannten sich zwischen Schmitt, Koellreuther und Höhn um den Begriff der juristischen Staatsperson und der Gemeinschaft. Die Auflösung des Staatsbegriffes zugunsten der Gemeinschaft hatte sich Höhn auf die Fahne geschrieben, doch stieß er damit auf erheblichen Widerstand der »Traditionisten« unter den Regimejuristen (neben Schmitt auch Maunz und Huber) (S. 326 ff.). Ähnliche Auseinandersetzungen ergaben sich

um den Begriff des »Rechtsstaates«. Entgegen den Wünschen der Partei nahm das Regime zunächst auf Beamten- und Richterschaft Rücksicht und gebrauchte die Formel vom »Nationalen Rechtsstaat« (S. 332). Allerdings war dies ein zur Beruhigung gedachtes Lippenbekenntnis. In der Substanz blieb von der Rechtsförmigkeit kaum etwas übrig.

Auch die Lehrbücher hatten sich anzupassen, wobei dies angesichts der Unstetigkeit des Kurses ein diffiziles Unterfangen war. Autoren konnten entweder ihre Vergangenheit »triumphierend vorweisen« oder mußten sie »schamhaft verbergen«. Den situationsgebundenen Aktionen des Regimes und den Taten des Führers mußte ein Plan unterlegt werden, ohne ihnen vorzugreifen (S. 343). Der Autor erwähnt das Lehrbuch Koellreuthers, dem 1933 noch die nationale, autoritär geführte, aber weiter rechtsförmig handelnde Volksgemeinschaft vorschwebte. Diese Balance »zwischen Traditionalismus und autoritär-revolutionärem Gestus« war schwer zu halten und führte zu einer »allmähliche[n] innere[n] Distanzierung« vom Nationalsozialismus, die, so formuliert es Stolleis, Koellreuther nach 1945 »zu der nachträglich schwer nachvollziehbaren Autosuggestion« verhalf, er sei in Wahrheit ein Regimegegner gewesen (S. 347). Als eigentliches Hauptwerk im Bereich des Staatsrechts hat jedoch Ernst Rudolf Hubers »Verfassung«<sup>23</sup> zu gelten. Mit einer rechtshegelianischen Grundausrichtung versehen, lieferte es eine völkische Verfassungslehre, eine positivrechtliche Begründung für die Ausgrenzung fremdvölkischer Minderheiten und das absolute Führerprinzip und betonte die Pflichtenordnung, in der es keine Grundrechte gab. Huber gelang es mittels seiner sprachlichen Gabe, die Widersprüche im System zu verhüllen und den Anschein der Ordnung aufrechtzuerhalten, die »Schauseite des Regimes« zu präsentieren. Er identifizierte sich zweifellos mit dem Regime, ließ aber dennoch, etwa in »scholastisch feingesponnenen Begriffsunterscheidungen«, Distanzierungen von der SS anklingen, allerdings, wie Stolleis bemerkt, »vor allem im prinzipiellen Bereich (S. 348 f., Hervorhebung M. H. W.). Wenn man den Autor recht versteht, soll das wohl besagen, daß Huber zwar eine andere Theorie hatte, daß er aber die Maßnahmen des Regimes im Einzelnen nicht beanstandete.

<sup>23</sup> Hamburg 1935; 2. Auflage, Verfassung des Großdeutschen Reiches, Hamburg 1939.

