

Buchbesprechungen

Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, Frankfurt am Main (Suhrkamp Verlag) 2006, 240 S., 10,- €.

Rechtliches Wissen. Nichts sonst. Wahrlich ein schöner Titel, geradezu klassisch. Der Anspruch ist auf dem Buchumschlag gesetzt. Höher geht es kaum bei Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, dem mythischen Ort theoretischen Denkens in Deutschland. Und um Theorie geht es dem Autor Alexander Somek, Wiener und Rechtsprofessor in Iowa. Schon im ersten Satz des Vorworts tut er kund: »Es würde nicht die Feststellung lohnen, dass es Recht nur gibt, weil und insofern es auch als solches gewußt wird, wenn daraus nicht folgte, dass eine Theorie des Rechts angemessen nur als eine Theorie rechtlichen Wissens formuliert werden kann«. Das tönt zwar etwas apodiktisch, ja kommt nachgerade im Stechschritt daher (nur!, nur!), aber der theoriephile Leser, auch wenn er ob der totalen Prämissen und der ebenso totalen Konsequenz zunächst stützen mag, atmet kurz durch und macht sich neugierig auf den literarischen Höhenweg zur Rechtstheorie vulgo Rechtswissenstheorie.

Eine »Einleitung« und sechs »Kapitel«.

o. *Die Wirklichkeit des Rechts*.

Das ist ein weites Feld. Was ist Wirklichkeit, was ist Recht? Man könnte für eine Annäherung an diese Superfragen an die früheren, beinahe erloschenen, aber gelegentlich wieder aufflackernden Debatten um Verfassung und Verfassungswirklichkeit oder auch, etwas anders gelagert, um Rechtsfolgenorientierung denken. Immer geht es um die Differenz zwischen dem, was sein soll, und dem, was ist, und darum, was man mit dieser Differenz anfangen soll. Somek fragt sich zunächst einmal, warum und wieso man sich für Rechtstheorie interessiert und interessieren soll – und bettet seine Erörterung in eine grundsätzlich sympathische Denunziation der mangelnden Grundlagenorientierung der dogmatikfixierten deutschen rechtswissenschaftlichen Fakultäten ein. Insbesondere Rechtstheorie als der Diskursort, an dem

beobachtet und vor allem ohne Angst vor Funktionsverlusten gesagt werden kann, dass Recht nicht Recht ist, sondern eben dieses Recht oder ein anderes Recht bedeuten mag, Rechtstheorie also kann uns einen Blick auf das Recht liefern, den die operativen Rechtsinstanzen, Rechtsdogmatik oder Rechtsprechung, nicht bieten können, da sie sich sonst zu ihrer eigenen Mannigfaltigkeit, Widersprüchlichkeit, Unbestimmbarkeit bekennen müssten, mit allen negativen Folgen einer Rechts- und damit Sozialdesintegration. »Das kontroverse (bloß mögliche) Recht taugt nicht zur sozialen Integration«. Ob Durkheim dem zugestimmt hätte? Sei's drum. Merkwürdig ist jedenfalls, dass im Prozess um's Recht regelmäßig einer von zweien verliert. Und alle gehen sie trotzdem, auch die Besiegten, wieder vor Gericht, wenn sie Recht haben wollen.

»Das Recht realisiert sich in Gesellschaften nur, insofern es allgemein verbindlich gewußt wird«. Da bleibt nur zu sagen: NEIN. Die Wirklichkeit des Rechts liegt gerade darin, dass niemand verbindlich eben dieses Recht »weiß«. Die Rechtsunterworfenen, die Bürger, wissen nichts vom Recht und beklagen sich immer wieder darüber – wie sollten sie sich im Paragraphenschubel zurechtfinden? Die Experten, die Juristen, Richter, Rechtsanwälte, Juraprofessoren, wissen das Recht auch nicht, ansonsten gäbe es nichts mehr zu entscheiden, zu vertreten, zu argumentieren. Eine das verbindliche Wissen enthaltende Gebrauchsanweisung reichte aus. Dass dem nicht so ist, weiß natürlich auch Somek (in Kapitel 2 etwa). Auch deswegen ist sein Rechtsrealisierungssatz hanebüchen, nicht nur theoretisch, ebenso historisch. Denn ernstgenommen bedeutet er, Recht hat es nie gegeben, nicht in Babylon, nicht in Rom, nicht im alten Sachsen, nicht unter Napoleon, nicht in der DDR und nicht in der BRD. Oder gab es überall dort etwa ein allgemeines rechtliches Wissen verbindlicher Natur?

Nach Lektüre der Einleitung bleibt der Eindruck nicht geringer Unbestimmtheit. Wahrheit, Wissen, Erwartungen – beim Jonglieren mit diesen Begriffen plumpst die Wirklichkeit des Rechts auf den Boden.

1. Juristische Expertise.

Zunächst das Positive: Das schon seit längstem dominante juristische Gutachterwesen, das es einem Juraprofessor gestattet, mit fabrikmäßig hergestellten Stellungnahmen zum Friedhofssatzungsrecht sein Staatsalär zur Nebeneinkunft zu degradieren, mit den ganz natürlichen Nebenwirkungen für die Lehr- und Forschungstätigkeit, ist nicht häufig Gegenstand rechtstheoretischer Bemühungen. »Seitdem der Unternehmer-Professor zum Standardmodell geworden ist, ist es an den Juristischen Fakultäten intellektuell noch langweiliger geworden, als es ohnedies schon die längste Zeit gewesen ist. JA.

Das Kapitel dient im übrigen dazu (»mir kommt es bloß darauf an«), die juristische Expertise von der Rechtswissenschaft »an geeigneter Stelle (voneinander) begrifflich abzugrenzen«. Solche Begriffsunterscheidungen sind zwar meist steril (wozu?), doch wer wollte bestreiten, dass die schwere Arbeit an schweren Begriffen im Hinblick auf juristisches Wissen, wo es ja auch um Begriffe geht, nicht vermeidbar ist. Also: Juristische Expertise ist auf den Einzelfall bezogen, der Experte schreibt ein Gutachten für einen Auftraggeber. Sie ist gewissermaßen subjektiv. Die Rechtswissenschaft hingegen will »feststellen«, was »wirklich gilt«. Sie ist gewissermaßen objektiv. Oder: »Das Rechtssystem weiß rechtlich verbindlich, was das Recht ist«. Der Leser reibt sich verwundert die Augen, hat er doch gerade zu Beginn des 1. Kapitels (und auf dem hinteren Buchumschlag) gelesen, dass das Recht kompliziert, unübersichtlich und unverständlich ist. Jetzt also »Verbindlichkeit«, »Feststellung« und »Wissen«.

Somek stellt klar: Eben weil das Recht unverständlich ist, »muss« es von »Experten« (Gutachter oder Rechtswissenschaftler oder beide oder Dritte?) gewusst werden. »Andernfalls würde es nicht gewusst«. Bei diesem Karussell fühlt man sich verhöhnepiebelt. Wer sagt denn, dass *das* Recht (von wem auch immer) gewusst wird? Somek. Der Gutachter sagt es nicht, er sagt nur, was im konkreten Fall seinem Kunden nützt. Die Rechtswissenschaft sagt es auch nicht, denn jeder Rechtswissenschaftler sagt etwas anderes. Und das war auch im großen deutschen 19. Jahrhundert der Rechtswissenschaft so. »Ich habe mir gestattet, eine Geschichte (des Aufstiegs und Niedergangs der Rechtswissenschaft) bei anderer Gelegenheit zu erzählen«, im 1. Kapitel der präsenten Gelegenheit kommt jedenfalls ein merkwürdiges Einheitsblockdenken bei der Betrachtung von

der Rechtswissenschaft, dem Hort des juristischen Wissens, zum Vorschein. Aber entscheidender noch: Das ständige Besagen, dass Recht gewusst wird, macht aus der Welt der tausendfachen Wendungen, Argumente, Theorien, Annahmen, Bezugnahmen, Auslegungen, Lehrsätze, Entscheidungen der Rechtsmenschen kein rechtliches Wissen, sondern nur dieses oder jenes Wissen von diesem oder jenem Recht. Alternativen anstatt singulärer Feststellungen – das macht das Recht aus.

2. Gesetzesbindung.

Zunächst das Positive: Die offenbar unausrottbare, wenn auch schon lange nicht mehr unantastbare Vorstellung, der Richterjurist müsse und könne (letzteres vor allem) unter Zuhilfenahme methodischer Auslegungsregeln das Gesetz im Hinblick auf einen zu entscheidenden Fall richtig, also ohne die Möglichkeit einer anderen Lösung, zur Anwendung bringen, wird von Somek noch einmal zu Grabe getragen. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft können nicht sklavisch am Gesetz kleben, da sie eben dieses beim Urteilen und beim Räsonieren erst herstellen. Zu solch einer (sprach)philosophischen konstruktivistischen Einsicht gelangen Juristen nicht unbedingt massenhaft. Somek: »Die traditionelle exegetische Rechtswissenschaft ist ... intellektuell gescheitert«.

Rechtliches Wissen kommt im 2. Kapitel auch irgendwie vor, was naheliegt, hat doch Gesetzesbindung immer damit zu tun, zu erkennen, zu wissen, an was man eigentlich gebunden ist oder sein soll. Ein juristischer Wissenskonstruktivismus tritt für Somek das »Erbe der Rechtswissenschaft, wie wir sie bisher kannten«, an. Das sei die notwendige Folge der nicht mehr zu überschenden Unbestimmtheit der Gesetzes- und Rechtsbegriffe und der nicht mehr zu übersehenden Scheinbarkeit des Rationalismus »exegetischer Juristenmetaphysik«.

Das ist Popanz, und das ist ungenau. Die alten Juristen der alten Rechtswissenschaft und der alten Jurisprudenz waren keine tumbe Toren, die nur das eine wahre Recht sahen (oder wussten). Sie meinten zwar, jeder für sich, *die Lösung, das System, den Begriff* gefunden zu haben, doch sahen (und wussten) sie genau, dass andere, viele andere, andere Lösungen, Systeme, Begriffe gefunden hatten. Juristen war die Unbestimmtheit von Rechtssätzen und Gesetzen schon immer klar, sonst hätten sie nicht soviel ausgelegt und geschrieben (juristische Expertisen, consilia, im übrigen bereits in der Antike und im Mittelalter). »Inflation rechtlichen Wissens«

ist keine neue oder im Zuge eines »neuen« juristischen Konstruktivismus zu perhorreszierende Gefahr, eine Gefahr, die Somek als Verfechter eben dieses Konstruktivismus methodisch (theoretisch) zu verniedlichen sucht.

Da ist nichts zu fürchten und zu verharmlosen. Da ist nichts neu. Das Rätsel des Rechts liegt doch gerade darin, dass eben dieses Recht – in welcher Form auch immer – seit jeher einen zentralen, entscheidenden, Ort in der Organisation von Gesellschaft besetzt hält, obwohl das Entscheidende, die Entscheidung selbst, das Urteil über das Bestehen einer Verbindung zwischen dem Gesetz und dem Fall, radikal unsicher ist. Das ist das Rätsel der Gesetzesbindung und des rechtlichen Wissens.

Außerdem: »Die Idealisierung von nichts ergibt noch immer nichts: $1 \times 0 = 0$.« Die o aber ist nicht nichts. Die o ist eine Zahl, ein Zeichen.

