

# Buchbesprechungen

Anne Lenze, *Staatsbürgerversicherung und Verfassung*, Tübingen (Mohr Siebeck), 2005, 563 Seiten, 114,- €.

Die Gesetzliche Rentenversicherung ist eine Kernstruktur des deutschen Sozialstaats. Anders als bei der Arbeitslosenversicherung und der Krankenversicherung hat bisher noch keine Regierung den Mut gehabt, ihre Grundstrukturen in Frage zu stellen, nämlich die Konzentration auf die unselbständig Erwerbenden und die Lohnbezogenheit der Rente. Die im letzten Jahrzehnt beschlossenen Leistungskürzungen werden mit der absehbaren demographischen Entwicklung, teilweise auch mit der Arbeitsmarktentwicklung begründet, folgen jedoch keinem klaren Konzept.

Die hier zu besprechende verfassungsrechtliche Frankfurter Habilitationsschrift geht von der Frage aus, ob und inwieweit eine grundlegende Strukturänderung der öffentlichen Alterssicherung verfassungsrechtlich überhaupt möglich ist. Dabei wird als Alternative das von zahlreichen internationalen Organisationen empfohlene »Drei-Säulen-Modell« ins Zentrum gerückt, wie es exemplarisch in der Schweiz verwirklicht worden ist. Nur um die erste Säule einer staatlich geregelten und öffentlich administrierten Grundversorgung im Alter für alle dauerhaften Bewohner eines Landes geht es hier, welche im Titel mit »Staatsbürgerversicherung« zwar geläufig, aber unpräzise bezeichnet wird. Hier soll die Anknüpfung an den Erwerbsstatus entfallen, die Finanzierung durch Beiträge jedoch beibehalten werden, die ohne Beitragsbemessungsgrenze von grundsätzlich allen Einkunftsarten natürlicher Personen erhoben werden. Wie die Verfasserin in einer überaus gründlichen Untersuchung zeigt, würden einem solchen Systemwechsel aufgrund der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine verfassungsmäßigen Hürden mehr entgegenstehen. Vielmehr ergeben sich aus den Begründungen neuerer Urteile Argumente, welche ein Grundsicherungssystem für alle als adäquatere Realisierung des Sozialstaatsgebots ausweisen. Vor allem betont das Bundesverfassungsgericht

jedoch den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers angesichts sich verändernder demographischer und sozio-ökonomischer Kontexte.

Die Untersuchung ist in drei Teile gegliedert. Zunächst untersucht die Verfasserin die Tragweite der vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Gewährleistungen aufgrund der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Diese sind wesentlich enger als gemeinhin angenommen und entfalten »überhaupt nicht die Wirkungen eines Individualgrundrechts.« (519) Den Forderungen nach Vertrauensschutz der Rentner ist entgegen zu halten, dass das demographische Problem seit Mitte der 1990er Jahre breit erörtert »und vom Bundesverfassungsgericht in seiner vollen Schärfe erstmalig in der Entscheidung vom 3. April 2001 zur Bedeutung der Kindererziehung für die Pflegeversicherung eingestanden worden ist.« (520) »Eine umfassende Rentenreform nach Schweizer Vorbild stellt weder eine Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG noch eine ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dar.« (521)

Im 2. Teil untersucht die Verfasserin die gleichheitsrechtlichen Anforderungen an eine Reform der Alterssicherung nach Art. 3 GG. Sie hebt dabei vor allem zwei Defizite des geltenden Systems und der für es charakteristischen Kürzungsstrategie hervor: Es benachteiligt zum einen die Eltern gegenüber den Kinderlosen und verfehlt zunehmend seinen umfassenden Sicherungsauftrag, weil der Kreis der lebenslang Vollzeit-Erwerbstätigen schrumpft. Einer eingehenden Kritik wird das herrschende Äquivalenzprinzip von Beiträgen und Leistungen unterzogen und die europarechtliche Zulässigkeit des Sozialversicherungsmonopols in Frage gestellt: Der EuGH verlangt für dessen Zulässigkeit »nicht nur einen solidarischen Ausgleich zwischen besser und schlechter gestellten Teilnehmern, sondern außerdem ein »funktionierendes, konsequent ausgeübtes Monopol, um die Befreiung von den Wettbewerbsregeln zu erteilen. Unter diesem Aspekt ist allerdings der immer weitere Ausschuss von

