

# Rezensionen

Lars VIELLECHNER, *Transnationalisierung des Rechts*, Weilerswist (Velbrück Wissenschaft) 2013, 432 Seiten, 49,95 €

Das staatliche Rechtsparadigma hat nicht nur den Rechtsbegriff verengt. Es hat auch die Rechtstheorie weitgehend zum Erliegen gebracht. Mit der Globalisierung in der Weltgesellschaft treten jedoch einige unter dem staatlichen Rechtsparadigma verschüttete Erscheinungsformen des Rechts wieder hervor. So beginnt die lesenswerte Arbeit von *Lars Viellechner* zur Transnationalisierung des Rechts. Das staatliche Rechtsverständnis orientiere sich an der Staatsverfassung. Damit werde, wie es im Anschluss an *Habermas* heißt, der interne Zusammenhang von Demokratie und Rechtsstaat anerkannt (S. 71). Demgegenüber könne die Gesellschaft weder Adressat noch Autor von Verfassungsrecht sein. Insoweit habe das moderne Konzept von Konstitutionalismus nicht aus dem staatlichen Rechtsparadigma hinausgeführt. Auf Veränderungen des Rechts, namentlich die Internationalisierung, werde mit dem Begriff der *Konstitutionalisierung* zu reagieren versucht. Das verlangt eine Anpassung des sich in gesellschaftliche und internationale Zusammenhänge ausweitenden Verfassungsdenkens: Weder die überlieferte Vorstellung von der Verfassung als Ausgangspunkt einer einheitlichen Rechtsordnung lasse sich erhalten noch die im Verfassungsstaat gefundene Verknüpfung von Recht und Politik auf die Weltgesellschaft übertragen, mag es dem Recht auch möglich sein, die von *Luhmann* prognostizierte Verlagerung des Primats von normativen auf kognitive Mechanismen durch den Einbau eigener Lernfähigkeit zu verarbeiten (S. 125). Verdeutlicht wird die Transnationalisierung des Rechts am Beispiel der Internetregulierung. Das Internet sei weder ein rechtsfreier Raum noch allein gesellschaftlicher Selbstregulierung überlassen, zugleich aber weder einschränkungsfrei staatlicher Regulierung zugänglich noch völkerrechtlich reguliert. Seine hybride Regulierung entziehe sich den herkömmlichen Formen des staatlichen Rechtsparadigmas (S. 119 f.). Die Domainvergabe wird als transnationales Recht gedeutet, denn das „Gebilde, das die Vergabe von Do-

ains im Internet“ regelt, entziehe sich wesentlichen Unterscheidungen des staatlichen Rechtsparadigmas, indem es die Unterscheidung zwischen Völkerrecht und nationalem Recht unterläuft, aber auch die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht überwindet. Möglich sei eine privatrechtliche, aber auch eine verwaltungsrechtliche Deutung, soweit die Maßnahmen der ICANN, mit denen die globale Infrastruktur der Internet-Domains verwaltet wird, zur Ausübung öffentlicher Gewalt gerechnet wird. Da mit der Domainvergabe auch die Unterscheidung zwischen Norm und Vertrag durchbrochen werde, schlägt *Viellechner* vor, von „Regelungsarrangements“ zu sprechen (S. 158). Der bloße Umstand, dass diese durch Vertrag zur Geltung gelangen, rechtfertige noch keine Zuordnung zum Privatrecht.

Transnationales Recht wird gegenüber dem Weltrecht und globalem Recht abgegrenzt. Es könne weder allein vom Gegenstand grenzüberschreitender Sachverhalte noch allein in Anknüpfung an die Wirkung als extraterritorial anwendbares staatliches Recht verstanden, aber auch nicht ausschließlich vom Inhalt her als in verschiedenen Rechtsordnungen übereinstimmendes Recht oder vom Urheber aus als nicht von oder zwischen Staaten geschaffenes Recht gedacht werden. Gewählt wird vielmehr eine Rekonstruktion, die gleichermaßen an Gegenstand, Wirkung, Inhalt und Urheber anknüpft. Transnationales Recht sei „als Recht zu verstehen, das (1) grenzüberschreitende, wenn auch nicht notwendigerweise weltumspannende Sachverhalte betrifft, (2) sowohl die Beziehungen des Einzelnen als auch Gegenstände von allgemeinem Interesse regelt, wobei es sich regelmäßig auf einzelne Sachverhalte beschränkt, und (3) überwiegend, wenn auch nicht ausschließlich, durch nicht-staatliche Akteure in Vertragsform gesetzt wird“ (S. 180 f.). Dieses gegenüber nationalem und internationalem Recht scharf abgegrenzte Verständnis wirft in der Tat die Frage nach der Rechtsqualität auf, die *Viellechner* zufolge von der Rechtsordnung abhängt, die den Rechtsbegriff vorgibt. Ein Legitimitätsproblem entstehe dadurch, dass Freiheitsgefährdungen transnationaler Regelungsarrangements, die auf Verträgen beruhen, nicht allein durch die staatliche

Rechtsordnung als bloßer „Teilrechtsordnung“ begegnet werden könne. Aus normativer Perspektive erscheine es wenig wünschenswert, ein Arrangement von transnationaler Reichweite dem partikularen Maßstab einer staatlichen Rechtsordnung zu unterwerfen. Aber selbst dann, wenn das Legitimitätsproblem erkannt ist, könne die Lösung nicht in der Einrichtung von Verfahren demokratischer Rechtsetzung nach dem Vorbild der Staatsverfassung liegen. *Vieldechner* setzt vielmehr auf eine Horizontalwirkung der Grundrechte. Er sieht die Herausforderungen für die Grundrechtstheorie und eine Überspannung ihrer Leistungsfähigkeit, meint aber, dass die Einwände im transnationalen Zusammenhang an Überzeugungskraft verlieren. Hier, wo es an einem demokratischen Gesetzgeber fehle, auf den Rücksicht genommen werden könnte oder müsste, bedürfe es einer Neubestimmung von Demokratie und Grundrechten (S. 223). Das ist eine starke These, die ersichtlich von einer Skepsis gegenüber der Demokratiefähigkeit überstaatlicher Arrangements geleitet ist und die Lösung funktional in der Gesellschaft, abgestützt durch die Grundrechte, verortet.<sup>1</sup> Institutionelle Hoffnungen werden weniger in den politischen Prozess als in gerichtliche Entscheidungen gesetzt.