3. Rechtsanwendung.

»Die moderne Rechtskultur beruht auf etwas, das Adolf Merkl so zutreffend als den ‚Primat‘ der Rechtswissenschaft gegenüber der Rechtsanwendung bezeichnet hat. Immerhin der erste Satz, also nicht unwichtig. Niklas Luhmann hat in seinen Beobachtungen der modernen Rechtskultur die Rechtsprechung in deren Zentrum gesehen. Was zumindest dann, wenn man darauf abstellt, was entscheidend ist, also darauf, was am Ende herauskommt, ziemlich zutreffend erscheint. Pramat hin oder her, wer sich scheiden lassen will, geht jedenfalls zum Richter und nicht zum Professor. Soweit zum Positiven.

Das 3. Kapitel dient der Begründung einer Wachablösung. Ein angeblich bestehendes, sogenanntes Drei-Ebenen-Modell der juristischen Wissenschaften (1. Rechtstheorie, 2. juristische Methodenlehre, 3. Rechtsdogmatik) soll durch ein Someksches Alternativmodell abgelöst werden. Insbesondere soll bei letzterem berücksichtigt werden, dass beim »Akt« des Rechtstuns – es ist auch von einer eher rätselhaften »interpretativen Praxis rechtlichen Wissens« die Rede – nicht Rechtsanwendung, sondern Rechtsschöpfung zum Tragen kommt. Wobei das Begreifen der »Rechtsregeln als interpretative Konstrukte« im Ernstfall sogar dahin führen soll, dass »sich Akte der Rechtsanwendung letztlich aus der Perspektive derjenigen, die von ihnen betroffen sind, vernünftigerweise nicht ablehnen lassen«. Ich soll also den Prozess verlieren und dann, meiner »eigenen Vernunft folgend«, noch *Danke!* sagen.

Gegenüber solch totalitären Psychoinklusionismen lobt man sich doch den alten engstirnigen Individualkampf um's Recht. Das buchtitelgebende Rechtliche Wissen findet randständig Erwähnung.

4. Abwägungsregeln.

»Wie kommt es dazu, dass Prinzipien in der grundrechtlichen Güterabwägung ein unterschiedliches Gewicht erhalten?« Eine wirklich spannende Frage. Die Beantwortung ist 65 Seiten lang. Es handelt sich um das Zentralkapitel des Buches. Nach 55 Seiten wird notiert, dass der gemachte Vorschlag einer egalitären Rekonstruktion der grundrechtlichen Güterabwägung »im folgenden nicht einmal ansatzweise« begründet werden kann. Am Ende: »Eine Analyse des Zusammenhangs ... muss ich hier schuldig bleiben«. Das macht nichts. Weder die Begründung noch den Zusammenhang vermisst man. Denn, wo ist das »rechtliche Wissen« geblieben? Kein Wort dazu.

5. Gleichheit.

Es handelt sich um eine Replik auf Huster, der ein Buch Someks zum Gleichheitsrecht rezensiert hatte.

6. Diskriminierungsschutz.

Überraschenderweise gleich zu Beginn des Kapitels, auf eineinhalb Seiten, etwas zu Wissen, rechtlichem gar. So ganz will es zur letzten Erwähnung (weit über hundert Seiten zuvor, gegen Anfang des Buches) nicht passen. »Juristisch zu konstruieren« führt jetzt dazu, dass »die Verständlichkeit des begrifflich Erfassten (erhöht)« wird. Keine Unverständlichkeit, keine Unverständlichkeit mehr? Das wäre ja toll, ist doch die Unwissenheit »nicht nur ein Geschenk des Himmels«, sondern »auch die Wurzel des Wahns«. Noch bevor man Zeit hat nachzudenken, welcher oder/und wessen Wahn wohl gemeint sein könnte(n), geht es unvermittelt weiter mit Ausführungen zum Antidiskriminierungsrecht, um dieses »präzise zu fassen«. Am »Schluss« des Kapitels und des Buches steht ein Plädoyer (»was uns in Hinkunft interessieren sollte«) für die Quote.

Eine Einleitung und sechs Kapitel. Das war's. Beinahe. Ganz am Schluss stehen »Nachweise«. Ein zweiseitiges Dokument austro-amerikanischer Acknowledgementslyrik. Mal aufrichtiger Dank, mal nur (unaufrichtiger?) Dank, mal aufregende Diskussionen, mal nur (langweilige?) Diskussionen. Das dritte sogenannte *Kapitel* ist der älteste Teil des, wie man nun erfährt, Eigenbeitrags-sammelbandes. Ein Vortrag, den der Autor

am 15.1.1997 bei der Deutschen Richterakademie gehalten hat. Es fehlt nicht der selbstgefällige Erfahrungshinweis, dass er, der Rechtstheoretiker, »nicht dazugehört – zumindest nicht zur jungen deutschen Richterschaft«. Sei's auch darum.

Es geht um etwas anderes: Da wird großartig eine neue Rechtstheorie, eine neue Rechtswissenstheorie angekündigt, ja da entblödet sich der Verlag (?) nicht, im Klappentext, neben allem möglichen, zu behaupten, der Autor zeige, »der eigentliche Kern des Geltingsanspruchs rechtlichen Wissens liegt im Vermeiden von Diskriminierung«. Was auch immer rechtliches Wissen sein mag, was auch immer diesem einen Geltingsanspruch verleihen möge, irgendeinen (expliziten oder impliziten) Zusammenhang zwischen Diskriminierungsrecht und rechtlichem Wissen sucht man in dem Buch vergebens.

Das Buch vereint in den letzten neun Jahren erarbeitete Studien von Alexander Somek. Sieben Aufsätze – auch die Einleitung wurde bereits vorgetragen. Überarbeitet, wobei dann schon einmal der »Beginn unseres Jahrhunderts« mit unserem Jahrhundert nichts mehr zu tun hat. Es geht um Juristisches, um Auslegung und um Diskriminierung. Dagegen ist, bei aller Kritik im Einzelnen absolut nichts einzuwenden. Zwei Bändchen hätten es werden können. Kleine rechtsmethodologische Schriften. Kleine Schriften zum Antidiskriminierungsrecht.

Eine irgendwie geartete »Theorie rechtlichen Wissen« jedoch existiert nicht. Das, was unter diesem Namen nun daherkommt, ist zusammengesetzt, zusammenhangslos, zusammengetragen, bedeutungslos. Ironischerweise so, wie das Recht selbst. Der Suhrkamp Verlag hat einen wunderbaren Titel in seinem Programm. Das Buch dazu muss noch geschrieben werden. Aussehen könnte es von Herder. Dem war es zwar um deutsche Literatur zu tun, aber die Blickrichtung ist auch im juristischen Milieu klar: Das Recht, ein rüstiger Arbeiter und Diener des Wissens, erscheint in einem Bettlermantel von Makulatur.

Rainer Maria Kiesow

Wolfgang Abendroth, Gesammelte Schriften Bd. 1, 1926-1948, hrsg. und eingeleitet von Michael Buckmiller, Joachim Perels und Uli Schöler, Hannover (Offizin-Verlag) 2006, 585 S., 24,80 €

Zum 100. Geburtstag Wolfgang Abendroths ist der erste Band seiner Gesammelten Werke erschienen. Er beginnt mit den ersten Aufsätzen des 20-jährigen Frankfurter Studenten,

der aus einer sozialdemokratischen Familie stammte und sich mit ihr von Anfang an der Arbeiterbewegung verbunden fühlte, und endet mit dem Brief des 41-jährigen an die Thüringische Volksbildungministerin 1948, in dem er seine Professur in der SBZ wegen der Divergenzen zwischen Verfassungsnormen und politischer Praxis, insbesondere des Demokratiedefizits aufgab. Abendroth, der trotz durchgehender Stigmatisierungsversuche seit den 50er Jahren ein wesentlicher Pol der deutschen Nachkriegsideengeschichte des öffentlichen Rechts war, mit den Grundpositionen eines demokratischen Sozialismus, hat kein systematisches Hauptwerk hervorgebracht und sich in seinem Theoriekonzept niemals einer Parteilinie angepasst, so dass auch sein Leben durch eine Gratwanderung an den politisch-historischen Rändern geprägt ist. Der erste Band, der die zweite Phase der Weimarer Republik, ihren Untergang, den Nationalsozialismus und die erste Nachkriegsperiode umfasst, vereinigt die frühen Publikationen bis hin zu Paralipomena und Miszellen und erlaubt es, die gedankliche Sozialisation vor dem Hintergrund einer dramatischen Biografie nachzuzeichnen.

Als Sohn eines Elberfelder Mittelschullehrers stieß er zunächst zur proletarischen Jugendbewegung, wurde 1920 Mitglied des Kommunistischen Jugendverbandes, später der KPD, aus der er wegen Ablehnung der Sozialfaschismustheorie ausgeschlossen wurde. Als Mitglied der kommunistischen Partei-Opposition konnte er ab 1933 nicht mehr juristisch arbeiten und auch das Assessorexamen nicht mehr ablegen. 1935 gelang es ihm aber, in Bern mit einem völkerrechtlichen Thema zu promovieren. Die bei einem Breslauer Verlag veröffentlichte Arbeit wurde von der Gestapo kurze Zeit später beschlagnahmt. Abendroth schlug sich zunächst in der Wirtschaft durch, bis er wegen illegaler Arbeit zu vier Jahren Zuchthaus verurteilt wurde, die er von 1937 bis 1941 verbüßte. Danach lernte er seine spätere Frau Lisa kennen, die er aber vor der Einziehung zur berüchtigten Strafdivision 999 nicht mehr heiraten konnte. Beim Einsatz in Griechenland desertierte er, schloss sich 1944 dem griechischen Widerstand an und wurde später als britischer Kriegsgefangener auf den Aufbau der Demokratie vorbereitet. 1946 aus der Kriegsgefangenschaft entlassen, holte er sein Assessorexamen in der SBZ nach, wurde kurzfristig Richter und Verwaltungsbeamter, dann Professor in Leipzig und Jena, wo er sein Lehramt zum Jahresende 1948 aufgab und nach Westberlin flüchtete. Die weiteren Stationen, mit Professuren in Wilhelmshaven-Rüstersiel und Marburg,

von wo aus er die deutsche Nachkriegsgeschichte begleitete, ist durch außergewöhnliche persönliche Kontinuität gekennzeichnet, die auch der Leser der Schriften von 1926 bis 1948 bei all den historischen Umbrüchen noch erfassen kann.