geringfügig oder selbständig Beschäftigten aus der Alterssicherung ein Problem.« (445 f.) Als zentrales Defizit des bestehenden Transfersystems wird der Gleichheitsverstoß in der Behandlung von Eltern und Kinderlosen angesehen. Die Verfasserin macht deutlich, dass ein solcher Gleichheitsverstoß zum Zeitpunkt der Rentenreform von 1957 noch kaum gegeben war, da zum einen die Gründung einer Familie durch alle hierzu Befähigten nahezu selbstverständlich war, und zum anderen die öffentlichen Finanzen im Wesentlichen durch direkte Steuern alimentiert wurden. Der wachsende Anteil der willentlich Kinderlosen und die Verschiebung der Besteuerung von direkten zu indirekten Steuern haben im Verein mit dem Anstieg der Sozialversicherungsbeiträge zu Schiefen geführt, die auch durch den bestehenden Familienlastenausgleich nicht kompensiert werden können. »Die bundesverfassungsgerichtlichen Aussagen zur Steuerfreiheit des Existenzminimums ... (haben) zu der Erkenntnis geführt, dass das Kindergeld auch bei Durchschnittsverdienern zu einem großen Teil die Rückzahlung von zu Unrecht auf das Existenzminimum der Kinder erhobenen Steuern darstellt und keine staatliche Sozialleistung ist.« (523) Die Verfasserin verdeutlicht, wie das Bundesverfassungsgericht dieses Problem zunehmend aus dem Kontext der Förderung von Ehe und Familie (Art. 6 GG) abgelöst und statt dessen unter dem Aspekt einer »Kinderethik« (286 ff.) im Lichte des Gleichheitspostulates entscheidet. Ein kurzer dritter Teil stellt die Probleme einer Rentenreform in den Kontext der europäischen Integration, wie dies der neue Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG gebietet. Auch in dieser Perspektive erweist sich ein Alterssicherungssystem nach dem Drei-Säulen-Prinzip als vorzugswürdig.

Als Resümee der begründeten Auffassung der Verfasserin ist festzuhalten: »Die Sozialversicherung ist alles andere als eine Versicherung im privatrechtlichen Sinne, der es um den Schutz wohlverborener Rechte und um die Zuteilung angesparten Vermögens geht. Sie ist vielmehr eine staatliche Einrichtung, in der die Versicherten ihren Schutz gegen die Risiken des Lebens organisieren. Aus dem Wesen der Umlagefinanzierung ergibt sich die vorrangige staatliche Aufgabe, für eine funktionierende Solidargemeinschaft zu sorgen. Das bedeutet vor allem, dass die Versicherungspflicht so ausgestaltet werden muss, dass alle aktiven und leistungsfähigen Mitglieder einer Gesellschaft ihren Beitrag zur Alterssicherung leisten, dass alle schutzbedürftigen Gruppen von ihr erfasst sind, dass

die Entstehung von Arbeitsplätzen gefördert und dass Familiengründungen erleichtert werden müssen. Für die anstehenden Finanzierungsprobleme der Alterssicherung bedeutet dies außerdem, dass Beitragszahler und Leistungsbezieher als eine Schicksalsgemeinschaft zu betrachten sind.« (517)

Die umfangreiche Studie ist nicht nur von verfassungsrechtlichem und sozialpolitischem, sondern auch von sozialwissenschaftlichem Interesse. Die Verfasserin hat in für Juristen ungewöhnlich breiter Form auch wirtschaftswissenschaftliches und soziologisches Schrifttum verarbeitet und damit auch die rechtstatsächlichen Problemlagen klar herausgearbeitet. Auch die klaren Erörterungen zur Eigentumsgarantie, zum Gleichheitsgrundsatz und zum Sozialstaatsprinzip sowie zur Rechtslage auf europäischer Ebene sind ein Bildungserlebnis und eine Fundgrube für den an Sozialpolitik und Sozialstaatlichkeit interessierten Sozialwissenschaftler.

*Franz-Xaver Kaufmann*

*Gawron, Thomas/Rogowski, Ralf, Die Wirkung des Bundesverfassungsgerichts. Rechtssoziologische Analysen, Baden-Baden (Nomos Verlag) 2007, 208 Seiten, 49,- €*

#### I.

Das Fach Rechtssoziologie wird in Deutschland institutionell zunehmend marginalisiert. Rechtssoziologische Forschung oder Lehre, zumal bezogen auf öffentliches Recht, findet kaum noch statt, schon gar nicht an rechtswissenschaftlichen Fachbereichen. Dabei gibt es viel zu erforschen, etwa die Wirkung und Implementation von Gerichtsentscheidungen. Gerichtsentscheidungen können als spezifische Wirkebene von Recht (Gesetzen) verstanden werden. Ihre Analyse lässt sich mithin der Wirkungsforschung zum Recht einordnen. Da und soweit Gerichts- wie auch Verwaltungsentscheidungen eigene, über das gesetzliche Programm hinausgehende Programme enthalten, besteht für ihre getrennte Analyse Bedarf. Der hier vorzustellende Band enthält – in der Bewerbung durch den Verlag nicht ausreichend deutlich gemacht – sechs schon anderweitig publizierte Beiträge der Autoren zu diesem Thema.<sup>1</sup> Dass sie

<sup>1</sup> Drei Beiträge stammen aus den 1980er, zwei aus den 1990er Jahren und ein Beitrag aus dem Jahr 2002. Sie bilden jeweils ein eigenes Kapitel. Die Überarbeitungen beschränken sich im Wesentlichen auf die Angabe neuerer Literatur oder einige Hinweise auf Fortsetzungen von Rechtsprechungslinien. Die statistischen Erhebungen, wo vorhanden, sind überwiegend auf dem jeweils alten Stand, werden aber etwa in Kap. 4 durch Fortsetzungen ergänzt.

erneut zusammengefasst und publiziert werden, ist zu begrüßen.