Die Struktur des Rechts der Weltgesellschaft wird als heterarchisch beschrieben und an den Rechtspluralismus angeschlossen.<sup>2</sup> Von außen betrachtet stelle sich das globale Rechtssystem aus einer Vielzahl von teils territorial ausgerichteten Rechtsordnungen und teils funktional orientierten Rechtsregimes dar, zu denen auch die transnationalen Regelungsarrangements gezählt werden. *Vieldechner* stellt die Spielarten des Rechtspluralismus vor, weist auf Parallelen zum Föderalismus hin und arbeitet den horizontalen Koordinierungsbedarf von verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen, völkerrechtlichen Regimes und transnationalen Regelungsarrangements heraus. Zutreffend wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass sich

hinter der Fragmentierung des Völkerrechts keine weiche, sondern eine radikalere Form des Rechtspluralismus verberge, da sich transnationale Arrangements den Vorgaben des allgemeinen Völkerrechts entziehen, weshalb Rechtskonflikte auch nicht wie in speziellen Regimen des Völkerrechts nach dem Prinzip der systemischen Integration (Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK) gelöst werden können. Diese Pluralität des Rechts bleibe bei einer Innenbetrachtung unsichtbar, da sich jede Teilrechtsordnung als eigenständig betrachtet und insoweit nach eigenen Regeln „fremdes“ Recht für anwendbar erklärt (S. 251). Eine Rechtspflicht zur Anerkennung fremden Rechts bestehe nicht, doch transnationale Regelungsarrangements bilden *Vieldechner* zufolge eigenes Verfassungsrecht heraus. Eine solche „Eigenkonstitutionalisierung“ werde in der Schiedspraxis zur Vergabe von Domains im Internet deutlich.

Wie aber werden die unterschiedlichen Teilrechtsordnungen, Regime und Regelungsarrangements verknüpft? Ist die Errichtung einer universellen Rechtsordnung ebenso aussichtslos wie der Rückzug auf die staatliche Rechtsordnung und normativ ebenso unannehmbar wie ein radikaler Pluralismus, so bleibe nur der Weg über das Ordnungsprinzip der *Responsivität*. Es bedeute, dass die verschiedenen Teilrechtsordnungen sich füreinander empfänglich zeigen und gegenseitig so weit wie möglich berücksichtigen. Danach wird die emphatische Orientierung nach außen als Selbstverpflichtung in die innere Ordnung eingebaut. Diese Selbstverpflichtung folge aus der Einsicht, dass die Teilrechtsordnungen gleichrangige Bestandteile eines transnationalen Rechtsraums bilden, der in der westlichen Rechtstradition stehe. Responsivität weist eine Nähe zur europäischen Permeabilität der Rechtsordnungen<sup>3</sup> auf und meint eine Kombination aus Komplementarität und Subsidiarität: „Einerseits dürfen die verschiedenen Teilrechtsordnungen ihren Anwendungsbereich ausdehnen, soweit infolge von Lücken in fremdem Recht der Bedarf zur Ergänzung besteht. Andererseits müssen sie ihren Anwendungsbereich zurücknehmen, soweit infolge von Überschneidungen die Notwendigkeit zur Beschränkung besteht. In keinem Fall ist dabei jedoch die Preisgabe der eigenen Identität verlangt“ (S. 269).

Das wohl bekannteste Beispiel aus der Praxis des Bundesverfassungsgerichts sind „Berücksichtigungspflichten“ als Ausprägung der völ-

1 Dazu *Claudio Franzius*, Gewährleistung im Recht, 2009, S. 604 ff.

2 Für *Armin v. Bogdandy*, Grundprinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 2013, § 232 Rn. 32 liegt „die Kerneinsicht aller pluralistischer Positionen (...) darin, dass die diversen Prinzipien, die als Teil des Völkerrechts, des Unionsrechts oder aber des staatlichen Rechts normative Vorgaben für soziale Interaktionen niederlegen, nicht als Teile einer einheitlichen Rechtsordnung konzipiert und Konflikte nicht mit dem Paradigma der Hierarchie gelöst werden können.“

3 Vgl. *Mattias Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2011.

kerrechtsfreundlichen Auslegung, die aber nicht als hermeneutische Auslegungsregel, sondern als Kollisionsregel zu verstehen sei (S. 281 f.). Spiegelbildlich dazu verhält sich der vom EGMR für die Einschränkung von Konventionsrechten gewährte Beurteilungsspielraum durch die *margin of appreciation*. Für den europäischen Grundrechtsschutz in mehrpoligen Rechtsverhältnissen wird ein solcher Spielraum als „Korridor“ für mehrere, gleichermaßen vertretbare Lösungen befürwortet.<sup>4</sup>

Das schließt eine „Fremdkonstitutionalisierung“ durch die staatlichen Rechtsordnungen nicht aus. Die Komplementarität von staatlichen Rechtsordnungen und transnationalen Regelungsarrangements finde ihren Ausdruck in einer transnationalen Dimension der Grundrechte als Kollisionsregel. Soweit die transnationalen Regelungsarrangements einen hinreichenden Grundrechtsschutz nicht durch Eigenkonstitutionalisierung gewährleisten, bedürfe es einer Ergänzung durch die Anwendbarkeit der staatlichen Grundrechte. Dafür müssten sie freilich eine doppelte Horizontalität entfalten. Verlangt werden Wirkungen nicht nur gegenüber anderen Rechtsordnungen, sondern auch gegenüber privaten Akteuren. Diese transnationale Dimension der Grundrechte trete als vierte Dimension neben die politischen Freiheitsrechte, soziale Leistungsrechte und Kollektivrechte (S. 288).