Am Beginn der Publikationsstätigkeit Abendroths in der Zeitschrift »Freie sozialistische Jugend« (1926) steht ein kleiner Aufsatz gegen die ewigen »Widerleger des Marxismus«, der schon sprachliche Brillanz und analytische Schärfe vereint, wenn auch nicht ohne jugendliche Zuspitzung und Globalistik. Sozialismus hält er nicht für eine Sache der »zarten Gemüter«, er besteht auf Notwendigkeiten der gesellschaftlichen Entwicklung. Dem kommunistischen Manifest entnimmt er, dass die »Diktatur des Proletariats« mit der Demokratie zu identifizieren sei. Einer Koalition bei »Gleichgewicht der Klassenkräfte« (Otto Bauer) steht er skeptisch gegenüber. Die Schriften von Marx und Lenin werden von ihm nicht als auratische Texte gelesen. Bei der Behandlung der Kulanfrage (1927) sind seine Informationsgrundlagen aus heutiger Sicht aber dürftig. Der Atheismus sei dem proletarischen Sozialismus nicht notwendig immanent, befindet er. Dem Kampf unterdrückter Kolonialvölker gibt er gleiches Gewicht wie dem Kampf des Proletariats. Noch 1927 stellt er fest, dass der größte Teil der bolschewistischen Führer von 1917 nicht mehr in der KPdSU ist, fügt hinzu, Sinowjew und Kamenew seien als schwankende Gestalten ausgeschlossen worden, erklärt aber die Argumente der Ausgeschlossenen noch für erörterungsbedürftig. In Auseinandersetzung mit der Jugendbewegung befragt Abendroth die pazifistischen Strömungen, zu welcher der kämpfenden Klassen sie gehören wollten. Er hält auch das Evangelium für eine sozialrevolutionäre Botschaft, rügt nur die Religiösen, die über ihren tiefen Schmerz wegen unüberwindbarer Klassengegensätze nicht hinauskommen (1928). Aus nationalistischen Positionen schält er die antikapitalistischen Elemente heraus. Er skizziert eine Ethik des proletarischen Kampfes anstelle der Ethik der herrschenden Klasse, hält die Wehrmacht des Bourgeois-Staates nicht für demokratisierbar und bekämpft die Aufrüstung der bürgerlichen Staaten mit ihrer Marschrichtung gegen die Sowjetunion. »Wirtschaftsdemokratie oder Sozialismus?« fragt er 1928 und kritisiert Fritz Naphthal und Hugo Sinzheimer, die Väter des Mitbestimmungsgedankens, die im Wirtschaftsleben nicht nur an die Interessengegensätze, sondern auch an die »Gemeinschaft zwischen Kapital und Arbeit« anknüpfen und die Stei-

gerung des Lebensniveaus in der Arbeiterschaft bezwecken. Er befürchtet von ihren Gedanken eine Verdeckung der grundlegenden Krisenhaftigkeit des Kapitalismus.

»Sozialismus und Nation« ist ein weiterer Schwerpunkt der frühen Aufsätze. Im Kapitalismus haben die Proletarier kein Vaterland, hat Marx geschrieben. Der Patriotismus der Bourgeoisie und des Proletariats sind gegensätzliche Erscheinungen, hat Karl Kautsky 1907 hinzugefügt. Abendroth hält dagegen, dass die Interessen der Nationen und die Klasseninteressen der Proletarier sich harmonisch deckten. So hätten die Sozialdemokraten 1914 dem Krieg im nationalen Interesse entgegentreten müssen, und so seien auch die Versailler Reparationspflichten Deutschlands aufzuheben.

Einer der letzten Aufsätze dieser Phase erscheint 1930 in einer Zeitschrift der Bündischen Jugend, mitherausgegeben von Ernst Jünger. Dieser hatte den Russen bescheinigt, sie hätten die Arbeiterklasse von einem wirtschaftlichen zu einem heroischen Begriff verwandelt. Den Jungnationalisten empfiehlt Abendroth dementsprechend strenge Trennung von Faschismus und die Eingliederung in den Kampf, der bei den täglichen Nöten der unterdrückten Klasse beginnen müsse. Insoweit wirft er auch der KPD Defizite vor. Schon unter Pseudonym schreibt Abendroth im Wintersemester 1933/34 noch eine Abhandlung über die bürgerliche Jurisprudenz, die Krise des Staatsrechts, die zunehmende Machtlosigkeit von Legislative und Judikative auch im nichtfaschistischen Europa. Damit verfalls das juristische Denken überhaupt. Für das Strafrecht betont er dies noch gesondert, nachdem ein Hechinger Landgerichtspräsident im Mai 1933 den alten germanischen Satz aufgegriffen hatte, dass der Landesfeind friedlos sei, ausgerechnet der Präsident des Gerichts, bei dem Abendroth 1930/31 tätig gewesen war.

Damit brechen die kleinen Veröffentlichungen aus den frühen Jahren ab. Es sind allesamt politische Aufsätze rund um die Zentralbegriffe der theoretischen Auseinandersetzungen. Der Autor hält an den Grundideen demokratischer Sozialisten in jugendbewegtem Schwung fest, sieht den Nationalsozialismus äußerst realistisch, weniger dagegen die Entwicklung der Sowjetunion, und gerät, was Parteien und Organisationen angeht, überall in eine Oppositionsrolle.

Die Dissertation über die völkerrechtliche Stellung der B- und C-Mandate von 1936 beschäftigt sich mit den ehemaligen deutschen Kolonien. Er differenziert die völkerrechtlichen Grundsätze für die Verwaltung dieser

Gebiete auf der Basis des Art. 22 der Völkerbundesatzung und der weiteren Rechtsquellen im Sinne einer konsequenten Dekolonisierung und für alle Staaten verbindlicher Rechtsregeln aus. Der Verfasser verfährt dabei sehr methodisch und geradezu positivistisch, mit großer sprachlicher Akribie, auch hinsichtlich der französischen und englischen Texte. Er geht die Konsequenzen des Mandatsstatus von der Abschaffung der Sklaverei über ihr Bildungs- und Gesundheitswesen bis hin zu ihren auswärtigen Beziehungen durch. Die Begrifflichkeit ist dementsprechend zeitgebunden und bezieht sich auch auf die »Zivilisierung der Eingeborenen«, die mit dem Privileg der freien Missionstätigkeit für die Mitglieder des Völkerbundes verbunden ist. Die Herausgeber betonen aber zu Recht die völlige Abwendung von der nationalsozialistischen Völkerrechtsdoktrin, die mit keinem Wort erwähnt ist.

»Der demokratische Staat kann nur als Rechtsstaat leben.« Mit diesem Satz beginnt Abendroth seine Publikationen nach dem Zweiten Weltkrieg. Die Krise des Rechtsbewusstseins führt er auf die antizonalistische und antidemokratische Grundhaltung des Richterstandes der Weimarer Zeit zurück, die er in den ersten Urteilen 1947 wiederfindet, mit denen etwa Deserteure noch bestraft werden.

Als erste Rechtsfrage der Nachkriegsordnung prüft Abendroth (NJ 1947, 73), ob das Deutsche Reich durch debellatio am Tage der bedingungslosen Kapitulation untergegangen ist. Die herrschende Auffassung in den Westzonen nahm eine bloße occupatio bellica ohne Annexion an, die völkerrechtlich zu keinem Souveränitätsverlust geführt habe. Dagegen führt Abendroth an, dass der Wille der Alliierten entscheidend sei, der sich in der Gesamtverfassung des Kondominiums niedergeschlagen habe, dieser Wille laufe aber auf die Fortexistenz einer einheitlichen Staatsgewalt hinaus, also auf eine staatsrechtliche Identität, so dass auch Forderungen gegenüber dem Deutschen Reich und seine Verbindlichkeiten bestehen blieben. Nach diesem Gedanken hätten allerdings auch die Beamtenverhältnisse bestehen können, was jedoch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beamtenurteil (BVerfGE 3, 58) später glücklicherweise ausgeschlossen hat. In der Neuen Justiz der Jahrgänge 1947/48 äußert sich Abendroth in einer Reihe von Aufsätzen zum Aufbau der Justiz nach den Länderverfassungen der verschiedenen Besatzungszonen und räumt dem Gesetzgeber in der SBZ mangels verfassungsrechtlicher Vorgaben für die Unabsetzbarkeit des Richters einen größeren Spielraum ein. Paradoxerwei-

se widerspricht dem der thüringische Justizminister Külz, der die persönliche Unabhängigkeit des Richters aus der Bezugnahme auf das Gerichtsverfassungsgesetz herleitet, was wiederum Abendroth mit der Begründung ablehnt, Gesetzesrecht werde nicht durch Bezugnahme Verfassungsrecht. Das Widerstandsrecht des Art. 6 Abs. 2 der Brandenburgischen Verfassung gegen Gesetze, die gegen Moral und Menschlichkeit verstößen, billigt Abendroth auch dem Richter zu, obwohl dieser die Gesetze nicht auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen durfte. Ferner erklärte Abendroth Rechtskundeunterricht in den Schulen für erforderlich, wofür Pädagogen und Juristen zusammenarbeiten müssten. Unter anderem sollten die Schüler von der Übereinstimmung der Nürnberger Urteile mit den Grundnormen des Naturrechts überzeugt werden. Die Rechtsgeschichte solle, so lobt er in einer Rezension Mitteis, weniger Geschichte des Rechts als Geschichte unter dem Aspekt des Rechts sein.

1948 nahm Abendroth an der Hamburger Völkerrechtlertagung teil, in der die unterschiedlichen Positionen zur (Dis-)Kontinuität aus Ost und West, auch die Abendroths, diskutiert wurden. Es kam hier zu einer gemeinsamen Entschließung, in der das Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes hinsichtlich seiner Verfassung und die Beachtung der Menschenrechte durch die Besatzungsmächte postuliert wurden.

Mit einem großen Aufsatz zur Justizreform in der Sowjetzone schließt der erste Band der Gesammelten Schriften ab. Abendroth akzeptiert hier das Aufsichtsrecht des Landtages, das aber den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit in den Landesverfassungen (die ihre Parallelen in Art. 112 der Verfassung der Sowjetunion hatten) nicht beeinträchtigen dürfe. Diese Aufsicht dürfe nicht zur Einzelfallintervention führen. Aus der Unabhängigkeit des Richters dürfe aber nicht die Unabsetzbarkeit gefolgt werden, da die übermäßige Betonung der Richterprivilegien schon in der Weimarer Zeit ein Hindernis für die Demokratisierung der Rechtspflege gewesen sei. Da NS-belastete Richter in der SBZ nicht akzeptiert wurden, musste der Richtermangel mit Lehrgängen behoben werden. Abendroth geht im Einzelnen auf das Curriculum hierfür von insgesamt 1946 Stunden während der einjährigen Ausbildung ein. Die Lehrgangsteilnehmer mit gehobener Schulbildung schlossen hierbei nicht wesentlich besser ab als diejenigen, die nur über Volksschulbildung verfügten. Die damit herangeführten Volksrichter sollten regelmäßig weitergebildet werden. Jedoch sollte diese neue

Richtergruppe nicht durch strenge parteipolitische Bindung an der selbständigen Willensbildung gehindert werden, um keine Zweifel an der Unabhängigkeit der Rechtsprechung zu erwecken. Mit dieser Bemerkung war aber zugleich der Sprengsatz gelegt, der schließlich zur Flucht Abendroths in den Westen führte. Es war die Divergenz hinsichtlich des Rechtsstaates, die zu diesem Abgang führte.

Die Herausgeber haben die Publikation in vorbildlicher Weise aufbereitet. Die Einleitung stellt die Zusammenhänge zwischen den einzelnen Arbeiten und mit dem Lebensweg des Autors her. Der Anmerkungsapparat enthält nützliche historische Erklärungen und Ergänzungen. Aufgenommen sind nur Artikel, bei denen Abendroths Autorschaft gesichert ist (s. im übrigen Andreas Diers, Arbeiterbewegung – Demokratie – Staat. Wolfgang Abendroth, Leben und Werk, 1906–1948, 2006). Nur äußerst selten sind Fehler festzustellen. So hat es in Hechingen nie ein Oberland(es)gericht gegeben. Wilhelm von Heye wurde 1926 nicht als Generalleutnant Chef der Heeresleitung, sondern zum General der Infanterie befördert. Fälschlich wird Erich Lüth nur der DDP zugerechnet, obwohl er später der Hamburger SPD angehörte. Wenn die Herausgeber von der »berüchtigten Schlagerede« Karl Radeks sprechen, so wird damit nicht klar, dass es nicht um eine persönliche Verirrung Radeks ging, sondern dass die KPD-Führung 1923 zeitweilig den nationalen Impetus gegen die französische Besatzung des Ruhrgebiets und das »Entente-Kapital« nutzen wollte und Berührungspunkte mit der nationalrevolutionären Rechten suchte.