Das besondere Interesse der Autoren gilt dem Bundesverfassungsgericht (Kapitel 2, 4 bis 6). Die justizsoziologischen Analysen sind daher für Verfassungsrechtler besonders interessant. Das gilt auch gegenwärtig, denn die auf das Bundesverfassungsgericht bezogene Wirkungsforschung bleibt relevant. Zu Recht konstatieren die Autoren weiteren Forschungsbedarf, mehrfache Hinweise auf konkrete Fragestellungen, die der Untersuchung bedürften, konkretisieren diesen Bedarf.

## II.

Die einzelnen Beiträge können nicht gleichwertig dargestellt werden; die Auswahl der näher vorgestellten Beiträge enthält kein Qualitätsurteil zu Lasten der nur kurz skizzierten.

Kapitel 1 (Implementation und Wirkung von Gerichtsentscheidungen) bietet gleichsam den Einstieg. Die Autoren skizzieren den politikwissenschaftlichen Implementationsansatz und übertragen ihn auf die Analyse von Gerichtsentscheidungen. Das wird möglich, wenn und soweit man gerichtliche Entscheidungen als Programm versteht und den Gerichten (eine gewisse) Autonomie bei der Programmformulierung zubilligt – ein Ansatz, der mittlerweile auch bei gesetzestwortlautoptimistischen Juristen anerkannt sein dürfte.

In Kapitel 2 werden drei Ansätze der Wirkungsforschung vorgestellt und kombiniert: die Effektivitätsperspektive, die Implementationsforschung und der Evaluationsansatz. Kurz formuliert, nimmt erstere Handlungen, Interaktionen in den Blick, während die Implementationsforschung die organisatorische Ebene analysiert und der Evaluationsansatz auf Wirkungen ›in der Gesellschaft‹ abhebt, also – systemtheoretisch inspiriert – die gesellschaftlichen Teilsysteme und ihre Kopplungen thematisiert.

Anhand der verschiedenen Parameter, welche die Autoren den genannten Ansätzen entnehmen – Adressaten, Sanktionserwartung und Rechtsgebrauch, Zielkonformität zwischen Gericht und Adressaten, Programm, Wertewirkungen etc. –, wird die Rechtsprechungstätigkeit des Bundesverfassungsgerichts systematisiert. Die Autoren sprechen dem Gericht im Ergebnis ein »relativ hohes Durchsetzungspotential« zu (51). Die »Nachgeschichte« zu den Parteienfinanzierungsentscheidungen wird demnach als »Ausnahmefall mangelnder Zielkonformität« gedeutet (55). Aus heutiger Sicht bleibt allerdings zu

fragen, ob es nicht mittlerweile weitere solcher »Ausnahmefälle« gibt.<sup>2</sup>

Mit Blick auf die – der Implementationsforschung entlehnte – Kategorie »Programm« wird dem Bundesverfassungsgericht Innovationsfreude bescheinigt (57). Die vom Gericht formulierten Entscheidungen, die über die gesetzlich vorgesehenen Tenorierungen, wie etwa die Nichtigterklärung von Normen, hinausgehen, können typisiert werden. So werde etwa das Programm Gesetzgebungsauftrag mit Fristsetzung zunehmend eingesetzt, wie auch eine Intensivierung der gerichtlichen Anleitung von Umsetzungsprozessen der adressierten Institutionen beobachtbar sei. Letzteres wird aus der Rechtsprechung zu den Verfahrensgarantien vor Fachgerichten bzw. der Verwaltung gefolgert. Angesichts des Abbaus von verfahrensrechtlichen Positionen in den letzten Jahren wäre es interessant und angezeigt, auch diesen Befund erneut zu überprüfen und zu fragen, wie effektiv das Bundesverfassungsgericht über den nun längeren Zeitraum wirklich ist. Das gilt auch mit Blick auf die Autonomie der Umsetzungsakteure bzw. deren Grenzen. Werden die andern Orts konstatierten – hier nur kurz angesprochenen (63) – Tendenzen von der Hierarchie zur Kooperation, von der staatlichen zur privaten Erledigung in Implementationsprozessen sichtbar? Hier liegt ein weites Forschungsfeld.

Mit Blick auf die Systemwirkungen, also jene Wirkungen auf andere Sozialsysteme, wird die Steuerungskapazität des Bundesverfassungsgerichts als eher gering bewertet (65). Die Abweichung vom oben angenommenen recht hohen Durchsetzungspotential zeigt die Verschiedenartigkeit der Maßstäbe der unterschiedenen Ansätze bei der Bewertung von Wirksamkeit. Das Kapitel schließt mit Hinweisen zur Selbst-Bindung, oder systemtheoretisch: Selbstreferenz, des Bundesverfassungsgerichts. Die Analyse von »Rechtsprechungslinien« zu bestimmten Bereichen zeige ebenso Strategien des Offenhaltens für etwaige Anpassungen der Rechtsprechung wie besondere Entscheidungsformen, die Folgenabschätzungen oder sich anschließende Entscheidungs-Umgehungen integrierbar machen (sollen). Allerdings wird dieses »verfassungsgerichtliche Lernen« insgesamt eher als zufälliger denn als intendierter Anpassungsprozess gedeutet (73). Die Autoren kritisieren dies und fordern eine professionelle Evaluationspraxis, wie sie im Bereich der Gesetzesevaluation gegeben sei.