Ob der Rekurs auf die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte, die sich, wie es im Anschluss an *Dieter Grimm* heißt, als ein in die Rechtsordnung eingebautes dynamisches Prinzip erweise, welches das Recht für den sozialen Wandel offen hält und auf eine Optimierung von Freiheit angesichts wechselnder Lagen drängt, nicht doch im Grunde sehr deutsche Erfahrungen aufgreift, mag dahingestellt bleiben.<sup>5</sup> *Vielleschner* hält auch Institutionen des Zivilrechts für instande, eine Konstitutionalisierung transnationaler Regelungsarrangements zu bewirken, entfernt sich damit aber vom hergebrachten Verständnis der Konstitutionalisierung. Dass rechtliche Standards, wie sie sich in staatlichen Rechtsordnungen herausgebildet haben, sehr wohl Eingang in internationale und transnationale Regime finden, ist jedoch ebenso unstreitig wie die Beobachtung, dass sie von dort aus zurück in die staatlichen Rechtsordnungen

fließen können. Staatliche Gerichte sind einem *dédoublement fonctionnel* ausgesetzt: Einerseits handeln sie als staatliche Organe. Andererseits dienen sie als „cosmopolitan transnational actors“ einer transnationalen Herrschaft des Rechts (S. 298). Ob sich das Wechselspiel von Selbst- und Fremdsteuerung in der Differenz von Eigen- und Fremdkonstitutionalisierung „hochzonen“ lässt, kann man jedoch bezweifeln, zumal der empfohlenen Herausbildung eines horizontalen Verfassungsrechts die bekannten Einwände der Demokratietheorie entgegenstehen, mag es auch schwer sein, die Rechtsprechung am Maßstab des seinerseits zu transnationalisierenden Demokratieprinzips zu beurteilen.<sup>6</sup> Dass sich jenseits des staatlichen Rechts und des Völkerrechts die Herausbildung einer neuen Form von transnationalem Recht beobachten lässt, ist kaum zu bestreiten. Aber es fragt sich, ob das gewählte Beispiel der Internetregulierung bei aller Bedeutung, die den zugrunde liegenden Regelungsarrangements zukommt, nicht zu eng ist, um die Transnationalisierung des Rechts angemessen zu beschreiben. Es ist ein Verdienst der Arbeit von *Vielleschner*, immer wieder konkret zu werden. Doch es bleiben Fragen. So ist die hervorgehobene Maßgeblichkeit der staatlichen Rechtsordnungen kaum losgelöst von der Unionsrechtsordnung zu verstehen. Neben der letztlich zu engen Fassung der Transnationalisierung, die auf die Entstehung eines transnationalen Sonderrechts bezogen ist, aber zu wenig in den Rückwirkungen auf das staatliche, europäische und internationale Recht betrachtet wird, bleibt der Vorschlag nach einer transnationalen Dimension der staatlichen Grundrechte nicht nur gesellschaftlich fokussiert, sondern grundrechtszentriert. Grundrechte aber können nicht an die Stelle von Demokratie treten. Sie sind kein funktionales Äquivalent für demokratische Selbstbestimmung oder politische Inklusion, so schwer sich demokratische „Werte“ in der transnationalen Konstellation auch konzeptionell fassen und durchsetzen lassen.<sup>7</sup>

Claudio Franzius

4 Zu weiteren Konfliktbewältigungsmechanismen *Claudio Franzius*, Recht und Politik in der transnationalen Konstellation, 2014, S. 230 ff.

5 Krit. *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger*, Das engt begrenzte Gericht, 2011.

6 Vgl. für internationale Gerichte *Armin v. Boddandy/Ingo Venzke*, In wessen Namen?, 2014, S. 136 ff.

7 Näher *Claudio Franzius*, Europäische Verfassung als Rahmenordnung demokratischer Politik, in: Bast/Rödl (Hrsg.), Wohlfahrtsstaatlichkeit und soziale Demokratie in der Europäischen Union, Europarecht, Beiheft 1 (2013), S. 155 (160 ff.); ders., Transnationalisierung der Demokratie?, in: Abbas/Förster/Richter (Hrsg.), Supranationalität und Demokratie, im Erscheinen.

Alfred Apfel, *Hinter den Kulissen der deutschen Justiz. Erinnerungen eines deutschen Rechtsanwalts 1882-1933*, Berlin (Berliner Wissenschafts-Verlag) 2013, 132 Seiten, 19,00 €

„Hinter den Kulissen der deutschen Justiz“ von Alfred Apfel ist ein besonderes Buch. Wir halten die deutschsprachige Autobiographie und damit – fast – auch das Emigrantenschicksal von Alfred Apfel in unseren Händen. Ein deutscher, jüdischer und im linken und pazifistischen politischen Spektrum<sup>1</sup> tätiger Anwalt verliert nach der Machtübergabe an die Nationalsozialisten seine beruflichen Waffen, nämlich den Sprachraum seiner Muttersprache und seine Anwaltszulassung sowie durch das Exil die Jurisdiktion, in der er mit diesen Waffen kämpfen konnte.

Erstens ist es die unbedingt lesenswerte Autobiographie eines Verteidigers in der Weimarer Republik und damit ein Dokument der juristischen Zeitgeschichte, und zweitens *war* es ein verlorenes Buch mit einer interessanten Übersetzungsgeschichte.

### Die Übersetzungsgeschichte

Dr. Alfred Apfel, am 12. März 1882 im rheinischen Düren geboren, Rechtsanwalt in Berlin und am 14. Februar 1941 in Marseille gestorben, hatte seine Autobiographie im französischen Exil in deutscher Sprache verfasst.<sup>2</sup> Das Buch wurde in den 30er Jahren von sehr unterschiedlichen Verlagen, und zwar in französischer Sprache<sup>3</sup> bei NRF Gallimard in Paris<sup>4</sup> und in englischer Sprache bei John Lane – The Bodley Head in London<sup>5</sup> veröffentlicht. Das deutschsprachige Manuskript ist verloren.<sup>6</sup> Ursula und Jan Gehlsen haben dieses Dokument in Apfels Muttersprache zurückübertragen und veröffentlicht und es damit

dem deutschsprachigen Publikum zugänglich gemacht.