Die Öffentlichkeit der frühen Schriften Wolfgang Abendroths betrifft gewiss auch Ephemeris. Eine Hagiographie entsteht jedoch gerade nicht. Vielmehr werden in plastischer Weise die gedanklichen Wege und Seitenwege einer herausragenden politischen und juristischen Persönlichkeit in der deutschen Geschichte des 20. Jahrhunderts verfolgbar, deren Singularität noch heute nachwirkt.

Peter Derleder

Oliver Tolmein, Selbstbestimmungsrecht und Einwilligungsfähigkeit. Der Abbruch der künstlichen Ernährung bei Patienten im vegetative state in rechtsvergleichender Sicht: Der Kemptener Fall und die Verfahren Cruzan und Bland, Frankfurt a. M. (Mabuse-Verlag [Reihe Wissenschaft]) 2004, 312 S., 32,- €

In Abkehr vom nationalsozialistischen Menschenbild genießt in der Grundrechtsordnung nach der verbreiteten Auffassung vom

absoluten Lebensschutz jedes geborene menschliche Leben einen positiven Wert, der unabhängig vom physischen und psychischen Zustand des jeweiligen Menschen immer und ausnahmslos anzuerkennen ist. Die Sterbehilfediskussion der Bundesrepublik hat allerdings seit ihren Anfängen einen grundlegenden Wandel erfahren. War sie im Anfang noch wesentlich geprägt von einer Ethik der Fürsorge für den Patienten und der Selbstverpflichtung der Ärzte im hippokratischen Eid, ist nunmehr das die Diskussion bestimmende Prinzip das Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Diese Entwicklung ist im juristischen Diskurs nicht nur nachgezeichnet; vielmehr verstärkt die grundrechtsdogmatische Beleuchtung dieses Themenfeldes die Fokussierung auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Das freie Selbstbestimmungsrecht des Patienten gebietet es, dass eine von ihm nicht gewollte ärztliche Maßnahme zu unterbleiben hat, auch wenn sie nach allgemeinen Maßstäben aus unvernünftigen Gründen abgelehnt wird. Das vom medizinischen Fortschritt aufgeworfene Problem, nicht nur das Leben, sondern auch die Sterbens- und Leidensphase von Patienten verlängern zu können, scheint damit gelöst zu sein. Der absolute Lebensschutz, der an sich die Erhaltung jeder Form menschlichen Lebens gebietet, muss nicht in Inhumanität umschlagen, weil und wenn der Patient die weitere Lebenserhaltung ablehnt. Mit diesem Lösungsansatz konzentriert sich die Fragestellung auf Wille und Wunsch des Patienten. Die Brücke zum bewusstlosen bzw. nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten muss dann die verbindliche Patientenverfügung schlagen. Ist auch diese nicht gegeben, so soll der »mutmaßliche Wille« des Patienten ausschlaggebend sein. Aber wird mit diesen Konstruktionen nicht eine Lösung zwischen absolutem Lebensschutz einerseits und um des Menschen willen notwendigen Sterbenlassens andererseits vorgespiegelt, die letztlich vom Selbstbestimmungsrecht gar nicht geleistet werden kann?

An dieser Stelle setzt Tolmein an, der den herrschenden Lösungsansatz zur Beantwortung der aufgeworfenen schwierigen Probleme beim entscheidungsunfähigen Patienten in Frage stellt. Die Untersuchung wird konzentriert auf Menschen im vegetative state (andere Bezeichnungen: Wachkoma-Patienten, Patienten mit apallischen Syndrom oder post-comatose unawareness). Dies sind Patienten mit schweren Hirnschädigungen, die sich und ihr Umfeld kaum oder nicht wahrnehmen und auch nicht ansprechbar sind. Diese Menschen befinden sich nicht in

der Sterbephase und können über viele Jahre am Leben erhalten werden (263). Die Untersuchung Tolmeins setzt ein mit den bekannten und im juristischen Schrifttum eingehend diskutierten Gerichtsurteilen im (1) Kemptener Fall (18-55) (BGHSt 40, 257 ff.; Tolmein, KJ 1996, S. 510 ff.), im Fall von Nancy Cruzan (USA) (55-75) und im Fall Anthony Bland (Großbritannien) (76-84). Alle drei Fälle waren durch den Umstand erschwert, dass keine schriftlichen Patientenverfügungen vorlagen. Der Autor stellt die Gerichtsentscheidungen einschließlich der Entscheidungen der unteren Instanzen detailliert dar und hat hierzu teilweise auch mit den Richtern gesprochen und in die Gerichtsakten Einblick genommen. Tolmein hat hohe – wenn nicht gar überspannte – Erwartungen an die Sachverhaltaufbereitung durch die Gerichte, weil das zu behandelnde Rechtsproblem durch den tatsächlichen Befund wesentlich vorgegeben sei. Die medizinische Situation der Patientin sieht er vor allem im Kemptener Fall als zu wenig aufbereitet an (25 u. 85).

Der besondere Gewinn der rechtsvergleichenden Untersuchung Tolmeins zeigt sich im nachfolgenden Abschnitt (86-292), in dem der Blick ins common law die Betrachtung ganz unterschiedlicher rechtsdogmatischer Ansatzpunkte ermöglicht. Die von den verschiedenen Gerichten herangezogenen unterschiedlichen Prinzipien für eine Entscheidung über die Behandlung oder Nicht-Behandlung eines Patienten werden von Tolmein letztlich allesamt für nicht hinreichend befunden.

Der Bundesgerichtshof und die ihm überwiegend zustimmende Literatur bemühen vor allem das Institut der mutmaßlichen Einwilligung. Nach Tolmein handelt es sich um eine Fiktion und tatsächliche Fremdverfügung, wenn auf frühere schriftliche oder mündliche Äußerungen des Patienten und nicht auf den Willen des Patienten zum Zeitpunkt der Handlung abgestellt werde (144), der auch aktuell körperlich oder schwer verständlich ausgedrückt sein könne (149). Fundiert wird der eigene Ansatz durch rechtsphilosophische Betrachtungen. Die Vorausverfügung im gesunden Zustand treffe einen erheblich veränderten Menschen. Kann sie für diesen Menschen noch bindend sein? Oder muss beispielsweise bei einem dementen, an Alzheimer erkrankten Patienten, der offensichtlich gegenwärtig Freude an seinem Leben hat, nicht vielmehr auf die aktuellen Bedürfnisse abgestellt werden, auch wenn er jetzt einwilligungsunfähig ist? Der Autor verdeutlicht seine

Kritik auch anhand der wichtigen Entscheidung des BGH, NJW 2003, 1588 ff., die der Arbeit eine besondere Aktualität verleiht (255-277). Den im common law vorherrschenden Grundsatz des »substituted judgment« lehnt der Autor im Kern mit ähnlichen Erwägungen ab, weil »vorgefasste Wünsche wenig über die dann aktuelle Vorstellung des Patienten« aussagten (177). Den »Best-interest-Standard« verwirft Tolmein als nicht hinreichend bestimmt genug, weil die Definition der Interessen vor allem von den subjektiven Annahmen und Vorgaben Dritter bestimmt seien, die dem Patienten ihre eigenen Vorstellungen als Interesse unterstellt (235 f.).

Nach diesem negativen Befund versucht Tolmein anstelle von Interessen einen bedürfnisorientierten Standard zu entwickeln (237-292). Die Bedürfnisse von Menschen im vegetative state seien vor allem auf elementarer körperlicher Ebene angesiedelt: Ernährung, Wärme, Pflege (239). Der Autor erkennt hierin einen »körperlich zum Ausdruck gebrachten Willen des Patienten« zum Leben (242). Entscheidungsunfähige Patienten drücken den Behandlungsabbruch körperlich aus, wenn z. B. von einem dementen Patienten trotz physischer Schluckfähigkeit die Nahrungsaufnahme verweigert oder die Nasensonde immer wieder herausgezogen wird (243 f.). Dabei soll der »bedürfnisorientierte Standard« einhergehen mit der »Akzentuierung zwischenmenschlicher Beziehungen« (245) und im Zuge einer »narrativ angelegten Analyse« (242) einem Ergebnis zugeführt werden. Allerdings »muss in Konstellationen, in denen auf Bedürfnisse vernünftigerweise nicht abgestellt werden kann«, ein anderer Entscheidungsstandard herangezogen werden (245), damit nicht eine Lungenentzündung als körperlich ausgedrückter Todeswillen interpretiert wird. Der Ansatz von Tolmein bleibt sehr vage und wird noch unwägbarer durch die relative Verbindlichkeitseinschränkung von – auch eindeutig formulierten – Patientenverfügungen bei konträren gegenwärtigen Bedürfnissen (246, vgl. auch 148 f. u. Fn. 307). Allerdings soll die Patientenverfügung wenn auch nicht bindend, so doch noch »erhebliche Bedeutung für die Diskussion der Entscheidung« haben (246).

Die Arbeit wird abgeschlossen mit einem Ausblick (292-295), der das Plädoyer des Autors für einen effektiven Lebensschutz durch die Einführung eines Verfahrenspflegers (*amici curiae*) unterstreicht, und einer kurzen Zusammenfassung der Ergebnisse (295-297).

Tolmein hat nicht einfach nur eine klassische Lebensschutzposition vorgetragen, seine kritischen Einwände treffen den vorherrschenden Lösungsansatz an empfindlicher Stelle: den Grenzen des Selbstbestimmungsansatzes und der faktisch von Dritten getroffenen Entscheidung über das Leben des Patienten (269 ff.). Die gegenwärtige Diskussion ist allerdings davon geprägt, die andere Richtung auszuloten und nach erweiterten Handlungsspielräumen des selbstbestimmten Sterbens durch den assistierten Suizid zu fragen. Es wird deshalb dauern, bis die schmerzlichen Einwände Tolmeins wahrgenommen werden. Das liegt auch daran, dass Tolmein trotz seiner sehr beachtenswerten kritischen Argumente nicht bis zu einem praktikablen Alternativansatz vorgedrungen ist.