Das vorletzte, 9. Kapitel des Bandes befaßt sich mit dem »Verwaltungsrecht und Völkerrecht«. Ernst Forsthoff äußerte 1935, daß die Verfassungsfrage mit der Errichtung des Führerstaates erledigt sei und die Wissenschaft insoweit nicht mehr vor Interpretationsprobleme gestellt werde. Von daher war es naheliegend, daß sich Juristen – Regimebefürworter oder nicht –, die sich von der Behandlung verfassungsrechtlicher Fragen allenfalls Schwierigkeiten versprechen konnten, eher anderen Fragen zuwandten (S. 352 f.). Auch wenn im Bereich des Verwaltungsrechts vieles noch in gewohnten rechtstechnischen Bahnen verlief, besagt dies noch nicht, wie Stolleis richtig bemerkt, das es sich um eine unbelastete Normalität handelte, wirkten doch Normalität und Terror zusammen. Es kommt für den Historiker vielmehr darauf an zu analysieren, welche Funktion diese Normalität hatte. Ohne die gut verwaltete Heimatfront wäre die expansive Kriegsführung schon früher gescheitert (S. 354). Wie schwierig es war, Spielräume aufrechtzuerhalten, offenbart das Lehrbuch »Deutsche Verwaltung« von Arnold Köttgen.<sup>24</sup> Der Autor betrachtet Köttgens Werk als das qualitativ wohl bedeutendste Verwaltungsrechtslehrbuch während des Nationalsozialismus und sieht in der 1944 erschienenen 3. Auflage »eine[n] der letzten Versuche, Rationalität und Gesetzesbindung der Verwaltung und das Verwaltungsrecht als »Ordnungssystem« gegen das Chaos regelloser Machtausübung zu verteidigen«. »[U]nter Ausnutzung kleinster argumentativer Spielräume und durch Verwendung unangreifbaren NS-Vokabulars [sien] Verteidigungspositionen aufgebaut« worden. Gleichwohl habe es sich nicht um eine Rückwendung zur Weimarer Verwaltungsdoktrin gehandelt. Die Einarbeitung der Verwaltungswirklichkeit und die Erweiterung der Perspektive auf neue Verwaltungsaufgaben stellten einen Beitrag zur Überwindung des verwaltungsrechtlichen Positivismus dar (S. 359 f.). Auch im Verwaltungsrecht spielte sich jedoch eine Auseinandersetzung zwischen »Gemeinschafts-Rhetoriker[n]« wie Höhn und Traditionalisten ab, die an der Notwendigkeit formaler Strukturen festhielten, da Rechtssicherheit im Industriestaat unverzichtbar sei (Forsthoff) (S. 361 f.). Zu den Befürwortern der Auflösung des Rechtsstaates im Bereich der Verwaltung zählte in allererster Linie Theodor Maunz, der das Ende des subjektiven

<sup>24</sup> Berlin 1935; 2. Auflage 1937; 3. Auflage 1944.

öffentlichen Rechts verkündete und der Verwaltungsrechtspflege das Recht absprach, die Entscheidungen des Führers zu hemmen (S. 363 f.). Im Bereich der Polizei war die Auflösung des Rechtsstaats am weitesten fortgeschritten. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle unterblieb weitgehend wegen einer bewußt unregelmäßigen Praxis, der Einschüchterung der Gerichte und des Aufbaus eines nicht kontrollierten Repressionsapparates. Insgesamt konstatiert Stolleis, daß die Polemiken gegen Liberalismus, Individualismus und Positivismus das Fach den politischen Zwecken und der Deziision der Führung auslieferten (S. 366), womit er die so geläufige Nachkriegsthese, daß der Positivismus die Rechtswissenschaft gegenüber dem Nationalsozialismus wehrlos gemacht habe, vom Kopf auf die Füße stellt.

Das Völkerrecht blieb in den ersten beiden Jahren des Regimes noch recht unberührt von den Systemumwälzungen, da die außenpolitischen Probleme Deutschlands vorerst eine »Völkerrechtsleugnung« erschwerten (S. 382). Mit der Betonung der Rasse kam es zu einer gewissen Dualisierung. In der Theorie wurde Völkerrecht mehr auf den Verkehr rasseverwandter Völker reduziert; in der Diplomatie bediente man sich weiterhin des herkömmlichen Vokabulars (S. 383 f.). Während Triepels letzte große Monografie »Die Hegemonie« (1938) von Stolleis als nicht nationalsozialistisch gewertet wird, spricht er Schmitts Bemühungen um eine Großraumtheorie diesen Anspruch zumindest objektiv ab (S. 389 f.). Unter den völkerrechtlichen Zeitschriften attestiert der Autor wenigstens der »Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht«, daß sie, »mit ganz geringen Ausnahmen«, ihr wissenschaftliches Niveau gehalten und sich nicht kompromittiert habe (S. 394). Der Münchener Völkerrechtler Heinrich Drost zeigte, daß man selbst während des Nationalsozialismus Lehrbücher veröffentlichen konnte, die unbeeinflusst vom neuen Geist waren. Er zitierte sogar unbekümmert alle einschlägigen jüdischen Autoren (S. 398).