<sup>2</sup> Diese Frage wäre auch für die Umsetzung von Gesetzgebungsaufträgen, die in Kapitel 5 behandelt wird, relevant.

Ob die Annahme zutrifft, dass die stattfindende Gesetzesevaluation professionell sei, darf bezweifelt werden. Jedenfalls sollte kritisch überprüft werden, ob »experimentelles Entscheiden« durch Gerichte, jedenfalls wenn es offiziellisiert wird und damit aus der Zone der Informalität heraustritt, nicht doch der von den Autoren selbst als wichtig eingestuftes Erwartungssicherheit zu hohen Schaden zufügt. Von den zweifelhaften »Erfolgen« befristeter Gesetzgebung könnte man insofern behutsam lernen.

Kapitel 3 (Wirkungsbedingungen und Wirkungsfelder) stellt Informationen über seit den 1970er Jahren in den USA betriebene, auf den Supreme Court bezogene Impact-Forschung und die daran anknüpfende Implementationsforschung bereit. In einem zweiten Schritt wird ein Transfer auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts versucht. Fünf Adressatenfelder – entsprechend den möglichen Umsetzungsakteuren, also: Gerichte, Gesetzgeber/Verfassungsorgane, Verwaltungen, Parteien/Verbände, Private – werden dafür unterschieden und näher betrachtet. Dabei sind einige sprachlich ungenaue Formulierungen und Referenzen im Text zu beklagen (etwa: 84: welcher Fall des Bundesfinanzhofs?, Fn. 37: von wem sind die Zitate im Text?, 86: »gestalten« wirklich die Entscheidungen das Verwaltungshandeln?).

Kapitel 4 (Bundesverfassungsgericht und Justizsystem) befasst sich mit der »Implementation durch intergerichtliche Kommunikation«. Die Implementation der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen durch die Fachgerichtsbarkeit ist bekanntlich zahlenmäßig von besonderer Bedeutung. Dem wird in der Implementationsforschung aber nicht immer ausreichend Rechnung getragen. Die ganz überwiegende Zahl der bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren wird entweder von den Gerichten im Wege der Vorlage (konkrete Normenkontrolle) oder von Privaten im Wege der Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsentscheidungen veranlasst. Rechtssoziologisch gesprochen sind die Fachgerichte also partiell Akteure der Mobilisierung des Bundesverfassungsgerichts. Außerdem müssen sie dessen Entscheidungen umsetzen. Nach einem Exkurs zur – schwierigen – Kommunikation zwischen dem US-Supreme Court und seinen »Untergeordneten«, welche die schon erwähnte Impact-Forschung untersucht hat, versuchen die Autoren anhand von alten und neuen Statistiken des Bundesverfassungsgerichts und einiger konkreter Entscheidungen Elemente seiner intergerichtlichen Kommunikation

herauszuarbeiten. Dabei betonen sie, dass neben symbolischen auch instrumentelle Steuerungselemente aufzufinden seien, den Fachgerichten also mehr oder weniger deutlich Vorgaben für die Umsetzung der jeweiligen Entscheidung mitgegeben werden.<sup>3</sup> Am Beispiel der Strafvollzugsentscheidung (BVerfGE 33, 1 ff.) hätte man allerdings zusätzlich deutlich machen können, dass neben den Gerichten weitere Implementationsakteure angesprochen sind, in diesem Fall der Gesetzgeber, der die erforderliche gesetzliche Grundlage für die Grundrechtseingriffe, die mit dem Strafvollzug verbunden sind, zu schaffen hatte.

Die Analyse der Kommunikation und ihrer Teilnehmer führt zur These, dass neben den – wohl eher unbedeutenden? – Elementen hierarchischer Steuerung (»bürokratisches Modell« der intergerichtlichen Kommunikation) weitere Steuerungselemente benutzt werden (müssen), die nur in einem sogenannten »Diskurs-Modell« abzubilden sind. Als besondere Diskurspraktiken werden das Minderheitenvotum, die verfassungskonforme Auslegung sowie die »Urteilsfolge« ausgemacht. Letzterer Ausdruck ist unklar, gemeint sind Diskurszusammenhänge, innerhalb derer das Bundesverfassungsgericht mangels effektiverer Durchsetzungsmöglichkeiten seine Entscheidungen und damit deren symbolische und persuasive Elemente mehrfach wiederholen muss, weil die Fachgerichte sich einer sofortigen Umsetzung durch Umgehung, Ignorieren und ähnliche Strategien verweigern. Letztere Überlegungen bieten Beispiele für die nicht erzielten Wirkungen, für die – zumindest temporäre – Unwirksamkeit des Bundesverfassungsgerichts; ein Thema, das m.E. eigener Bearbeitung bedürfte. Die Analyse führt die Autoren schließlich zu der These, dass das Bundesverfassungsgericht nicht, wie von Seiten der Politikwissenschaften oft behauptet, ausschließlich als Funktion im Rahmen des politischen Prozesses zu verorten ist. Vielmehr sei gerade eine »Entpolitisierung« durch die Einschaltung funktional arbeitsteiliger Justiz, die zum Erfordernis intergerichtlicher Kommunikation führt, festzustellen. Das dürfte wohl systemtheoretisch zu verstehen sein, also schlicht die Kommunikationscodierung (rechtlich oder politisch) betreffen, und im rechtswissenschaftlichen Diskurs durchaus Zustimmung finden.