Jörg Antoine

Peter Niesen, Kants Theorie der Redefreiheit, Baden-Baden (Nomos Verlag) 2005, 301 S., 58,- €

Das hier zu rezensierende Werk ist, wie der Titel schon signalisiert, eine philosophische Untersuchung. Eine philosophische Theorie der Redefreiheit gehört aus Sicht der Rechtswissenschaft zu einem Normenbegründungsdiskurs, der dem positiven Recht als Rechtsethik einerseits vorgelagert ist, andererseits aber auch die Auslegung und Anwendung des positiven Rechts kritisch-reflektierend begleitet. Die Frage nach der Funktion des Grundrechts auf Meinungsfreiheit wird im deutschen Verfassungsrecht damit beantwortet, dass es zwei Funktionen gibt, die gleichberechtigt nebeneinander stehen: Es dient einerseits der Persönlichkeitsentfaltung, und es ist andererseits »schlechthin konstituierend für die Demokratie (BVerfGE 7, 198 [208]; stRspr). Niesens Untersuchung ist, wie sich aus der Einleitung ergibt, u. a. motiviert durch eine us-amerikanische Debatte über die Funktion der Meinungsfreiheit: Folgt aus einer demokratisch-funktionalen Interpretation des Grundrechts, dass Meinungsäußerungen, die nicht den Bezug zum demokratischen Prozess haben, nicht oder weniger geschützt sind (Meiklejohn)? Folgt daraus sogar, dass es in nicht-demokratischen Staaten (Rawls') nicht-liberalen, aber wohlgeordneten Staaten aus dem *Recht der Völker*) kein Recht auf Meinungsfreiheit geben kann oder zu geben braucht? Die praktische Relevanz eines solchen Normenbegründungsdiskurses z.B. für den Menschenrechtsschutz auf nationaler und internationaler Ebene liegt auf der Hand. Es ist diese Herausforderung,

auf die Niesen reagiert, indem er die restriktive Theorie der Meinungsfreiheit von Meiklejohn mit der universalistischeren Lehre von Kant konfrontiert.

Nun ist es zunächst eine durchaus offene Frage, ob es bei Kant so etwas wie eine Theorie der Redefreiheit gibt, welche die Bezeichnung ›Theorie‹ verdient. Auf den ersten Blick gibt es bei Kant nur mehr oder weniger systematische Ansätze und verstreute Bemerkungen aus den Aufsätzen *Was ist Aufklärung*, dem *Gemeinspruch*, *Zum ewigen Frieden* und schließlich aus der *Rechtslehre* der *Metaphysik der Sitten*, wo Kant eher nebenbei anmerkt, dass das Recht, anderen »bloß seine Gedanken mitzuteilen«, in dem einzigen angeborenen Freiheitsrecht (der Unabhängigkeit von der nötigenden Willkür anderer) enthalten sei. Kants Theorie der Redefreiheit kann nur das Resultat einer systematischen Rekonstruktion sein, und das ist die Aufgabe, der sich die Untersuchung in ihrem Schwerpunkt stellt. Niesen gelingt es, aus den Mosaiksteinen ein übersichtliches System zu rekonstruieren, das dem Leser schon durch die Gliederung in die drei Hauptkapitel präsentiert wird: Die aus dem angeborenen Freiheitsrecht erwachsende menschenrechtliche Mitteilungsfreiheit (Kap. I), das Bürgerrecht auf politische Redefreiheit (Kap. II) und das Weltbürgerrecht auf öffentlichen Vernunftgebrauch (Kap. III). Insoweit bietet der Autor eine Rekonstruktion, die gut begründet und auch in ihrem Begründungsweg transparent und nachvollziehbar ist. Ein Nebeneffekt dieser übersichtlichen Rekonstruktion ist aber, dass sich dem Leser auch Schwächen der Kantschen Theorie offenbaren. So erscheinen Kants Positionen zur menschenrechtlichen Mitteilungsfreiheit und zum öffentlichen Vernunftgebrauch als Weltbürgerrecht als durchaus überzeugend, während die Begründungen für das Bürgerrecht auf politische Redefreiheit als blass und widersprüchlich erscheinen. Bei der politischen Redefreiheit unterscheidet Niesen zwei Argumentationsstränge, die er als das vertrags- oder souveränitätstheoretische Argument und das lern- oder rationalitätstheoretische Argument bezeichnet. Das lerntheoretische Argument bezieht sich auf den Obrigkeitsstaat des aufgeklärten Absolutismus. Das regierende Oberhaupt soll durch die öffentliche politische Rede vor Irrtümern bewahrt werden. Die politische Rede dient insoweit nicht der Kritik, sondern der ›nicht-widerspenstigen Untertan‹ informiert den Regenten, dessen guter Wille unterstellt wird, über unbeabsichtigte Mängel und Ungerechtigkeiten, die dem Regenten nicht bekannt sind. Niesen

transparente Rekonstruktion macht hier die Schwächen der Kantschen Argumentation deutlich. Denn die lerntheoretische Funktion können, wie Niesen durchaus sieht, auch private und geheime Bitschriften (*gravamina*) und nichtöffentliche Petitionen erfüllen. Dass Kant insoweit rechtspolitisch für die öffentliche Rede plädiert, ehrt ihn. Ein Argument, dass dies zwingend so sein muss, ist aber nicht ersichtlich.

Niesen beschränkt sich nicht darauf, eine solide Kant-Rekonstruktion zu liefern; die Untersuchung greift weiter aus. Auf einer zweiten Ebene verwendet Niesen die Kantsche Theorie der Redefreiheit als Prüfungsmaßstab für die restriktive Theorie der Meinungsfreiheit von Meiklejohn (II.3.1), und im dritten Kapitel vergleicht der Autor Kants Unterscheidung von öffentlichem und ›privatem‹ Vernunftgebrauch mit der Lehre vom öffentlichen Vernunftgebrauch bei John Rawls – ein Vergleich, der sich in beiderlei Richtungen als instruktiv erweist. Auf einer dritten Ebene verwendet der Autor Kants Theorie der Redefreiheit aber auch als Prüfungsmaßstab für aktuelle Rechtsfälle. So wird gelegentlich in gleichsam juristischer Terminologie gefragt, ob eine Äußerung bereits aus dem ›Schutzbereich‹ herausfällt oder ob sie bloß beschränkbar ist. Und damit kommt der Rezensent zu einem kritischen Punkt.

Soweit die aktuellen Rechtsfälle nämlich nicht nur zu Zwecken der Illustration angeführt werden, wird man die Frage aufwerfen müssen, was gerade Kants Theorie der Redefreiheit dazu qualifiziert, den Prüfungsmaßstab für das geltende Recht abzugeben. Diese kritische Nachfrage richtet sich nicht gegen die Notwendigkeit eines rechtsethischen Normenbegründungsdiskurses. Meine Nachfrage ist trivialer gemeint: Warum Kant, und nicht Spinoza oder Locke (deren vertragstheoretische Begründung der politischen Redefreiheit Niesen mit der von Kant vergleicht [II.1.2])? Weil Kant eine besonders große Autorität ist? Natürlich ist das eine rhetorische Frage, es kann nur auf die Qualität der Argumente und der Begründungen ankommen. Die Antwort kann m. E. nur lauten: Kants *Rechtslehre* kommt als Maßstab der Kritik des positiven Rechts in Betracht, weil sie den Anspruch erhebt, Vernunftrecht zu sein, d.h. aus reinen Vernunftprinzipien a priori Recht von Unrecht scheiden zu können. Kant erhebt für seine philosophische Rechtslehre den Anspruch, echte Wissenschaft vom vernunftrechtlich Notwendigen zu sein, im Gegensatz zur bloß empirischen Jurisprudenz, die es mit dem

historisch Kontingenten zu tun hat. Die Relevanz von Kant als Gesprächspartner über die Jahrhunderte hinweg hängt davon ab, wie weit dieser methodische Anspruch eingelöst wird.

Umsso überraschender ist es, wenn Niesen meint, Kants Theorie der Redefreiheit könne auch »unabhängig von kontroversen metaphysischen und metaethischen Hintergrundannahmen« Überzeugungskraft entfalten (S. 18). Was aber sind die *metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre* ohne Metaphysik? Was ist das angeborene Freiheitsrecht wert, welchen theoretischen Geltungsanspruch kann es ohne die vernunftrechtliche »Deduction« des intelligiblen Besitzes in den §§ 1–9 des Privatrechts der *Metaphysik der Sitten* erheben? Man wird nicht davon ausgehen können, dass jede rechtspolitische Position von Kant seinem methodischen Anspruch gerecht wird. Damit ist dem Kantinterpret die Aufgabe gestellt, das vernunftrechtlich Notwendige und Gebotene vom Anachronistischen und Historisch-Kontingenzen in Kants Lehre zu unterscheiden. Implizit verfährt auch Niesen so, wenn er z. B. den unterschiedlichen Rechtsstatus von Aktiv- und Passivbürgern für nicht rechtfertigungsfähig hält und Kant insoweit die Gefolgschaft verweigert. Es gibt bei Kant noch andere Anachronismen wie den Rechtsstatus des unehelichen Kindes (›außer dem Gesetz [denn das heißt Ehe], mithin auch außer dem Schutz desselben¹›), die den Interpreten zur kritischen Wachsamkeit aufrufen sollten. Vor diesem Hintergrund wäre dann zu differenzieren zwischen (1.) der Korrektheit der Kant-Rekonstruktion und (2.) der Frage, ob man dem Autor zustimmen kann, wenn er sich Kants Theorie zu eigen macht und diese als ›vernunftrechtlichen‹ Prüfungsmaßstab verwendet.

Exemplarisch für dieses letztgenannte Problem ist die Behandlung der persönlichen Ehre als Schranke der menschenrechtlichen Mitteilungsfreiheit. Durch die Verankerung im angeborenen Freiheitsrecht sind Grund und Grenzen der menschenrechtlichen Mitteilungsfreiheit bei Kant eng miteinander verwoben. Denn das angeborene Freiheitsrecht besteht nach Kant ja (nur) in der »Befugnis, das gegen andere zu tun, was an sich ihnen das Ihre nicht schmälert«; und die ›Schmälerung‹ kann durchaus auch in einer Ehrverletzung bestehen. Niesen geht auf die persönliche Ehre als Schranke der Mitteilungsfreiheit ausführlich ein (I.3.4) und stellt die über verschiedene Schriften und Textstellen

¹ Kants Werke, AA VI, S. 336.

len bei Kant verstreuten Ansätze übersichtlich zusammen: Die Unterscheidung zwischen Standesehre (»Ehrenpunct«) und bürgerlicher Ehre, die rechtliche Unbescholtenseitheit, der ‚gute Name‘ als angeborenes, äußeres Mein und Dein sowie die Achtungspflichten gegenüber anderen und sich selbst als Tugendpflichten.

Das ist zunächst wieder eine gelungene, sicher diskutabile Kant-Rekonstruktion. Aber die Transparenz und Übersichtlichkeit der Rekonstruktion befördert dann beim Leser doch den Verdacht, dass Kants Ehrverständnis von zeitbedingten Beschränktheiten nicht ganz frei ist. Vergleicht man Kant etwa mit den einschlägigen Äußerungen Schopenhauers (der klar zwischen dem negativen Charakter der bürgerlichen Ehre im Unterschied zum positiven Charakter des Ruhmes unterscheidet),² so wird deutlich, dass Kant den Weg vom ständischen zum bürgerlichen Ehrverständnis erst zur Hälfte zurückgelegt hat. Kant hat sich vom ständischen ‚Ehrenpunct‘, dem Verständnis von Ehre als Reputation und dem Wert, den man in den Augen der öffentlichen Meinung hat (sog. ‚äußere Ehre‘, wie man sie beispielsweise in Meinungsumfragen messen kann) noch nicht frei gemacht. Deshalb ist es problematisch, wenn sich *Niesen* den anachronistischen Ansatz zu eigen macht und glaubt, man könne dem guten Namen (d.i. der Wert, den man in den Augen der öffentlichen Meinung hat) einen präzisen Sinn geben, indem man ihn versteht als die »Handlungsfähigkeit in Bezug auf privat-rechtliche Transaktionen« (S. 110). Die Begründung lautet dann wie folgt: Da die Handlungsfähigkeit vom guten Namen abhängt und weil der Wert der Freiheit in der Chance besteht, davon Gebrauch zu machen, muss der gute Name rechtlich geschützt werden. Dass die Handlungsfähigkeit vom guten Namen abhängt, mag in einigen Fällen in faktischer Hinsicht eine zutreffende Beschreibung sein. Man sollte sich aber eigentlich darüber im Klaren sein, dass die Reputation in einer nachständischen Gesellschaft mit pluralistischen Wertmaßstäben nicht schlechterdings rechtlich schützenswert sein kann. Ob der gute Name, den eine Person faktisch-sozial hat, in den Augen eines kritischen Beobachters nach dessen Wertmaßstäben berechtigt ist, hängt allein von dessen Wertmaßstäben ab, und diese sind in einer plurali-

stischen Gesellschaft frei. Die Bedeutung der kleinen Relativierung, die *Niesen* vornimmt, wenn er sagt, dass der rechtliche Schutz des guten Namens nur vor der »ungerechtfertigten Minderung« (S. 110) der Reputation schützen kann, wird leider nicht in vollem Umfang erkannt. Denn das ist ja gerade die Frage, was das Kriterium für gerechtfertigte und ungerechtfertigte Minderungen ist. Auf der Grundlage des »menschenerichtlichen Egalitarismus« (S. 104), kann es keine Grade von einem Mehr oder Weniger an rechtlich verfasster, bürgerlicher Ehre geben. Die heutige Verfassungsrechtsdogmatik löst dieses Problem im Wesentlichen mittels der Unterscheidung zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen.