Die Gehlsensche Übersetzungsleistung kann daran gemessen werden, dass die Übersetzer einen deutschen Sprachstil der Zwanziger- und Dreißigerjahre einzufangen hatten. Der Duktus des Originals konnte und musste in erster Linie den englischen und französischen Übersetzungen entnommen werden. Wenn man zusätzlich Apfels Publikationen in deutscher Sprache, insbesondere in Zeitschriften und Zeitungen wie etwa der *Weltbühne*, zu rechtlichen Fragen, liest, fällt darüber hinaus auf, dass er den typischen, stark substantivierten juristischen Sprachstil nicht immer nutzte, sondern auch den recht scharfen journalistischen Berichts- und Kommentarstil beherrschte und einen besonderen, teilweise ironischen Ton pflegte. Das hier besprochene Buch dokumentiert diesen besonderen Sprachstil in den Anhängen III und V mit dem Abdruck von zwei *Weltbühne*-Aufsätzen Apfels.

### Die Übersetzungsleistung

Bei einem literarischen Werk, und darum handelt es sich bei Apfels Autobiographie ohne jeden Zweifel, ist eine „Rückübersetzung“ nicht ohne weiteres möglich. Bestenfalls lässt sich eine gute Übersetzung aus dem Englischen und Französischen leisten. Eine gute Literaturübersetzung ist nicht als gute Übersetzung zu erkennen. Vielmehr ist der Zieltext ein eigenständiges Werk, das den neuen – anderssprachigen – Empfängerkreis anspricht und dessen kulturellen Hintergrund berücksichtigt.

Dies zu Grunde gelegt, ist die Gehlsensche Übersetzung gelungen. Ein besonderer Vorteil war sicher, dass die Übersetzer sowohl die englische als auch die französische Fassung nutzen konnten und auch sonstige Veröffentlichungen Apfels studiert haben. Der Rezensent hatte den Text während eines längeren Aufenthalts in Schloss Elmau im März 2005 selber vollständig – allerdings nur aus dem Englischen – ins Deutsche übersetzt und kann die Übersetzungsleistung in etwa einschätzen. Das Nachwort der Übersetzung der Gehlsens ist ebenfalls lesenswert. Es beschreibt die besonderen Umstände der Entstehung der Übersetzung und die Forschungssituation. Dieses Nachwort liest sich wie ein Appell zur kritischen, kommentierten Neuherausgabe des Buchs.

### Die Autobiographie Apfels

Die Autobiographie ist in zwei große Teile, darüber hinaus chronologisch gegliedert und gibt einen Einblick in den Lebenslauf des Ver-

- 1 Apfel gehörte zu den von der Roten Hilfe Deutschlands („RHD“) beauftragten Anwälte; zur RHD: *Heinz Jürgen Schneider/Erika Schwarz/Josef Schwarz*, Die Rechtsanwälte der Roten Hilfe Deutschlands, Bonn 2002. Eine Kurzbiographie über Apfel findet sich auf S. 77 f.
- 2 Eine erste Rezension stammt von *Tillmann Krach*, JoJZG 2014, 1.
- 3 *Martin Schumacher*, <http://ifb.bsz-bw.de/bsz392073838rez-1.pdf>, hat Ivan Goll als den Übersetzer in die französische Sprache identifiziert.
- 4 *Alfred Apfel*, Les dessous de la justice allemande, Paris 1934.
- 5 *Alfred Apfel*, Behind the Scenes of German Justice, London 1935.
- 6 Zum Verbleib forscht gegenwärtig Heinrich Schwing, von ihm auch Alfred Apfel, "Mein liebes Tierchen ...in inniger Liebe, Dein Alfred", Singen, 2014.

fassers, als Reichsbürger, als Soldat, als politischer Mensch, als Jude in Deutschland und nicht zuletzt als Anwalt in Berlin. Sein, durchaus bewegtes, Privatleben behandelt Apfel nur sehr fragmentarisch. Die inhaltliche Zusammenfassung der Autobiographie hat *Jan Gehlsen* bereits geliefert.<sup>7</sup>

Apfel beschreibt im ersten Teil seine Jugend, den Ersten Weltkrieg, sein Studium, seine anwaltliche Tätigkeit und seine Emigration. Jede Station wird auch in ihren jeweiligen historischen Kontext eingebettet. Der Schwerpunkt der Beschreibung seiner Jugend liegt auf der Studienzeit, die im ersten Teil burlesk geschildert wird und im zweiten Teil die politische Situation des späten Kaiserreichs beleuchtet. Im Studium scheint Apfel an den juristischen Fakultäten in Berlin nur von Franz von Liszt<sup>8</sup> und in Bonn nur von Ernst Zitelmann<sup>9</sup> beeindruckt gewesen zu sein. Seine – Rostocker – Doktorarbeit<sup>10</sup> hat er 1905 oder 1906 vorgelegt. Da er in der Autobiographie weder die Arbeit noch seine Verbindung zur Universität Rostock mit einem einzigen Wort erwähnt, lässt sich annehmen, dass sein Interesse an der Arbeit und an der Universität Rostock, und vielleicht am gesamten akademischen Betrieb, eher begrenzt war.

Der weitere Abschnitt, mit „Ein deutscher Jude in Krieg und Frieden“ überschrieben, gibt einen zeitgenössischen, deprimierenden Einblick in den Antisemitismus im kaiserlichen und im preußischen Heer, der die rechtlich zulässige und gebotene Aufnahme von Juden in das Offizierskorps praktisch unmöglich machte. Apfel wurde trotz aller Voraussetzungen nicht zum Reserveoffizier befördert.

Die Position des Reserveoffiziers war, nicht nur in den konservativen Kreisen des Kaiserreichs, Eintrittsvoraussetzung für fast jede Karriere.<sup>11</sup> Man hört heraus, dass Apfel von dieser Behandlung tief enttäuscht war.

Die Beschreibung seiner Situationen im Ersten Weltkrieg spiegelt eine sehr oft vorzufindende Haltung deutscher Juden aus der Mittelschicht des Kaiserreichs wider: Die Beziehung zum Kriegsherrn stellt sich wie eine verschmähte Liebe dar; das Eiserne Kreuz, das Apfel in der Armee des Kronprinzen erhielt, wird mit deutlich wahrnehmbarem Stolz erwähnt, der mit seinem späteren, eigentlich pazifistischen Ansatz nicht recht in Einklang steht.