Das 5. Kapitel ist, ansetzend an der Debatte um Verrechtlichung der Politik versus Politisierung des Rechts, dem viel besungenen Ver-

<sup>3</sup> Ein Befund, der in Kapitel 5 auch für die Implementation durch den Gesetzgeber aufgenommen wird.

hältnis von Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber gewidmet. Empirisches Material bieten die Normenkontrollen. Der Ansatz, verschiedene Kontrollstufen über die bloße Verwerfung hinaus zu unterscheiden, ist einleuchtend. Die Intentionalität suggerierende Formulierung, wonach das Bundesverfassungsgericht seine Kontrolltätigkeit ausschließlich in der Verwerfung sehe (131), trifft aber nicht. Entsprechende Systematisierungen in der Statistik des Bundesverfassungsgerichts sind wohl eher den statistischen Möglichkeiten geschuldet. Die Unterscheidung verschiedener ›Einfluss-Weg‹ führt zu einem »Kanon« von zum Teil selbst-geschaffenen Steuerungsinstrumenten, die den Umsetzungsprozess steuern sollen. Die Autoren greifen nun den Gesetzgebungsauftrag heraus. Interessant sind die Hinweise zur früheren Registrierung solcher Aufträge durch das Bundesministerium der Justiz und die Tätigkeit der ministerialen Verfassungsrechtsreferate im Kontext der ›Auftrags-Erfüllung‹. Gern wüsste man, weshalb die Registratur 1991 eingestellt wurde: Ob sich die Abnahme- und Folgebereitschaft ›des Gesetzgebers‹ verändert hat? Die Autoren folgern aus ihrer Analyse, dass kritische Positionen, wonach das Bundesverfassungsgericht im Wesentlichen symbolische Wirkungen erziele, empirisch widerlegt würden. Vielmehr seien inhaltliche Einflussnahmen, mithin konkrete Steuerungserfolge, auf die Gesetzgebungstätigkeit nachzuweisen. Es bleibt zu ergänzen, dass zur Bestätigung konkrete Einzelfalluntersuchungen im Wege der Inhaltsanalyse erfolgen müssten, um nachzuhalten, wie und wieweit der jeweilige Auftrag umgesetzt wurde.

Das 6. Kapitel bietet gleichsam die systemtheoretische Quintessenz: Das Bundesverfassungsgericht wird als autopoietisches Organisationssystem beschrieben, das strukturellen Kopplungen zwischen den Systemen Recht und Politik ›ausgesetzt‹ ist.

### III.

Die Zusammenstellung der zu verschiedenen Zeiten veröffentlichten Beiträge bringt es mit sich, dass die Lesenden manche Wiederholung erdulden müssen. Dadurch prägen sich zwar Terminologie und methodischer Zugriff besonders gut ein. Die Rezensentin würde sich indessen eine systematischere Herangehensweise wünschen, vielleicht nach Art eines Handbuchs, in welchem Informationen zu Methoden, ihrer Herkunft und ihrem Transfer, sowie vor allem auch zu den Materialien für mögliche ›anwendende‹ Analysen bereitgestellt werden. Diese so wichtige

Material- oder, historisch gesprochen, Quellenfrage wird in den hier vorgelegten Beiträgen nicht ausreichend thematisiert.<sup>4</sup> Den Wunsch nach mehr Empirie äußern die Autoren selbst und zu Recht. Sie erfüllen ihn in diesem Buch indessen nicht. So fehlt es an Beispielen zur Umsetzung von Entscheidungen aus Organstreitverfahren (85). Auch der Hinweis zur Umgehungsoption bei Umsetzungen durch die Verwaltung genügt nicht, bezieht er sich doch auf den ganz anderen Kontext der Bebauungsplanung, also gerade nicht auf umgangene bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungen (87). Beispiele hätte man sich auch zur Befolgung von Entscheidungen zugunsten einzelner Privater (89) gewünscht. Solcher Beispiele für den Wunsch nach mehr Beispielen, und das heißt eben nach empirischen Einzelanalysen, sind viele (vgl. auch 148). Dass sie auch in den letzten Jahren kaum geleistet wurden, ist den Autoren nicht anzulasten, führt aber dazu, dass wichtige Entscheidungen der letzten Jahre und ihre ›Wirksamkeit‹ sowie Entwicklungen der Rechtsprechung kaum berücksichtigt werden konnten. Dementsprechend ist diesem Buch auch nicht zu entnehmen, ob die Bewertungen zur Wirksamkeit des Gerichts, bezogen auf die letzten Jahre, noch aufrecht zu erhalten sind. Mit der hier gebotenen Terminologie, Methodik und Anregung sind aber wichtige Beiträge zu einem Fundament geleistet, um mit den erforderlichen Analysen zu beginnen.