Da mit dem Wegbrechen der ständischen Ordnung die ständischen Wertmaßstäbe nicht mehr rechtlich verbindlich sind, hat niemand mehr einen Rechtsanspruch auf besondere Achtung oder gar Bewunderung und alle unterliegen den »Fluktuationen des Achtungsmarktes« (Luhmann). Aber niemand muss es sich gefallen lassen, dass die Werturteile auf der Grundlage falscher Tatsachenbehauptungen gefällt werden. Bei diesem Brückenschlag zu den Rechtsproblemen der Gegenwart hätte man sich schon gewünscht, dass noch einige andere Gesprächspartner vom Autor mit einbezogen worden wären.

Es macht freilich Kants Größe als Denker aus, dass sich bei ihm auch schon der weiterführende Ansatz zu einem einer modernen, pluralistischen Gesellschaft angemessenen Ehrverständnis findet. Dies sind nämlich die Achtungsansprüche, welche bei Kant allerdings im Rahmen der Tugendlehre behandelt werden. Achtung und Würde sind im Gegensatz zur faktisch-sozialen Ehre eben nicht sensibel für »graduelle Veränderungen«. *Niesen* weist insoweit zutreffend auf den Zusammenhang zwischen Achtungsanspruch und Würdebegriff bei Kant und dem rechtlichen Verständnis von Menschenwürde im Sinn von Art. 1 GG hin, und er zeigt (S. 115 ff.) auch, dass es bei Kant eine gewisse Widersprüchlichkeit gibt, wenn er Achtungsansprüche einerseits als (nicht erzwingbare) Tugendpflichten einordnet, andererseits aber von einem ‚Recht‘ auf Achtung spricht, welches man nicht wegwerfen dürfe.³

Ulli F. H. Rühl

² Schopenhauer, Werke Bd. 8 (Zürcher Ausgabe), 1977, S. 397 f.

³ Kants Werke, AA VI, S. 461.

Ingo Müller hat ihn zu den »furchtbaren Juristen« gezählt.¹ Reicht das zur Bewertung von Eduard Kohlrausch (1874–1948)? Gerät alles, was über diese Feststellung zu dessen Leben und Werk hinausgeht, zur Apologie des Gelehrten? Ist es beispielsweise müßig, seinen Werdegang auch unter Einbeziehung der kriminalpolitischen Stellung Franz von Liszts zu deuten?

An der fast überbordenden Fülle der Dissertation von Holger Karitzky kann man scheitern.²

Karitzky geht es – anders als einstmals Radbruch – sicher nicht darum, die »Liebe zur Jurisprudenz durch die Lebensbeschreibung ihrer großen Vertreter zu erwecken«.³ Wer sich auf das Studium seiner »strafrechtshistorischen Biographie« einlässt, der begibt sich auf eine Reise durch mehr als ein »Juristenleben«. Er durchwandert große Teile der kriminalpolitischen Diskussionen und Begehrlichkeiten, des Alltags und des wechselhaften politischen Klimas im Deutschland der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts.

Nachdem Karitzky den Strafrechtslehrer durch das zu Ende gehende Kaiserreich, die Weimarer Republik, die nationalsozialistische Diktatur und während des (wissenschaftlichen) Neubeginns in der »Ostzone« begleitet hat, glaubt er, aus den geschilderten Berufssituationen induktiv auf die Bedingungen einer juristischen Berufsethik schließen zu können. Spätestens hieran erkennt man, dass es Karitzky um weit mehr geht als nur das Leben des Eduard Kohlrausch.

Karitzky bemerkt im »Fall Kohlrausch« eine möglicherweise berufstypische »Eigenschaftslosigkeit« der Juristen. Diese sucht er schon deshalb zu verstehen, weil sie nach seinen Beobachtungen ein wissenschaftliches Pendant besitzt: die Hilflosigkeit gegenüber Systemkriminalität und die daraus resultierenden Kontinuitätslinien der modernen Kriminalpolitik. Im furchtbaren System wird der angepasste – schon weil ansonsten unbekauerte – furchtbare Jurist schnell zum systemimmanenten juristischen Normalfall.

¹ Müller, Furchtbare Juristen (1987), S. 241.

² So zuletzt Spendel, in dessen Rezension der Hauptteil des Buches »aus Platzgründen nicht mehr näher betrachtet werden kann« (vgl. Spendel, Recht und Politik, Heft 4 (2005), S. 237 ff.). Spendel sieht sich jedoch nicht zuletzt aufgrund des ihm bekannten Schriftverkehrs zwischen Kohlrausch und Radbruch zu einer umfassenden Gesamtwürdigung Kohlrauschs in der Lage (ebd., S. 241).

³ Radbruch, MschrKrimPsych. Band 6 (1909/10), S. 1.

Dem breiten und anspruchsvollen Untersuchungsansatz zollt Karitzky umfangreich Tribut, indem er die ersten 45 Seiten seines Buches der Absicherung des spezifischen Forschungsinteresses und methodischen Überlegungen zur juristischen Biographik widmet. Karitzky sieht sich einer Vielzahl von neueren, unterschiedlich aufgebauten »Juristen-Biographien« gegenüber, aufgrund derer er die juristische Biographik als ein »neues Genre« identifiziert. Auch bei der Analyse des Forschungsstandes geht Karitzky im Wege der Induktion vor. Als Ariadnefaden aus dem Labyrinth der sich ergebenden »Aufbaufragen« dient ihm die Erkenntnis, dass die getrennte Darstellung von Leben und Werk für die von ihm beabsichtigte Untersuchung von Kontinuitäten besonders geeignet ist.

Von großer Bedeutung für das Leben und Werk Kohlrauschs war nach Meinung von Karitzky vor allem eine Persönlichkeit: Franz von Liszt. Posthum ist Kohlrausch zum »Wahrer und Mehrer des Erbes Franz von Liszts« erklärt worden. Und wenn man Kohlrauschs Weg durch die (scheinbar) so unterschiedlichen Systeme verfolgt, so entsteht der Eindruck, dass von Liszt seinen Schüler Kohlrausch mit dem erforderlichen »Notgepäck« für alle Anforderungen ausgerüstet hat.

Die alte Forderung von Liszts nach dem unbestimmten Strafurteil begleitet Kohlrausch durch die Systeme, immer ringt er um eine jeweils auffüllungsbedürftige Weltformel für den Richter. Auch die Verfechter eines progressiven Strafvollzuges haben Kohlrausch in wechselnden Systemen an ihrer Seite. Aber wie hält es der Liszt-Schüler mit dem Gesetzlichkeitsprinzip?

Dieser Erbteil befindet sich laut Kohlrausch schon in Zeiten der Weimarer Republik im »status controversiae«. Allein schon weil Kohlrausch – anders als von Liszt – nie die Implementierung eines strafverfahrensrechtlichen Gegengewichtes zum spezialpräventiven Zweckstrafrecht am Herzen lag, mag Karitzky ihn in der Weimarer Zeit nicht zu den Liberalen zählen. Anders als für von Liszt habe für Kohlrausch die Lösung »Soziales Strafrecht – liberaler Strafprozess« nicht gegolten. Zwar war beides – so resümiert Karitzky – ein an der Täterpsyche orientiertes (und insofern »soziales«) Strafrecht wichtig. Karitzky kann aber belegen, dass Kohlrausch schon in der Weimarer Republik bereit war, inquisitorische Elemente im Strafverfahrensrecht zu akzeptieren, wenn sie der

⁴ So Gallas, ZStW 63 (1951), S. 1.

Erforschung der Täterpsyche dienten. Von der einst von Liszt propagierten Idee des Parteiprozesses auch im Strafrecht war Kohlrausch also weit entfernt.

Weit entfernt von heutigen Maßstäben scheinen auch Kohlrauschs Ausführungen zur Frage der Zwangssterilisation bei kriminalpolitischer Indikation zu sein. Als Kriminalpolitiker war Kohlrausch fast zwangsläufig in die diesbezüglichen Diskussionen der zwanziger Jahre eingebunden. Karitzky befindet sich hier in der Schwierigkeit, zwischen den von Kohlrausch nur repitierten Streitständen und Kohlrauschs eigenen Standpunkten zu unterscheiden. Der Biograph will erkennbar vermeiden, nur auf den »Seismographen Kohlrausch« einzuschlagen. Karitzkys Vorsicht wird belohnt: Spätestens als Kohlrausch in einer Ankündigung der Frankfurter IKV-Tagung vom 12.-13.9.1932 bedauert, dass »die sog. Kulturvölker in irregeleiteter Humanität geradezu negative Volksauslese treiben«, identifiziert Karitzky ihn als »Chamäleon der Eugenik«. Immerhin war Kohlrausch lange Zeit noch als ein Vertreter der gemäßigten Kriminalpolitiker aufgetreten, die die Sterilisation nur in Fällen der Einwilligung zulassen wollten. Doch im Herbst der Weimarer Republik hatte Kohlrauschs Argumentation schon jene Färbung angenommen, die die nächsten Jahre prägen sollte.

Karitzky schildert Kohlrausch als einen Strafrechtler, für den die Bedürfnisse der Kriminalpolitik und die Bedingungen des Rechtsstaates immer Gegenpole geblieben sind. Seit dem Ende des Kaiserreichs erscheint ihm Kohlrausch als ein »Kriminalpolitiker in Wartestellung«. So beobachtete Kohlrausch schon 1930 mit Wohlwollen, dass sich die allgemeine Entwicklung vom »strafrechtlichen Manchesterum« entferne.⁵ Wie viele Strafrechtler und Kriminalpolitiker seiner Generation war Kohlrausch also von den ebenso end- wie fruchtlosen Strafrechtsreformbemühungen der ihm immer anarchischer erscheinenden Weimarer Republik enttäuscht.

Aber liegt darin schon die Erklärung für das Kommende? War es einfach so, dass Kohlrausch nicht im Abseits stehen wollte, als dann ein totalitäres System zunächst seinen Willen zu einer wissenschaftlich gesteuerten Gesamtreform des Strafrechts bekundete? Gab es keine politischen Erwägungen, die Kohlrausch vor einem solchen Experiment zurückschrecken ließen?