Im letzten Unterabschnitt des ersten Teils „Der Zusammenbruch des Reichs“ schildert Apfel sehr anschaulich die wirtschaftliche Ausnutzung der Kriegssituation durch verschiedene Beteiligte. Er selbst trat auf Distanz zur Kriegswirtschaft, arbeitete in diesem Bereich als Anwalt nicht mehr im Verbandsinteresse und verteidigte – obwohl die Möglichkeiten auf der Hand lagen – auch nicht. Apfel macht deutlich, wie sehr ihn der Krieg in Bezug auf seine pazifistische und sonstige politische Ausrichtung geprägt hat.

### Die Fälle

Der zweite Teil befasst sich mit vielen bedeutenden politischen Strafprozessen, in denen Apfel als Verteidiger auftrat.

Apfels anwaltliche Tätigkeit ist von Beginn an die eines Strafverteidigers, der überwiegend in politischen Strafsachen verteidigt. Zu nennen sind etwa die Verteidigung von Max Hoelz, die Reichswehrprozesse, einige Hochverrats- und ein bedeutender Landesverratsprozess, der gegen Carl von Ossietzky und Walter Kreiser geführt wurde und mit deren Verurteilung endete. Von großer Bedeutung waren aber auch Apfels Engagement für George Grosz und seine Verteidigeraktivität in Strafverfahren nach § 218 RStGB (Abtreibung).

Die Prozessbeschreibung der zahlreichen Verfahren gegen den kommunistischen Frontmann Max Hoelz<sup>12</sup> dürfte, neben einer guten Beschreibung der Lage des Strafprozesses in der Weimarer Republik, auch neue Er-

7 *Jan Gehlsen*, KJ 2013, 80.

8 Zur Person etwa: *Eberhardt Schmidt*, Persönliche Erinnerungen an Franz von Liszt, in: Hans - Heinrich Jescheck (Hrsg.), *Franz von Liszt zum Gedächtnis*. Zur 50. Wiederkehr seines Todestages am 21. Juni 1919, Berlin 1969, S. 11.

9 Zur Person, recht umfassend, etwa *Thomas Decker*, *Das kollisionsrechtliche Werk Ernst Zitelmans*, 2004 (Diss. Universität Osnabrück), in der elektronischen Fassung, S. 8 ff., m.w.N.

10 *Alfred Apfel*, *Die Grenzscheidungsklage des Bürgerlichen Gesetzbuches unter Berücksichtigung des römisch-gemeinen, preußischen, sächsischen und französischen Rechtes*. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristenfakultät der Universität zu Rostock. Das Buch wurde in der Buchdruckerei Robert Noske 1906 gedruckt und ist unter anderem unter der Signatur 1905/06ROST9 im Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität zu Köln erhältlich. Der Rezensent stellt gerne eine pdf-Datei der Arbeit zur Verfügung.

11 *Jacob Rosenthal*, *Die Ehre des jüdischen Soldaten – Die Judenanzahl im Ersten Weltkrieg und ihre Folgen*, Frankfurt am Main 2007 (Diss. The Hebrew University of Jerusalem, Jerusalem), S. 20.

12 Zur Person etwa *Jürgen Schneider/Erika Schwarz/Josef Schwarz* (Fn. 1), S. 37. Zur Involvierung Apfels als Verteidiger, vgl. *Henning Grunwald*, *Courtroom to Revolutionary Stage*, Oxford 2012, S. 129 und 210.



kenntnisse zur Person von Hoelz liefern. Interessant ist die Prozessbeschreibung auch wegen des Ineinandergreifens von politischer Strafjustiz und der inflationären Amnestiegesetzgebung,<sup>13</sup> mit der sich die Weimarer Justiz des lästigen Gefangenen Max Hoelz entledigen konnte, ohne ein wegen des befürwortenden Votums des Oberreichsanwalts erfolgreiches Wiederaufnahmeverfahren durchführen zu müssen.

Der Unterabschnitt „Heilige Feme und Schwarze Reichswehr“ ist eine sehr konzise Darstellung des Unwesens illegaler, unter anderem von der Reichswehr unterstützter Racheverbände, die die gegen den Versailler Vertrag verstoßende Wiederaufrüstung unterstützten. In diesen Prozessen, in denen Apfel auch Carl von Ossietzky verteidigte, dem sowohl ein Verleumdungs- als auch ein Hochverratsvorwurf gemacht wurde, scheint er Bekanntschaft mit den gerichtlich bestellten militärischen Sachverständigen gemacht zu haben. Deren Befangenheit zu Gunsten ihres Dienstherrn war sofort zu erkennen, ist aber von den Strafgerichten in der Weimarer Republik in wenigen Fällen thematisiert worden.<sup>14</sup> Befangenheitsanträge scheint Apfel nicht gestellt zu haben.

Der Abschnitt „Generäle und Richter“ behandelt noch einmal Hoch- und Landesverratsvorwürfe, die gegen Journalisten erhoben wurden, unter anderem den bereits erwähnten Spionageprozess gegen Carl von Ossietzky und Walter Kreiser. Anwaltsgeschichtlich interessant ist Ossietzkys Verteidigerteam, das neben politisch links stehenden Verteidigern, also Apfel, Olden und Rosenfeld, auch den Star der deutschen Strafverteidiger – Max Alsborg –<sup>15</sup> aufbot. Apfel war erkennbar stolz darauf, Alsborg, der sonst nie in politischen Strafverfahren gegen linke oder pazifistische Angeklagte verteidigte, als Mitverteidiger in dieser Sache gewonnen zu haben.<sup>16</sup>

Außerhalb der Hoch- und Landesverratsprozesse hat Apfel den unsterblichen Dadaisten

George Grosz gegen den Vorwurf der Gotteslästerung verteidigt. Hier hat Apfel die für ihn sehr positive Erfahrung gemacht, dass auch einer „der strengsten Richter mit reaktionären Überzeugungen“ zu freisprechenden Urteilen gelangen kann und sich dem Wutgeheul der konservativen und rechten Presse aussetzt.