*Pascale Cancik*

*Wolfram Wette/Detlef Vogel (Hrsg.), Das letzte Tabu. NS-Militärjustiz und Kriegsverrat, Berlin (Aufbau-Verlag,) 2007, 507 Seiten, € 24,95*

›Kriegsverrat‹ bezeichnet einen Straftatbestand im nationalsozialistischen Militärstrafgesetzbuch (§§ 57, 59–61 MStGB), der bis heute nicht durch den deutschen Bundestag für Unrecht erklärt wurde. Formal gesehen gelten Personen, die im Nationalsozialismus von einem Militärgericht oder dem Volksgerichtshof als »Kriegsverräter« verurteilt worden sind, – von wenigen Ausnahmen abgesehen – bis heute als Straftäter. Seit den 1980er Jahren fordern verschiedene Verbände die Rehabilitierung von Opfern der NS-Militärjustiz, aber erst 1998 führte dies zur Aufhebung der Urteile gegen »Wehrkraftzersetzer«

<sup>4</sup> Hinweise etwa in Kapitel 5 (132 f., 138), wo zugleich die Schwierigkeiten der Auswertung verschiedener Statistiken deutlich werden.

und »Kriegsdienstverweigerer«. Nach weiteren Initiativen rehabilitierte der Bundestag im Jahr 2002 die »Wehrmachts-Deserteure«, die 1998 noch ausgeklammert worden waren. Für »Kriegsverräter« galt diese Befreiung jedoch nicht, Bundesjustizministerin Brigitte Zypries begründete dies im April 2006 mit den Worten: *»Der in Fällen des Kriegsverrats möglicherweise gegebene Unrechtsgehalt (nicht ausschließbare Lebensgefährdung für eine Vielzahl von Soldaten) erschien äußerst hoch, sodass auch der Umstand, dass sie während eines völkerrechtswidrigen Angriffskrieges begangen worden sind, keinen Anlass zur pauschalen Rehabilitierung begründen konnte.«* Die Unterstellung krimineller Motive wirft ein pauschales Bild auf die verurteilten »Kriegsverräter« und macht deutlich, dass über die Personen und ihre Taten nur wenig bekannt ist. Außerdem blendet Zypries die Tatsache aus, dass Militärärzter und Gerichtsherren das Militärstrafgesetzbuch als ideologisches Instrument gegen Abweichungen jeder Art eingesetzt haben. Die stetige Verschärfung der Gesetze und Erlasse, die unverhältnismäßig hohen Strafen und die Ausblendung aller Tatumstände führte in der gesamten Wehrmachtgerichtsbarkeit in mindestens 30.000 Fällen zur Todesstrafe für die Verurteilten.

Die von Wolfram Wette und Detlef Vogel herausgegebene Studie beleuchtet erstmals ausführlich den Straftatbestand »Kriegsverrat« und schließt damit eine Forschungslücke.

Zur Einführung fasst Wolfram Wette die juristischen Grundlagen des »Kriegsverrats« zusammen und zeigt, dass die vagen Formulierungen des Militärstrafgesetzbuches zur »elastischen Gesetzesanwendung« (Messer-schmidt) geradezu aufforderten. Im Anschluss stellt Helmut Kramer vor, wie die Staatsanwaltschaft Lüneburg den ehemaligen Generalrichter Manfred Roeder entlastete, der als Ankläger am Reichskriegsgericht gegen die Widerstandsgruppe »Rote Kapelle« 47 Todesurteile erwirkt hatte. Danach präsentiert die Studie auf über 400 Seiten Fallgeschichten und Dokumente. Wolfram Wette und Ricarda Berthold erörtern mehr als 35 Militärgerichtsverfahren wegen »Kriegsverrat« und ordnen sie in das politisch-militärische Umfeld ein. Ergänzend werden 39 Dokumente gezeigt, zusammengestellt von Ricarda Berthold und Detlef Vogel. Dabei handelt es sich zumeist um Feldurteile des Reichskriegsgerichts, die – soweit noch vorhanden – mit ausführlicher Urteilsbegründung dargestellt sind. Dieser ausführliche Teil gibt einen umfangreichen Einblick in den

Verlauf der Verfahren und die Argumentationen der Verfolgungsinstanzen.

Der Verlauf der Fallgeschichten, in denen 68 Soldaten wegen »Kriegsverrats« verurteilt werden, ist sehr unterschiedlich. Wahrscheinlich waren nur 27 von ihnen tatsächlich aktiv bei der »Roten Kapelle«, beim Nationalkomitee Freies Deutschland (NKFD), beim »Bund Deutscher Offiziere« (BDO) oder im bewaffneten Widerstand in der Wehrmacht. Weitere 19 Soldaten versuchten, durch ihr Verhalten die Beendigung des Krieges herbeizuführen, darunter fällt auch die Auflehnung gegen Vorgesetzte. In den weiteren Fällen bleibt das Motiv unklar, auch weil die Gerichtsakten als Quellen, die den Sachverhalt aus der Verfolgerperspektive dokumentieren, dies nicht hergeben. Einziger Kritikpunkt an der sehr anschaulichen und ergiebigen Darstellung ist, dass nicht klar wird, nach welchen Kriterien die Dokumente ausgewählt worden sind. Die Autorinnen und Autoren weisen allerdings darauf hin, dass die Quellenlage insgesamt fragmentarisch ist.