Ein gewisses Resümee der Geschichte des Faches während des Nationalsozialismus findet sich im Abschlußkapitel des Bandes (»Das Ende«). Recht war für Stolleis in jener Zeit zu einem jederzeit verzichtbaren bloßen Mittel geworden, teilweise noch brauchbar zur Lenkung, aber seiner Freiheitsfunktion völlig beraubt (S. 401). Stolleis bezeichnet die Tat-

sache, daß er dem Holocaust kein eigenes Kapitel gewidmet habe, als beabsichtigt, denn aus der Sicht der Akteure, der meist nicht betroffenen Öffentlichrechter, habe es sich um eine Thematik »am Rande« gehandelt. Die meisten hätten die Bedrohung verharmlöst und sich »irgendwie arrangiert«. Dennoch sei dies ein Teil der Geschichte, der aufgearbeitet werden müsse, wobei die Historisierung aber die Gründe rational analysieren müsse und nicht dem »Gerede von ›Verhängnis‹ und ›Verstrickung‹« den Weg ebnen dürfe (S. 401–402). Man müsse erkennen, daß auch die strafrechtlich nicht zur Verantwortung Ziehbareren Teil des Potentials der Diktatur waren (S. 405). Allerdings sieht Stolleis keinen Sinn darin, nach einer umfassenden Theorie zu suchen, die es nicht gebe. Historisierung könne aber wissenschaftliche Teilerklärungen liefern, die ein »kausal-historisches Verstehen und eine Zuweisung von Verantwortung ermöglichen« (S. 405). Eine Erklärung sieht der Autor möglicherweise in der Stärke der Massenideologien, in ihrer Simplizität und ihrer von den psychischen Bedürfnissen und Ängsten der Massen ausgehenden Sogwirkung (S. 406 f.). Unbezweifelbar ist für ihn auch, daß die Juristen als Funktionselite das Regime mehrheitlich unterstützt haben. Dennoch gab es eine gewisse Bandbreite unter den Öffentlichrechtlern. Nur wenige hätten jedoch erkennbare Signale der Kritik gegeben (S. 408). Während sich das öffentliche Recht insgesamt in der Defensive befunden habe, gab es auch eine klare offensive Initiative, die sich für den »Endsieg« gerüstet habe, nämlich das von Ritterbusch an der Universität Kiel ab 1940 organisierte »Gemeinschaftswerk der deutschen Geisteswissenschaften«, an dem sich neben anderen Geisteswissenschaftlern außer ihm noch andere Juristen, v. a. Rechtsphilosophen, Staats- und Völkerrechtler beteiligt hätten (insbesondere Karl Larenz, Huber und Hermann Jahreiß) (S. 409). Widerstand war von den Staatsrechtlern nicht zu erwarten, allenfalls ein »individueller ›Aufstand des Gewissens‹«. Stolleis nennt aber noch einen weiteren Grund für die Wehrlosigkeit der Disziplin: Der im Methodenstreit propagierte Antipositivismus habe die Schleusen für ein nationalsozialistisch politisiertes Recht geöffnet. Mit dem Rechtspositivismus wurden gleichzeitig die »formalen, freiheitsschützenden Qualitäten eines textgebundenen Rechtssystems preisgegeben«. Im Hinblick auf die Universitäten sei

wichtigster Erklärungsfaktor die seit langem vorhandene nationalkonservative Haltung, der »augenzwinkernd geübte« Antisemitismus und die tiefsitzende Ablehnung der Idee der Aufklärung, besonders seit der Niederlage von 1918 (S. 411). Diese »Teilerklärungen« sind zwar recht knapp, aber für eine kompendienhafte Geschichte des öffentlichen Rechts wohl ausreichend.