Als Verteidiger zweier Ärzte hat Apfel dann auch in die sozial- und strafrechtspolitisch bedeutsame Debatte um die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs und die Inkriminierung der Empfängnisverhütung eingegriffen. In seinen Verteidigungsaktivitäten hat er den strafrechtlichen Verfolgungsfuror wohl erstmals vollständig dokumentiert. Einer Verfolgung waren, neben den betroffenen Frauen selbst, auch verantwortungsbewusste Medizinerinnen und Mediziner, die das reichsgerichtlich bereits anerkannte<sup>17</sup> Schuldausschlussmerkmal der medizinischen Indikation anwandten, ausgesetzt.

### Das Ende

Den besonderen Hass der Nationalsozialisten dürfte Apfel zusätzlich durch die Verteidigung von Ali Höhler, der wegen Totschlags zum Nachteil der späteren Naziikone Horst Wessel verurteilt wurde, auf sich gezogen haben. Die Prozessbeschreibung fasst den gesamten beruflichen, politischen und sozialen Hintergrund des getöteten Horst Wessel zusammen. Apfel sagt zugespitzt, dass Wessels „Beruf des Zuhälters eine eigenartige Aufwertung erfahren hat, da eines der Mitglieder dieser fragwürdigen Gilde im neuen Deutschland den Rang eines Nationalhelden genießt!“<sup>18</sup>.

Der letzte Unterabschnitt „Unter Hitler“ beschreibt das bedrückende erste Vierteljahr nach der Machtübergabe an die Nationalsozialisten, also eine Situation, in der noch Unklarheit über die folgenden Entwicklungen bestand. Apfel, der noch vor seiner kurzzeitigen Verhaftung die Todfeindschaft des neuen Regimes völlig klar erkannte, zögerte nicht und verließ Deutschland in das französische Exil.

### Apfel als Verteidiger

Interessant ist das Anwaltsbild, das Apfel von sich zeichnet. Er sieht sich ganz sicher als Rechtsanwalt, der zur Konfliktverteidigung jederzeit bereit ist. Darüber hinaus ist er – wie die Verfahren gegen Hoelz, Kreiser und von Ossietzky zeigen – in der Lage, mit sehr unterschiedlich arbeitenden Kollegen zu koope-

13 Dazu ausführlich *Jürgen Christoph*, Die politischen Reichsamnestien 1918–1933, Köln 1987 (Diss. Christian-Albrechts-Universität zu Kiel).

14 Gestellt und abgelehnt wurde ein solcher Antrag etwa von Rechtsanwalt Lothar Schücking im Landesverratsprozess gegen Küster und Jacob-Salomon, RGSt 62, 65; vgl. *Matthias Hanten*, Publizistischer Landesverrat vor dem Reichsgericht, Köln 1999, S. 117 ff. (Diss. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.).

15 Zum Fall Ossietzky *Jürgen Taschke* (Hrsg.), Max Alsborg, 2. Auflage, Baden-Baden 2013, S. 16 f.

16 *Alfred Apfel*, Hinter den Kulissen der deutschen Justiz, Berlin 2013, S. 63.

17 RGSt 61, 242.

18 *Apfel* (Fn. 16), S. 89.

rieren. Seine Verteidigungsmethode beschränkte sich nicht auf die prozessuale Fallbearbeitung. Er bediente sich zur öffentlichkeitswirksamen Begleitung des jeweiligen Falles der liberalen, linken und pazifistischen Medien, wenn er auch das „losing with a splash“, das die linken und rechten Verteidiger der Weimarer Republik pflegten,<sup>19</sup> nicht praktizierte. Es ist bedauerlich, dass uns Apfel kein strukturiertes Methodengerüst hinterlassen hat. Es lässt sich sicher sagen, dass das „Apfel-Gerüst“ für verteidigende Kolleginnen und Kollegen sehr interessant und auch praktisch nutzbringend gewesen wäre.

### *Abschließend*

Gehlsens haben einen gut lesbaren Zieltext geschaffen. Sie haben einen ursprünglich in deutscher Sprache verfassten Urtext aus den Übersetzungen zurückgeholt und ihm seine Wirkung in Apfels Muttersprache wiedergegeben. Was würde der Autor *Alfred Apfel* zum Text sagen? Ich glaube, er wäre erst einmal zufrieden, würde ihn aber sicher, wie seine von Martin Schumacher geschilderte Zusammenarbeit mit Ivan Goll bei der französischen Übersetzung zeigt, überarbeiten. Apfels zurückgewonnene Autobiographie ist eine Muss-Lektüre für alle, die sich für juristische Zeitgeschichte interessieren,<sup>20</sup> sowie für angehende Juristinnen und Juristen, die noch auf der Suche nach ihrem genauen Berufsbild sind und sich nicht nur im Schema von Justiz und Großkanzleien bewegen, sondern auch den politischen Auftrag des Berufs ernst nehmen wollen.

*Mathias Hanten*

*John Philipp Thurn, Welcher Sozialstaat? Ideologie und Wissenschaftsverständnis in den Debatten der bundesdeutschen Staatsrechtslehre 1949-1990, Tübingen (Mohr Siebeck) 2013, 631 Seiten, 89,00 €*

Diskussionen um die Funktion und Ausgestaltung des Sozialstaats werden in der Öffentlichkeit in Deutschland in erster Linie als politische Debatten wahrgenommen. Die verfassungsrechtliche Dimension spielt demgegenüber allenfalls dann eine Rolle, wenn es um die Ausgestaltung bzw. Einschränkung individueller Ansprüche an sozialstaatliches Handeln geht, wie beispielsweise in den Auseinandersetzungen um die Höhe und Ausge-

staltung der Regelleistungen des SGB II<sup>1</sup> oder das Asylbewerberleistungsgesetz.<sup>2</sup> Im Übrigen fällt in den verfassungsrechtlichen Debatten die „verhältnismäßig geringe Bedeutung des Sozialstaatsprinzips“ aus Art. 20 GG auf, wie John Philipp Thurn bereits eingangs seines Werkes feststellt.