Die politische »Verortung« Kohlrauschs fällt Karitzky schwer. Beachtlich scheint Kohl-

rauschs publizistische Reaktion auf die Lex Emminger vom 4. Januar 1924.⁶ Kohlrausch bekämpft die dort vorgesehenen Verfahrensvereinfachungen und die aus seiner Sicht wenig demokratische Entstehungsgeschichte dieser gesetzesvertretenden Verordnung. Er beklagt den damit in Deutschland zu Tage getretenen »Mussolinismus« und nennt den Art. 48 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung einen »Diktaturparagraphen«. Dies hält ihn jedoch nicht davon ab, wenig später im Verfahren gegen den am Hitler-Putsch von 1923 beteiligten Erich Ludendorff ein offenbar parteiliches Gutachten vorzulegen, das es dem Volksgericht München erlaubte, den Republikgegner freizusprechen. Als respektabel schildert Karitzky aber wieder jene Haltung, mit der Kohlrausch als Rektor der Berliner Universität im Wintersemester 1932/33 durch seine Drohung, die Universität notfalls zu schließen, das Hissen der Hakenkreuzfahne wochenlang verhinderte. Dass Kohlrauschs posthume Apotheose zum »getreuen Eckart der Rechtsidee« mit der Wirklichkeit dennoch wenig zu tun hat, zeigen Karitzkys Ausführungen im 7. Kapitel der Dissertation, welches sich mit der Kriminalpolitik Kohlrauschs im Dritten Reich beschäftigt.

Anhand der Denkschrift des Preußischen Justizministers Kerrl über »Nationalsozialistisches Strafrecht« von 1933 weist Karitzky nach, wie Kohlrausch eine perfekte Synthese zwischen seiner eigenen kriminalpolitischen Vergangenheit und den nationalsozialistischen Strafrechtsvorstellungen herstellt. Es scheint nur folgerichtig, dass ihn die Nationalsozialisten sowohl in die Amtliche Strafrechtskommission als auch in die Große Strafprozesskommission berufen. Seine alte Forderung nach dem unbestimmten Strafurteil reüssiert und wird Bestandteil des E 1944. Als Kohlrausch auf dem »11. Internationalen Strafrechts- und Gefängniskongress« in Berlin im Jahr 1935 versucht, die Ziele des »neuen deutschen Strafrechts« geistesgeschichtlich zu legitimieren (ohne hierbei nur einmal den Begriff des »Nationalsozialismus« zu verwenden), stellt er sich nach Ansicht Karitzkys erfolgreicher und subtiler in den Dienst des »Führerstaates« als es mit jeder typisch nationalsozialistischen Propaganda überhaupt möglich gewesen wäre. Karitzky findet Zeitzeugen, die glauben, Kohlrauschs Engagement im totalitären Staat begründen zu können. Kohlrausch habe seinen Einfluss behalten wollen, um das

⁵ Kohlrausch, ZStW 50 (1930), S. 30 (50).

⁶ Ausführlich zur juristischen Rezeption der Verordnung: Vormbaum, Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988).

Schlimmste zu verhindern! Die Zeitzeugin ist immerhin Irmgard Litten, Mutter des von den Nationalsozialisten zu Tode gequälten Weimarer Strafverteidigers Hans Litten. Es waren Kohlrauschs Verbindungen, die es Frau Litten zumindest ermöglichten, sowohl beim Reichspräsidenten von Hindenburg als auch bei Roland Freisler um die Freilassung ihres Sohnes zu bitten.

Aber was hat der »getreue Eckart der Rechtsidee«⁷ wirklich verhindert? »Strafrecht ist Volksschutz« lautet fortan Kohlrauschs Devise. Er wird zu einem führenden »Rassehygieniker«. Karitzky weist nach, dass Kohlrausch in der Diskussion um den eugenisch indizierten (Zwangs-)Schwangerschaftsabbruch radikaler argumentiert als der bereits erwähnte Preußische Justizminister Kerrl. Im Jahr 1939 unterbleibt die Emeritierung des engagierten Rechtslehrers. Eindrucksvoll zeigt der Biograph die Schrankenlosigkeit einer Kriminalpolitik, die sich in den Dienst jedweder gesetzlicher Inhalte stellt. Umfangreich dokumentiert Karitzky, wie Kohlrausch an der täterorientierten Ausrichtung des Strafrechts auf den Krieg mitwirkt.

Auch das Kriegsende kann die akademische Laufbahn Kohlrauschs nicht beenden. Zum Zeitpunkt der Wiedereröffnung der Berliner Universität am 29. Januar 1946 ist Kohlrausch Dekan der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät. Detailliert schildert Karitzky, wie Kohlrausch sich in dem von der sowjetischen Besatzungsbürokratie entfesselten »Land der Fragebögen« zurechtfindet.

Ausgerechnet ihn bittet die »Deutsche Zentralverwaltung für Justiz in der Sowjetischen Besatzungszone« im Jahr 1946 um ein Gutachten zu der Frage, ob Sterilisationen, die nach dem »Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses« vom 14. Juli 1933 vorgenommen worden sind, »Verbrechen gegen die Menschlichkeit« im Sinne der Kontrollgesetze darstellen. Mit Blick auf die (teilweise durch ihn selbst) bereits in der Weimarer Republik geleisteten Vorarbeiten zu diesem Gesetz verneint Kohlrausch die Frage. Weil er in der Sterilisation auch für die Zukunft ein zweckmäßiges Mittel zur Verbrennungsbekämpfung sieht, empfiehlt er auch der Sowjetunion – gerade vor dem Hintergrund der marxistischen Ideologie – die Eugenik. Karitzky glaubt zu erkennen, dass sich Kohlrauschs Menschenbild im Jahr 1947 nicht von dem des Jahres 1932 unterscheidet – allerdings auch nicht von dem dazwischen. Den An-

knüpfungspunkt sieht Karitzky nicht zuletzt im Menschenbild des »Marburger Programms«, in dem radikalen Utilitarismus des jungen Franz von Liszt. Allerdings – so möchte man anfügen – hat Kohlrausch Ideen von Liszts in eine andere Wirklichkeit transformiert, eine Form der »Säkularisierung«, die die im Folgenden behauptete unmittelbare Traditionslinie schwierig macht: »Ob Selektion und Unschädlichmachung der sozial untauglichen, unverbesserlichen Verbrecher oder Auslese und Sterilisation der sozial untauglichen Minderwertigen – Grundlage ist jeweils der Zweckgedanke«.⁸

Fest steht, dass das kriminalpolitische Arsenal Kohlrauschs auch für eine gute Positionierung in den kriminalpolitischen Diskussionen der realexistierenden Sowjetzone geeignet war. Karitzky weist nach, wie stark man sich auch hier für ein täterorientiertes Strafrecht interessierte. Auch weiterhin darf sich Kohlrausch der Bekämpfung der Gewohnheitsverbrecher und deren schuldhafter Lebensführung widmen.

Mit Karitzky möchte man sich wundern, wie modern Kohlrauschs Kriminalpolitik zu sein scheint, wie gering der Einschnitt des Jahres 1945 auf ihn wirkt. Beispielsweise erhält sein Plädoyer für das unbestimmte Strafurteil in den Strafrechtsausschüssen der Sowjetzone einen ähnlichen Zuspruch wie 1933. Der inzwischen 72-jährige Kohlrausch arbeitet sich nach Karitzkys Beobachtung in einen wahren Rausch. Ähnlich wie in den Jahren 1933 und 1934 scheint ihn der Systemwechsel in eine produktive Aufbaustimmung zu versetzen. Reflexionen über eine mögliche Systemkriminalität sucht Karitzky bei Kohlrausch vergebens, auch wenn zeitgleich zu dessen neuerlichem Engagement in Nürnberg das nationalsozialistische Unrecht aufgearbeitet wird.

Dass Kohlrausch anders als viele in Westdeutschland tätige Professoren – wie zum Beispiel Edmund Mezger – doch noch von seiner nationalsozialistisch gefärbten Vergangenheit eingeholt wurde, lag dann vordergründig an einer Verkettung »unglücklicher« Umstände. Seine allzu exponierte Stellung in Rassenfragen wird dem alternden Strafrechtslehrer zum Verhängnis: Infolge eines kritischen Zeitungsartikels und eines »offenen Briefes« an mehrere zuständige Stellen rückt ein Aufsatz in den Mittelpunkt des Interesses, in dem Kohlrausch eine Entscheidung des Reichsgerichtes zum »Blutschutzgesetz« kommentierte.⁹ In dem vom

⁷ Mit dieser Beschreibung hat Eberhard Schmidt Eduard Kohlrausch ein Denkmal gesetzt (vgl. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege (1947), S. 414).

⁸ Karitzky, S. 434.

⁹ Der Titel des Aufsatzes lautet »Rasseverrat im Ausland« (ZAKDR 1938, S. 473 ff.).

Reichsgericht beurteilten Fall hatte ein »Jude deutscher Staatsangehörigkeit« mit seiner ihm auf sein Geheiß nachgereisten Freundin, einer »Staatsangehörigen deutschen Blutes«, Ende 1935 in Prag geschlechtlich verkehrt. Dass der Geschlechtsverkehr im Ausland erfolgte, stellte die NS-Justiz vor erhebliche Probleme, denn der klare Wortlaut des Blut-SchG und das Territorialprinzip gem. §§ 3, 4 Abs. 1 RStGB standen der im Inland routinemäßig zu verhängenden Strafe wegen »Rassenschande« entgegen. Um im konkreten Fall eine »Strafbarkeitslücke« zu verhindern, hatte das Reichsgericht im Wege einer lapidaren und extremen teleologischen Auslegung entschieden, dass das Ziel des BlutSchG ohne eine Bestrafung im konkreten Fall »auf das Äußerste gefährdet« sei.¹⁰ Kohlrausch hatte diese extreme Auslegung im Einzelfall kritisiert und stattdessen darauf verwiesen, dass der »Rasseverrat« dem »Landesverrat« verwandt erscheine, für den nicht das Territorialitätsprinzip, sondern der Personalgrundsatz gelte. Durch diesen Vorschlag hatte sich Kohlrausch bei der Verfolgung von »Rassenschutzdelikten« als radikaler erwiesen als das Reichsgericht, denn er hatte für eine grundsätzliche Analogie zu Lasten des Täters plädiert. Im Wesentlichen war es dieser Aufsatz, der am 5.9.1947 zur Beurlaubung Kohlrauschs führte. Verbittert starb Kohlrausch nur vier Monate später im Alter von 73 Jahren.

Vergleicht man Kohlrauschs Karriereende mit dem einiger westdeutscher Kollegen – etwa dem seines Münchener Kollegen Edmund Mezger –, so sieht Karitzky Kohlrauschs Verhängnis darin begründet, dass seine kriminalpolitische Vergangenheit unter völlig anderen politischen Bedingungen zum Gegenstand eines Verfahrens wurde. Über Kohlrausch urteilten Funktionäre, die während des Nationalsozialismus ihre Stellung verloren hatten oder als besondere Opfer des nationalsozialistischen Regimes noch weitgehenderen Repressalien ausgesetzt waren. Auch Kohlrausch selbst nahm offenbar an, dass er in den westlichen Besatzungszonen milder beurteilt worden wäre, denn er bedauerte im Nachhinein, einem Ruf aus Frankfurt, der ihn am Beginn des amtlichen Verfahrens erreicht hatte, ausgeschlagen zu haben. Vor Karitzkys Augen entsteht in diesem Zusammenhang ein vielleicht gar nicht unrealistisches Bild: Er sieht Kohlrausch, der in seiner Phantasie den Frankfurter Ruf angenommen und infolge der ausgebliebenen Verbitterung ein höheres Lebensalter erreicht hat, als Teil-

nehmer der großen Strafrechtskommission der jungen Bundesrepublik. Sicherlich hätte Kohlrausch in einem solchen Gremium ähnlich erfolgreich persönliche »Vergangenheitsbewältigung« betreiben können, wie es beispielsweise der schon genannte Edmund Mezger tat.