Michael Stolleis ist es erneut gelungen, die Geschichte der Disziplin, diesmal für einen vielleicht noch wichtigeren Zeitraum, komprimiert und leicht lesbar darzustellen, ohne daß darunter die wissenschaftliche Gründlichkeit leidet. Sicherlich wird der eine oder andere einige Details vermissen, aber das bringt eine Gesamtbearbeitung mit sich und ist nicht zu beanstanden. Vielmehr nötigt das Buch Hochachtung davor ab, wie der Verfasser die Unzahl von Fakten und Quellen in eine so lesbare und dennoch analytisch solide Form gebracht hat. Stolleis hat damit eine Trilogie geschaffen, die auch in anderen Bereichen schwer ihresgleichen finden wird. Dennoch wäre der nächste Schritt, ein Band 4, der zumindest die ersten Jahrzehnte des Nachkriegsdeutschland umspannt, etwas, auf das man sich unbedingt freuen könnte. Ein solcher Band dürfte vielleicht noch schwieriger werden, da vieles für uns noch fast greifbare Vergangenheit ist. Michael Stolleis hätte wie kein anderer das geistige Potential für einen solchen Band (und Vorarbeiten scheinen ja auch bereits gemacht, siehe Vorwort, S. 5). Es wäre ihm und uns und der Wissenschaftsgeschichte zu wünschen, wenn er auch die Energie dazu aufbrächte.

Manfred H. Wiegandt

Henning Curti, *Abschreckung durch Strafe – Eine ökonomische Analyse der Kriminalität*, Diss. Universität Hamburg 1998, Dt. Univ. Verlag (Gabler) 1999, 195 Seiten, DM 89,-

Selbstverständlich ist kriminelles Verhalten wie jedes andere auch rational zu erklären. Zumindest gilt dies, wenn man bereit ist, die Rationalitäten des Aktoren nachzuzeichnen. Und da die meisten dieser Rationalitäten auch für andere nachzuvollziehen sind, kann man sie auch in ökonomischen Modellen abbilden, so besonders, wenn sie nach ökonomischem Kalkül mehr Nutzen als Kosten bringen. Dabei darf man nicht nur den direkten

Nutzen einer kriminellen Beute, sondern muß auch Prestigegewinn, Gruppenzugehörigkeit und andere Benefits in Betracht ziehen; auf der anderen Seite sollte man nicht nur die direkten Kosten der Tatbegehung, sondern auch die Opportunity Costs anderer, möglicherweise legaler Beschäftigungen in Rechnung stellen. Das bringt mit sich, daß potentielle Täter die möglichen Kosten unterschiedlich einschätzen: Arbeitslose etwa geringer als Erwerbstätige und anderweitig Beschäftigte. Als Kosten gelten natürlich auch die möglichen Strafen, ihre Strenge und ihre Wahrscheinlichkeit. Damit geht ein Element des Risikos in das Kalkül ein, das mit der eigenen Fertigkeit, aber auch mit der Abwehr der Bewacher und der Kapazität der Strafverfolgungsbehörden zu erklären ist. Das Kalkül muß also durch subjektive Einschätzungen ergänzt werden: Erfolgsaussichten, Risikobereitschaft und Angst vor Strafe sind in der Gesellschaft ungleich verteilt und erklären somit, warum einige Menschen zu kriminellen Taten greifen, andere nicht.

Curti sieht dies in seiner Arbeit übermäßig klar, etwa wenn er ausführt (S. 134): »Plant etwa ein Täter, eine Körperverletzung zu begehen, so bildet er Erwartungen über die Bestrafungswahrscheinlichkeit und die Höhe der Strafe.« Man muß ein bißchen Verständnis für die rationale Rekonstruktion von Verhalten aufbringen, um den offensichtlichen Unsinn dieser Formulierung wegzustecken. Schließlich geht die Argumentation durchaus verständlich auf die Informationsdefizite von Strafverurteilungen ein. So sieht Curti auch die Irrtumsmöglichkeiten angesichts des oft schwer zu prognostizierenden Verhaltens von Richtern: »Falls das Gericht nach begangener Tat jedoch auf schwere Körperverletzung erkennt, sind die subjektiven Einschätzungen des Täters... irrelevant.« Die ökonomische Analyse sollte daher nicht zu hohe Ansprüche an die Erwartungswerte einzelner, genau umrissener Straftatbestände stellen, sondern Straftatengruppen unter die Lupe nehmen (ebenda).