Bis jetzt ist nicht bekannt, wie viele Personen im Nationalsozialismus wegen »Kriegsverrats« vor ein Gericht gestellt worden sind. In einer Handakte des Gerichtspräsidenten am Reichskriegsgericht fand sich eine Aufstellung aller Todesurteile, die zwischen dem 26. August 1939 und dem 7. Februar 1945 gesprochen wurden. Von insgesamt 1089 Todesurteilen waren 24 Urteile wegen »Kriegsverrats« verhängt worden. Daraus kann jedoch nicht auf die gesamte Anzahl der Todesurteile gegen »Kriegsverräter« geschlossen werden. Zum einen wurden Angeklagte meist wegen mehrerer Delikte verurteilt und die Statistik erfasste sie wegen »Wehrkraftzersetzung« oder »Hochverrat«. Zum anderen haben Feld- oder Bordgerichte Anklagen wegen »Kriegsverrats« erhoben, auch wenn bei einer Anklage nach §§ 57, 59-61 MStGB grundsätzlich das Reichskriegsgericht zuständig war. Zudem wurde mit dem »Führer-erlass« vom 20. September 1944 die Zuständigkeit auch an den Volksgerichtshof und die neu gegründeten Standgerichte vergeben. Gerade für diesen Zeitraum ist die Quellenlage besonders schlecht. Die meisten Dokumente, die für die vorliegende Untersuchung begutachtet worden sind, befinden sich heute im Freiburger Bundesarchiv-Militärarchiv, in dem 180.000 Gerichtsakten der Wehrmachtgerichte aufbewahrt sind. Diese sind aber einerseits kaum erschlossen und umfassen andererseits nur einen Teil der Wehrmachturteile, denn der größte Teil ist leider nicht mehr erhalten.

Wette verdeutlicht den unscharfen Wortlaut zum »Kriegsverrat« im NS-Militärstrafgesetzbuch. Der Einsatz dieses Paragraphen war fast unbegrenzt möglich. In der Hand der Militärgerichte, die eine NS-ideologische Rechtsnorm zugrunde legten, wurde er zu einem gefährlichen Verfolgungsinstrument. Als »Kriegsverrat« galt ein Landesverrat nach § 91b StGB im Felde, also Handlungen, die Deutschland oder seinen Verbündeten »einen Nachteil zufügen« oder »dem Feind Vor-schub leisten« konnten. Die Auslegung blieb den Militärjuristen überlassen, die für nahezu jeden Straftatbestand eine Anwendungsmöglichkeit fanden. Seit 1934 waren in den §§ 57, 59-61 MStGB für »Kriegsverrat« die Todesstrafe zwingend vorgesehen. Weitere Verschärfungen des MStGB, wie die Einführung der Kriegssonderstrafrechtsverordnung (KSSVO) von 1938, wirkten sich auch auf die Regelungen zum »Kriegsverrat« aus. Erlasse und Verordnungen verlangten die Verurteilung nach »gesundem Volksempfinden« und die Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens, beispielsweise bei versuchtem »Kriegsverrat«. Damit waren die Beschuldigten der völligen Willkür des Gerichts überlassen. Erich Schwing, Militärjurist und Kommentator des MStGB, forderte stetig eine Erweiterung des Tatbestandes für »Kriegsverrat«. Er definierte »feindliche Macht« als ideologische Größe und beschwor den »ideologischen Krieg«. Er meinte damit einen Weltanschauungskrieg gegen Juden, Bolschewisten, Gegner des Nationalsozialismus, Pazifisten und »Volksverräter«.

Die Studie belegt anhand mehrerer Beispiele eine Ungleichbehandlung von Offizieren und Soldaten der Mannschaftsdienstgrade. Ranghohe Offiziere verfügten über mehr Spielraum und Sicherheit innerhalb der Wehrmacht, um Kontakte zu den gegnerischen Befehlshabern aufzunehmen oder kritische Gedanken zu äußern. Bis zum Attentat auf Hitler im Juli 1944 wurden sie weniger streng verurteilt als Soldaten der Mannschaftsgrade. Auch in der Nachkriegszeit wurde der Widerstand national-konservativer Offiziere viel früher anerkannt und gewürdigt, während Soldaten niedrigen Ranges weiterhin als »Verräter« galten. Beispiele dafür sind neben dem Widerstand des 20. Juli 1944 der Oberst Hans Oster und Carl Friedrich Goerdeler, die Kontakt zum Ausland aufnahmen, um über die militärischen Pläne der deutschen Führung zu informieren.

Ein besonderes Beispiel einer Nicht-Würdigung von Widerstand gegen den Nationalsozialismus zeigt Helmut Kramer in seinem Artikel über die »Rote Kapelle«. Die Gestapo

prägte den Namen dieser Widerstandsgruppe und suggerierte damit die Vorstellung eines engen Netzwerkes kommunistischer Widerstandskämpfer. Tatsächlich handelte es sich bei der »Roten Kapelle« um einen lockeren Verbund Oppositioneller verschiedener sozialer und politischer Herkunft. In dem Prozess gegen die »Rote Kapelle« zwischen Dezember 1942 und Juli 1943 trat Manfred Roeder - damals Oberkriegsgerichtsrat - als Hauptankläger auf. Die Verhandlung gegen mehr als 120 Personen basierte auf erzwungenen Aussagen, das geforderte Strafmaß wegen Vorbereitung zum Hochverrat, Spionage, »Wehrkraftzersetzung« und »Kriegsverrats« übertraf in vielen Fällen die gesetzlichen Vorgaben. Das Reichskriegsgericht verurteilte 47 Personen zum Tode, nur in einem Fall wurde die Hinrichtung nicht vollzogen.