Mit der von Andreas Voßkuhle an der Universität Freiburg betreuten Dissertation widmet sich nun eine Monographie dem Gang der verfassungsrechtlichen Sozialstaatsdebatte vom In-Kraft-Treten des Grundgesetzes im Jahr 1949 bis zur Wiedervereinigung im Jahr 1990. Dabei soll die Nachzeichnung der juristischen Debatten nur ein Ergebnis der Arbeit sein. Dem Autor geht es darüber hinaus um „Ideologie und Wissenschaftsverständnis in der bundesdeutschen Staatsrechtslehre“, wie der Untertitel der Arbeit lautet. Methoden und theoretische Positionen in der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts seien stets in besonderem Maße mit politischen Haltungen verknüpft. Für Thurn lässt sich dies auch im Anschluss an Antonio Gramsci begründen: Aus einer der „Hegemonieproduktion im Rechtssystem nachspürenden Position“ heraus könne die politische Bedeutung der Staatsrechtslehre in einer spezifischen Vermittlungsfunktion liegen: Staatsrechtslehrerinnen und Staatsrechtslehrer trügen dann in ihrer akademischen Lehre wie in ihren wissenschaftlichen Publikationen zu einer Übersetzung politischer Prinzipien und Interessen in Rechtsdogmatik bei, die es der konkreten juristischen Praxis ermögliche, ihren rechtsetzenden und insofern politischen Gehalt hinter einem vermeintlich technischen Handwerk zu verbergen. Die Diskussion um die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips verspricht hier tatsächlich ein breit gefächertes Anschauungsmaterial, da Fragen nach Umfang und Ausgestaltung von Sozialpolitik und staatlichem Handeln in der Bundesrepublik seit ihrer Gründung immer wieder im Mittelpunkt gesellschaftlicher Kontroversen stand und die rechtliche Debatte diese Kontroversen widerspiegeln kann.

Den Kern des von Thurn herangezogenen Analysematerials bilden die Verhandlungen auf den Treffen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, deren Tagungsbände Thurn vollständig ausgewertet, und durch Beiziehung zitierter Aufsätze und des weiteren Werkes der entsprechenden Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler ergänzt

19 *Henning Grunwald*, Courtroom to Revolutionary Stage, Oxford 2012, S. 215 f.

20 Ein Plädoyer für die Bedeutung des Fachs findet sich bei *Michael Stolleis*, Nahes Unrecht, fernes Recht, Göttingen 2014, S. 135 ff.

1 BVerfG, U. v. 9.2010 – 1 BvL 1/09 u.a. – BVerfGE 125, 175.

2 BVerfG, U. v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10 u.a. – BVerfGE 132, 134.

hat. Herangezogen werden nicht nur die Referate, die sich ausdrücklich mit dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes auseinandersetzen, sondern auch ausdrückliche oder implizite Bezüge in weiteren Debatten. Wichtig ist Thurn auch die Kontextualisierung der Debatten zum einen vor dem Hintergrund der allgemeinen Entwicklungen im Öffentlichen Recht, vor allem aber der politischen und gesellschaftlichen Entwicklungen in der Bundesrepublik. Dabei stellt er an vielen Stellen auch Bezüge zu Biographie und wissenschaftlichem Werdegang des jeweiligen Staatsrechtslehrers her.

Den Gang der Darstellung gliedert der Autor in die drei Kapitel „Grundsatzkontroverse und ‚sozialer Rechtsstaat‘ (1949 – 1959)“, „Grundrechtsfunktionen im Wohlfahrtsstaat (1960 – 1973)“, „Sozialstaatlichkeit in der Krise (1974 – 1990)“, sowie in ein resümierendes Schlusskapitel. Innerhalb der Kapitel arbeitet Thurn zunächst das „Allgemeine Sozialstaatsverständnis“ heraus, widmet sich dann dogmatischen Einzelproblemen und fasst abschließend Beobachtungen zu Wissenschaftsverständnis und Ideologie zusammen.

Für die 1950er Jahre erfasst Thurn als herrschende Meinung eine Position, die das Sozialstaatsprinzip als verbindliche Staatszielbestimmung anerkannt habe, ohne daraus große weitere Konsequenzen zu ziehen. Insbesondere seien kaum über den zeitgenössischen gesellschaftlichen Status Quo hinausgehenden Folgen erkannt worden. Demgegenüber arbeitet Thurn einige auf den ersten Blick ungewöhnte Ausnahmen heraus: Sowohl der Marxist und NS-Verfolgte Wolfgang Abendroth wie auch Hans-Peter Ipsen, der seine wissenschaftliche Karriere bereits während der NS-Diktatur begonnen hatte, hätten in Bezug auf die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für die Auslegung der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes einen ähnlichen Standpunkt vertreten.

Diese Gemeinsamkeiten im Ergebnis hätten allerdings auf einem jeweils völlig unterschiedlichen allgemeinen Verfassungsverständnis und unterschiedlichen Methoden der Grundgesetzinterpretation basiert. Während Ipsen aus den sozialen Missständen der Nachkriegsjahre die Notwendigkeit abgeleitet habe, dem Sozialstaatsprinzip per Auslegung zu größerer Wirkung zu verhelfen, habe Abendroths Sozialstaatsdeutung demgegenüber auf seinem Verständnis von Verfassungsbestimmungen als Kompromiss zwischen gesellschaftlichen Klassen basiert. In Bezug auf die politischen Ziele der im Parlamentarischen Rat vertretenen Parteien habe dies mit Blick auf die wirtschaftspolitische Offenheit des

Grundgesetzes auch gepasst. Kritisch schätzt Thurn jedoch Abendroths Argumentation ein, die sozialdemokratischen Mitglieder des Parlamentarischen Rats hätten über den Begriff des Sozialstaats ausdrücklich an die Überlegungen Hermann Hellers aus der Weimarer Republik anschließen wollen. In den Materialien des Parlamentarischen Rats würden sich für diese Sichtweise nur wenige Anhaltspunkte ergeben. Für Thurn macht dieses Beispiel ein Grundproblem von Abendroths Weg der Verfassungsinterpretation aus. . Abendroths verfassungsgeschichtliche Herangehensweise enthalte keine methodische Anleitung dazu, wie die politisch-gesellschaftlichen Hintergründe der verfassungspolitischen Willensbildung in den Fällen ermittelt werden können, in denen die Materialien der Verfassungsdiskussion selbst keine Auskunft geben.