Soweit die *rational choice*-Kalküle getreu dem methodologischen Individualismus der Rechtsökonomien. Leider lassen sich die dabei formulierten Variablen jedoch nicht empirisch angeben, weil (laut Curti) über das Kalkül einzelner Täter keine zuverlässigen Daten bestehen. Also nimmt er für die Modellbildung Daten auf dem Aggregatniveau zu Hilfe, verschafft doch (meint Curti) die Statistik der

Polizei und der Gerichte einen guten Überblick. Schwächen sieht er allenfalls bei den Unterschieden der Zählung zwischen einzelnen Landesämtern in der Bundesrepublik. Spätestens bei solch penibler Umsicht hinsichtlich der Zuverlässigkeit offizieller Statistiken wundert der Leser sich, wie der Autor die Validitätszweifel, die die Kriminologen beschäftigen, etwa die Dunkelzifferprobleme, die unterschiedlichen Zählheiten oder die Definitions-Verschiebungen von Polizei über die Staatsanwaltschaft bis zu den Gerichten, einfach übergehen kann. Sie sind für die rechtsökonomische Modellbildung (laut Curti) weniger wichtig, geht es ihm doch um kriminalitäts-erklärende Theorien, so wie sie die Kriminologie mit ihrer Blindheit gegenüber der Wirkung von Strafen (S. 25/26, ebenso Schlußfolgerung S. 176 und Klappentext) bisher nicht geliefert habe.

Was die Kriminalität erklären könnte, erfährt der Leser aus der Literatordiskussion, die Curti voranstellt. Holzschnittartig wird dabei alle Kriminologie abgetan, die sich mit der Definition von Norm und Abweichung, der Reaktion von Opfern und der Arbeitsweise von Instanzen beschäftigt. Der Ökonom weiß schließlich, was »kriminell« ist, und braucht nur noch die Wechselwirkung von kriminogenen Faktoren und Strafdrohungen abzubilden, um anzugeben, auf welche Maßnahmen eine wissenschaftlich geleitete Kriminalpolitik sich richten solle. Der Leser ahnt es und findet es im Literaturverzeichnis bestätigt: Die Frage stammt aus den ideologie-überfrachteten Kämpfen in den USA, wo zwischen linken und rechten Reformern darum gestritten wird, wie groß die zusätzliche Abschreckung einer Erhöhung der Strafdrohung wäre und wie man Richter gesetzlich dazu zwingen kann, diese bei ihrer Strafzumessung auch zu praktizieren. Dies hat einige interessante ökonomische Untersuchungen über die Abschreckungs-Elastizität hervorgebracht, die allerdings nur bei einigen wenigen Delikten, wie der Steuershinterziehung oder Verkehrsvergehen, empirisch unterbaut sind; bei anderen, wie den Evaluationen der viel propagierten Verschärfungen der Strafzumessungs-Richtlinien von amerikanischen Richtern, bleiben sie kontrovers. Durchgehend bei allen Analysen zeigt sich dort übrigens, daß die Änderungen der Mindest- und Maximum-Strafen von kleinen Skandalisierungen ausgelöst, daß sie üblicherweise von öffentlichen Diskussionen und Propaganda eingeleitet

werden, mithin von begleitenden Maßnahmen abhängig sind und ihre Wirkung oft danach wieder verfliegt. Die Verortung solcher multiplen sozial-psychologisch-politologischen Wirkungen wäre durchaus einer multiplen Regressionsanalyse wert, und sie ließe sich folglich auch mit ökonomischen Methoden abbilden.

Dem allerdings kann diese Dissertation mit einer kleinen Zeitreihe von Statistiken für die Bundesrepublik Deutschland nicht beikommen, beschränkt sich doch ihr empirischer Test mangels zuverlässiger Individualdaten auf eine Zeitreihe von Jahresdaten der Bundesrepublik zwischen 1976 und 1989 (danach hat sich ja die Größe des Landes geändert, was den peniblen Statistiker von einer Verlängerung der Zeitreihe abhält). Und leider sind selbst die aggregierten Variablen nur mit *Proxis* (Annäherungs-Indikatoren) meßbar: So stehen etwa die Arbeitslosenquote jedes Jahres für (alle!) sozialen Faktoren, die Kapazität der Polizei für die Intensität der Sozialkontrolle, der Anteil der Verurteilten in der Justizstatistik für die Verurteilungswahrscheinlichkeit und der Prozentsatz von Freiheitsstrafen bzw. die durchschnittliche Strafhöhe für die Strafzumessung.