Welches Gesamtergebnis steht nun am Schluss von Karitzkys Untersuchung? Karitzky sieht in Kohlrausch den Verfechter eines »modernen« Programms der zweckmäßigen Verbrechensbekämpfung, welches auf der Trias von Einspurigkeit, Generalklauseln und teleologischer Auslegung beruhte. Effektive rechtsstaatliche Begrenzungen dieses Programms kann Karitzky nicht erkennen. Das Vertrauen auf eine dem Gesetzlichkeit-prinzip innwohnende Kontrollfunktion sieht Karitzky im Blick auf Kohlrauschs Lebenswerk jedenfalls erschüttert.

Wenn Karitzky dann trotz der aufgezeigten »Entgleisungen« Kohlrauschs in einer Randbemerkung feststellt, dass dessen Publikationen zum »Rassenschutz« im Vergleich zu jenen seines Münchener Kollegen Edmund Mezger noch maßvolle Beiträge gewesen sein sollen, dann mag das einen nur oberflächlichen Kenner der Werke Mezgers sehr verwundern. Tatsächlich sind bei dem Zeitgenossen Kohlrauschs in den betreffenden Jahren aber noch radikalere und ausführlichere Bekundungen im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie zu finden.¹¹ Dies mag umso mehr befremden, als bei Edmund Mezger in der Weimarer Republik – bei aller Problematik solcher Kategorisierungen – sicherlich eine größere Nähe zum »Liberalen Strafrecht« ablesbar gewesen ist. Aber wo sind die angestrebten, über Kohlrausch hinausweisenden Erkenntnisse? Für Karitzky ist der Kriminalpolitiker Kohlrausch paradigmatisch für die Illusion, in einer amtlichen Strafrechtskommission »wissenschaftliche Kriminalpolitik« betreiben zu können. Der Biograph ist damit bei der anhaltenden Diskussion um das richtige Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik angelangt.

Hatte nicht Franz von Liszt seinem Lehrstuhlnachfolger den Satz in die akademische Wiege gelegt, dass die Strafrechtswissenschaft »die Lehrmeisterin des Strafgesetzgebers« sein solle? Rechtfertigte dieser Aufruf Kohlrauschs Teilnahme in der unter nationalsozialistischen Vorzeichen stehenden Amtlichen Strafrechtskommission der dreißiger Jahre?

¹⁰ Vgl. Thulfaut, Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883 – 1962), 2000.

¹¹ v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Zweiter Band (1905), S. 284 (293).

Solange diesem Aufruf keine überzeugende berufsethische Komponente beigefügt ist, rät Karitzky zur Zurückhaltung. Gerade die Arbeit Eduard Kohlrauschs ist ein radikales Demonstrationsobjekt für die einst von Wolfgang Nauke geäußerte These, dass es im Rahmen parteipolitisch gebundener Strafrechtskommissionen »fast unmöglich« sei, den »wissenschaftlich behandelbaren Sachanteil und den wissenschaftlich unakzeptierbaren Machterhaltungsanteil in einem Strafrechtsreformprojekt auseinander zu halten«.¹³ Im Dritten Reich war das unmöglich. Und man hätte das wissen müssen.

Gerit Thulfaut

Bernd J. Hartmann, Volksgesetzgebung und Grundrechte, Berlin (Duncker & Humblot [Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 160]) 2005, 251 S., 69,80 €

Während der Phase rot-grüner Regierungsmehrheiten auf Bundesebene 1998 bis 2005 kamen die verfassungsändernden Mehrheiten für die Stärkung plebiszitärer Elemente im Grundgesetz nicht zustande. In den 1990er Jahren war aber ein Trend hin zu mehr plebiszitären Elementen in den Landesverfassungen zu beobachten, wo diese nicht ohnehin schon verankert waren. Die hier zu besprechende Dissertation dokumentiert diese Entwicklung in einem Überblickskapitel zu »Rechtsquellen und Verfahren« der Volksgesetzgebung (S. 26 ff.). Das Buch zeigt, dass der Trend zu plebiszitären Partizipationsformen auf Landesebene neue Schnittstellenprobleme zwischen dem Landes- und dem Bundesverfassungsrecht erzeugt hat, die von der weitgehend auf das Bundesverfassungsrecht fixierten staatsrechtlichen Diskussion bislang nur wenig reflektiert worden sind.

Die Frage, inwieweit auch Volksgesetzgebung an Grundrechte gebunden ist, bejaht der Autor *en passant* (u.a. S. 100 f.), ohne dabei neue Erkenntnisse zu liefern. Das Problem, dass die Grundrechtsbindung von Volksgesetzgebung nur dann wirksam durchsetzbar ist, wenn das Bundesverfassungsgericht auch im Verhältnis zur Gesetzgebung durch den Souverän Volk letztendlich »am längeren Hebel sitzt«, wird nicht thematisiert. Den Schwerpunkt des Buches bildet vielmehr die Frage, inwieweit die an der Volksgesetzgebung beteiligten Akteure im Verfahren Grundrechtsschutz genießen. Ausgangspunkt ist der Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsge-

richts vom 9. Juli 1997 zum bayerischen Volksbegehren »Das bessere Müllkonzept«,¹ dessen dogmatische Begründung der Autor hinterfragt und dem er ein eigenes Konzept entgegenstellen möchte.

Implizit vertritt der Autor – durchaus sympathisch – eine normative Position, die die Rechte der Initiatoren von Volksgesetzgebung gegenüber solchen Akteuren aus Politik und Verwaltung stärken möchte, die ihnen im Verfahren Steine in den Weg zu legen versuchen. So hatte die Bayerische Staatsregierung in dem besagten Fall an die Abstimmungsberichtigten eine Broschüre verschickt, deren Inhalt die Initiatoren des Volksbegehrens als unzulässige Beeinflussung ansahen. Das bayerische Landesverfassungsgericht beanstandete diese Art der Information nicht; das Bundesverfassungsgericht erklärte die gegen diese Entscheidung gerichtete Verfassungsbeschwerde für unzulässig – mit der Begründung, es seien keine grundrechtlich geschützten Belange des Beschwerdeführer verletzt. Zentrales Anliegen des Buches ist der Versuch, den Bereich grundrechtlich geschützten Handelns bei der Vorbereitung und Durchführung von Volksgesetzgebung präziser als es dem Bundesverfassungsgericht seinerzeit gelungen war gegen Bereiche abzugrenzen, in denen der Bürger als Volksgesetzgeber selbst »Staatsgewalt« ausübt und insofern keinen Grundrechtsschutz in Anspruch nehmen kann. In manchen Abschnitten holt der Autor zu diesem Zweck unnötig weit aus, z.B. wenn er in einer langatmigen Herleitung die tradierte Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft zur zentralen Begründung seiner dogmatischen Theoreme heranzieht (S. 43 ff.) – ohne allerdings neuere Entwicklungen zu problematisieren, die diese Unterscheidung in Frage stellen könnten. Auf der Basis der hieraus abgeleiteten Unterscheidung zwischen subjektivem Recht und Kompetenz begründet er seine Position, der zufolge die Initiatoren und die Abstimmenden bei bestimmten Verfahrensschritten der Volksgesetzgebung Grundrechtsschutz genießen (S. 98 ff.).

Der argumentative Aufbau des Buches ist nicht immer nachvollziehbar. Manches scheint eher zufällig aneinandergereiht. Exkurse, deren Funktion nicht begründet wird, verstärken diesen Effekt. Die Überschriften sind bisweilen inhaltsleer (z.B. »Problem als Zuordnungsproblem«, S. 82). Manche Ergebnisse bleiben banal (z.B. »Gesetzgebung kann auch durch Abstimmungen erfolgen.« (S. 96); andere sind frag-

¹³ Nauke, Politik und Reform des Strafrechts (1987), S. 15 (30 f.).

¹ BVerfGE 96, 231.

würdig, z.B. wenn der Autor behauptet, bei der »Wahl ist der Maßstab der Eigennutz, bei der Abstimmung dagegen das Gemeinwohl« (S. 150). Der Autor relativiert diese Konstruktion allerdings im weiteren Verlauf seiner Argumentation durch den Befund, die Gemeinwohlabbindung der Abstimmenden sei nicht justitiabel (S. 165).

Auch die ausführliche Erörterung der prozessrechtlichen Aspekte von Grundrechtsbindung im Volksgesetzgebungsverfahren (S. 165 ff.) erscheint in erster Linie durch die restriktive Grundtendenz des BVerfG-Beschlusses vom 9. Juli 1997 motiviert. Hier dekliniert der Autor eine Reihe von denkbaren prozessuellen Konstellationen auf der Basis seiner Theoreme durch – wiederum ohne das zur Diskussion stehende Themenfeld systematisch zu strukturieren. Die Ausführungen unter der Überschrift »Rechtsvergleich: Parallelprobleme in den USA« (S. 122–131) fallen

knapp aus. Argumente für die Vorschläge des Autors zu den einschlägigen bundesdeutschen Staatsrechtsproblemen liefern sie nicht. Das Bemühen, auch politikwissenschaftliche Erkenntnisse in die Argumentation einzubeziehen, bleibt bei Oberflächlichem stehen (z.B. S. 159).

Das Verdienst des vorliegenden Buches besteht in der ausführlichen Bestandsaufnahme des Landesrechts zur Volksgesetzgebung (S. 29 ff.) und im Aufzeigen von verfassungsrechtlichen Problemen, die aufgrund der Ungleichzeitigkeit der Entwicklung hin zu mehr plebisitärer Demokratie auf Landes- und Bundesebene zwischen diesen (Verfassungs-)Rechtsebenen entstehen können. Eine systematische Aufarbeitung des Spannungsfeldes zwischen Volksgesetzgebung und Grundrechten, die der Titel erwarten lassen könnte, bietet es nicht.

Hartmut Aden

Geschlecht und Recht



Feministische Rechtswissenschaft

Ein Studienbuch

Herausgegeben von Lena Foljanty und Ulrike Lembke

2006, 357 S., brosch., 19,90 €,
ISBN 978-3-8329-2235-1

Das Werk befasst sich mit der Frage, wie Geschlecht und Geschlechtsrollen durch das Recht geprägt und hergestellt werden. Darüber hinaus wird kritisch beleuchtet, wie mit rechtlichen Mitteln Ressourcen verteilt oder Ausgrenzungen geschaffen werden. Durch die Debatte um das AGG sind diese Fragestellungen jüngst wieder in den juristischen Mainstream gelangt. Dies ist Anlass, sich jenseits tagespolitischer Aufregungen der Methoden und Inhalte feministischer Rechtswissenschaft zu vergewissern.

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung
oder bei Nomos 07221/2104-37 | -43 |
www.nomos.de | sabine.horn@nomos.de