Im September 1945 erstatteten überlebende Mitglieder der »Roten Kapelle«, darunter Dr. Adolf Grimme, Anzeige gegen den Generalrichter a. D. Manfred Roeder wegen seiner Rolle im Prozess gegen die »Rote Kapelle«. Die zuständige Lüneburger Staatsanwaltschaft nahm die Ermittlungen auf und kam zu unfassbaren Ergebnissen: Mit einer 1190-seitigen Begründung stellte sie die Ermittlungen gegen Manfred Roeder am 12. Mai 1951 ein. Der zuständige Staatsanwalt Hans Jürgen Fink rechtfertigte in seinen Ausführungen die Todesurteile gegen die Mitglieder der »Roten Kapelle« und bedauerte, dass es nicht zu weiteren harten Strafen gekommen sei. Dagegen wurde die brutale Vorgehensweise der ermittelnden Gestapo und die kaum vorhandenen Verteidigungsmöglichkeiten der Angeklagten nicht kritisiert. In der Atmosphäre des Kalten Krieges fühlte sich die Staatsanwaltschaft Lüneburg verpflichtet, die »Wahrheit« über die »Rote Kapelle« darzustellen. Diese sei ein kommunistisches Spionagenetzwerk gewesen, das durch einen Verrat an die Sowjetunion das »Wohl des Reiches« gefährdet habe.

Diese Erklärungen der Staatsanwaltschaft beweisen die geistig-moralische Kontinuität vieler Juristinnen und Juristen in der Bundesrepublik, die keine Veranlassung sahen, sich von der Tradition der nationalsozialistischen Rechtsprechung zu distanzieren. Im Falle des Ermittlungsverfahrens gegen Manfred Roeder gingen sie sogar noch weiter, indem sie die Urteile des Reichskriegsgerichts im Nachhinein würdigten und die beteiligten Juristen entlasteten. Eine Anklage gegen Roeder wurde nicht erhoben, und er erhielt bis zu seinem Tod 1971 eine Pension, in entsprechender Höhe als ehemaliger NS-Generalrichter. In

den 1950er Jahren beauftragte ihn die Generalbundesanwalt, als Zeuge und Experte für Spionage im Verfahren gegen den ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsschutzes, Otto John, aufzutreten. Außerdem engagierte sich Roeder für die rechtsextremistische Sozialistische Reichspartei.

Die Studie der Herausgeber Wette und Vogel liefert wichtige und reichhaltige Argumente und Fakten. Die Autorinnen und Autoren appellieren an die politisch Verantwortlichen, die andauernde Stigmatisierung von »Kriegsverrättern« endlich aufzuheben. Sie zeigen, dass das Reichskriegsgericht als Organ der Wehrmachtsführung seine Aufgabe darin verstand, die Disziplin in der Truppe aufrecht zu halten, anstatt den Schutz der Zivilbevölkerung oder die Rechte der untergebenen Soldaten zu überwachen. Die richterlichen Instanzen und der Gerichtsherr als Vertreter des Militärs im Offiziersrang vertraten die ideologischen Werte des Nationalsozialismus. Sie fällten Terrorurteile, die jeglicher rechtsstaatlicher Grundlage entbehrten. Der Straftatbestand »Kriegsverrat« wurde sehr weit ausgelegt, oft lieferten Militärgerichte keine juristische Begründung für ihre Entscheidung, vielmehr beherrschte ein »pauschaler politisch-ideologisch gefüllter Verratsbegriff« die Beweisführung. Allein diese Tatsachen sprechen dafür, dass Personen, die

nach nationalsozialistischen Maßstäben als »Kriegsverräter« angesehen worden sind, rehabilitiert werden müssen.

In seinem Vorwort weist Manfred Messerschmidt darauf hin, dass sich die Paragraphen zum »Kriegsverrat« im MStGB auf die Vorschrift des zivilen »Landesverrats« (§ 91b StGB) stützten. Der Gesetzgeber hat bereits alle Urteile, die auf § 91b StGB beruhten, als unrechtmäßig bezeichnet und aufgehoben. Daher fragt Messerschmidt, wieso besonders gegen »Kriegsverräter« ein Misstrauen besteht, das verhindert, auch diese zu rehabilitieren. Nach der juristischen Logik hätte dies längst erfolgen müssen. Aber hierbei handelt es sich um eine politische Entscheidung. Die Gegner der Rehabilitierung erkennen »Kriegsverräter« noch immer nicht als Oppositionelle des Nationalsozialismus an. Sie bestreiten, dass »Kriegsverratsurteile« wie alle Entscheidungen der Militärgerichte auf dem Nationalsozialismus beruhten und daher Unrecht sein müssen. Messerschmidt erwartet, dass hier ein »Lernprozess« einsetzt, der durch die vorliegende Studie noch beschleunigt wird. Erste Anzeichen dazu gibt es bereits. Der Rechtsausschuss im Bundestag berät aktuell erneut über die Aufhebung der Urteile wegen »Kriegsverrat« nach dem NS-Militärstrafrecht.

*Sabine Hammer*