Mit diesen Variablen geht eine Regressionsanalyse dann in die Zeitreihen von Raub sowie Diebstahl und Unterschlagung, was nicht mehr (und auch nicht weniger) als ein Abbild der kriminalpolitischen Strategie der Jahre von 1976 bis 1989 ergibt. Siehe da: In dem besagten Zeitraum hat sich in der (alten) Bundesrepublik die Verurteilungswahrscheinlichkeit bei potentiellen Räufern und Dieben etwas erhöht, aber auch die Strafen sind ein wenig strenger geworden. Das muß man vor dem Hintergrund der insgesamt geringen Kriminalitätssteigerung jener Jahre sehen, ohne aber gleich kausale Wirkungen in der einen oder anderen Richtung angeben zu können. Genau dies aber tut dann die interaktive Statistik des ökonomischen Modells, mit dem Ergebnis, daß die größere Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung zwar um ein Vielfaches höher sei als die abschreckende Wirkung erhöhter Strafen, aber auch die letztere noch signifikant nachzuweisen sei. Also, schließt Curti, kann man die Hypothese, daß höhere Strafen abschreckend wirken, »aufgrund der empirischen Ergebnisse nicht ablehnen«. Und weiter durfte damit der »vielfach von Kriminologen und Juristen vorgebrachten Meinung, daß Strafe

keine generalpräventive Wirkung entfalte, ... widersprochen werden.«

Leider gibt es für solche Meinungsäußerungen keinen Beleg. In der deutschen Literatur kommt sie höchstens (noch) bei einigen wenigen Abolitionisten vor, aber ansonsten wird sie weder von Kriminologen und sicher nicht von Strafrechts-Juristen geteilt. Man ist hierzu gerade in der angegebenen Periode der Devise gefolgt, daß generelle Abschreckung in erster Linie auf die Entdeckungs- und Aufklärungswahrscheinlichkeit, daß die Glaubwürdigkeit der Justiz auf der Verurteilungswahrscheinlichkeit beruht (so denn auch Curti's Resultat) und daß man folglich die

Strafzumessung von individuellen Faktoren abhängig machen kann. Dabei ist das Spektrum von Reaktionsformen immer weitergehend differenziert und sozial- wie situationspezifisch angemessen worden. Wie weit dies effektiv ist, wie weit es auch den Bedürfnissen der Opfer genügt, was Kosten und was Nutzen dieser Sanktionen sind, gilt es in der Tat beständig wissenschaftlich aufzuklären. Bei Curti allerdings werden alle Sanktionsformen schlicht über das eindimensionale Kriterium der »Strafhöhe« verbucht, so wie es etwa auch die Punitivitäts-Diskussion amerikanischer Provenienz tut.

*Erhard Blankenburg*

Robert Alexy/Joachim Laux (Hrsg.)

## 50 Jahre Grundgesetz

Tagung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität und des Vereins Kieler Doctores Juris e.V.

Der Band zieht aus Anlaß des 50. Jubiläums des Grundgesetzes eine Bilanz. Aus rechtsgeschichtlicher Sicht geht es um die Entstehung des Grundgesetzes und seine Einbettung in die deutsche Verfassungstradition. Im Zentrum des verfassungsrechtlichen Interesses steht die Rolle des Bundesverfassungsgerichts beim Grundrechtsschutz durch die rechtsprechende Gewalt. Abschließend wird die Einbettung des Grundgesetzes in die supra- und internationale Ordnung in den Blick genommen. Diese Verknüpfung des Historischen, Systematischen und Internationalen läßt ein zugleich vielschichtiges wie aktuelles Bild des Grundgesetzes entstehen.

Der Band ist aus einer Veranstaltung an der Christian-Albrechts-Universität Kiel hervorgegangen. Zwei der Vortragenden sind Kieler Professoren. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts wird von der Richterin am Bundesverfassungsgericht a.D. Prof. Dr. Karin Graßhof dargestellt.

2000, 86 S., brosch., 36,- DM, 32,50 sFr, ISBN 3-7890-6654-0  
(Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF), Bd. 23)



**NOMOS Verlagsgesellschaft**  
76520 Baden-Baden