Am Ende der Debatten der 1950er Jahre habe mit dem Begriff des „sozialen Rechtsstaats“ bei der Mehrzahl der Staatsrechtslehrer eine Position gestanden, deren Anpassung an die tatsächliche „soziale Marktwirtschaft“ mit einem unideologischen Selbstverständnis einherging, der das politische Entstehungsmoment unsichtbar mache.

Für die Zeit des Wohlfahrtsstaates der 1960er und frühen 1970er Jahre macht Thurn ebenfalls vom jeweiligen politisch-ideologischen Standpunkt geprägte Debatten aus. Parallel zu einer allgemeinen gesellschaftlichen Ausweitung des Wohlfahrtsstaats habe sich in der Staatsrechtslehre ein „sozialstaatliches Grundrechtsverständnis“ entwickelt. Dieses habe unter anderem unter dem Eindruck von Studentenbewegung und politischer Machtverschiebung nach links Ende der 1960er Jahre auf der Gegenseite zu einer deutlichen Hinwendung zu Positionen bestanden, die eine normative Verbindlichkeit des Sozialstaatsprinzips weiter einschränken oder sogar bestreiten wollten.

Für die Zeit der „Sozialstaatlichkeit in der Krise“ ab Mitte der 1970er Jahre stellt Thurn eine Tendenz fest, finanzstaatliche Schranken staatlicher Abgaben- und Leistungsverwaltung aufzubauen. Die verfassungsrechtlichen Konstruktionen hätten sich unter anderem gegen „exzessive Besteuerung und zunehmende Staatsverschuldung“ sowie gegen übermäßige, „nicht wirtschaftliche Leistungen der Sozialversicherung“ gerichtet. Gerade einzelne Grundrechte wie die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG seien nun zunehmend als Maßstab staatlicher Besteuerung und damit als Grenze wohlfahrtsstaatlicher Umverteilung in Stellung gebracht worden. Deutlich sei diese Tendenz beispielsweise bei Josef



Isensee geworden, der im Sozialstaat ein „neuartiges Ernstfallpotential“ für die einheitliche Verfassung gesehen habe, das die gesetzlichen Vorkehrungen der sozialen Sicherung als verfassungsrechtlich sanktionierten Besitzstand auszuweisen, liberale Freiheitsrechte in Teilhabeansprüche auf staatliche Leistungen umdeute und dem Verfassungstext die Garantie auf Wohlstand und Wachstum unterlege. Eine einheitliche Linie der Sozialstaatsbefürworter sei nicht mehr auszumachen gewesen, die meisten hätten es bei gradueller Kritik der liberal-konservativen Positionen belassen. Andere hätten sich für gesetzliche Regelungen und ein Verwaltungshandeln mit dem Ziel, sozialer Chancengleichheit und realer Freiheit zur Entfaltung zu verhelfen. Der Abbruch der sozialstaatlichen Expansion somit auch einer Wende in der Debattenformation der Staatsrechtslehre entsprochen.

Thurn gibt in seinem Buch eine souveräne und sprachlich sehr gelungene Gesamtdarstellung des Gangs der Sozialstaatsdebatten in der Bundesrepublik. Der gewählte Aufbau mit der Dreiteilung in grundsätzliches Sozialstaatsverständnis, dogmatische Einzelprobleme und Ideologie und Wissenschaftsverständnis ist grundsätzlich überzeugend. Durch die umfassende Auswertung der Materialien der Staatsrechtslehrertagungen sowie die Ungleichzeitigkeit mancher Debattenstränge droht die Darstellung allerdings manchmal etwas unübersichtlich zu geraten. Mit 586 Seiten Text gibt Thurn dem Leser Material an die Hand, das erst mal verarbeitet werden will. Insgesamt löst der Autor den eigenen Anspruch, die Entwicklung der Sozialstaatsdebatte vor dem Hintergrund der politisch-gesellschaftlichen Verhältnisse und ihrer Auswirkungen auf die verfassungsrechtliche Dogmatik darzustellen, ein.

Interessant ist unter anderem Thurns Fazit in Bezug auf die frühe Sozialstaatsdebatte der 1950er Jahre, dass Abendroth in seinen verfassungspraktischen Schlussfolgerungen keineswegs isoliert dastand, auch wenn er der einzige offen marxistisch orientierte Diskutant blieb. Sehr deutlich wird in Thurns Darstellung, wie eng die verfassungsrechtlichen Interpretationen der meisten Autoren mit dem verbunden blieb, was zeitgenössisch auch als jeweils politisch wünschens- oder ablehnenswert diskutiert wurde. Sehr deutlich wird dies vor allem bei den Interpretationen, die das Sozialstaatsgebot als Staatszielbestimmung in die Weite endloser Abwägungen mit anderen – meist höher gewichteten – fiskalischen oder privateigentumsrechtlichen Prinzipien schicken wollten. Offensichtlich lassen sich keine Debattenstränge ausmachen, die wirklich über die Jahrzehnte aufeinander aufbauten. So bleibt der Eindruck, dass die Verfassungsdogmatik des Sozialstaatsprinzips oft eher situativ angepasst und nur von wenigen Autoren anhand langer und umfassend begründeter rechtsdogmatischer Linien entwickelt wurde.

An welche historischen Bestände aktuelle Sozialstaatsinterpretationen anknüpfen oder anknüpfen könnten, lässt Thurn auf Grund der Begrenzung des Bearbeitungszeitraums bis zur deutsch-deutschen Wiedervereinigung ausdrücklich offen. Wichtig erscheint hier zumindest, das Sozialstaatsprinzip als konstitutives Element der Verfassungsordnung zu begreifen, dessen Bedeutung ohne einen Blick auch auf die europäische Verfassungsordnung aber wohl kaum noch zu erfassen wäre.

*Thilo Scholle*