

Buchbesprechungen

Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht*, München (C. H. Beck) 1997, 581 S., DM 68,-.

1. Ausgerechnet Wesel – wenigstens einige ältere KJ-Leser werden diese Anspielung verstehen. Denn Wesel hatte 1974 die »idealistische« Zunft und ihre Altmeister vehement herausgefordert mit einem Plädoyer für materialistische Rechtsgeschichte¹. Schade, daß nun keiner dieser Altmeister, ein Coing oder Kunkel oder Wieacker, ein Krause oder Thieme oder Rehfeldt oder Bader mehr bereitsteht, die wirkliche Herausforderung aufzunehmen, die Wesel jetzt vorgelegt hat. Eine *Geschichte des Rechts* – nicht mehr und nicht weniger. Im deutschen Sprachraum hat man einen solchen Titel noch nicht gewagt. Der Herkules heißt also Wesel.

2. *Geschichte des Rechts* – da ziehen sie also an uns vorbei, die Sammler und Jäger, die segmentären Gesellschaften, die Protostaaten, dann die Sumerer und Babylonier und Ägypter und Juden und Griechen und Römer und Ptolemäer und Byzantiner, dann die Germanen und die Franken und das deutsche Mittelalter, dann die frühe Neuzeit und das 19. Jahrhundert mit Weimar und das sogenannte Dritte Reich und die DDR und die BRD, die Stämme und Völker, die Reiche und Staaten, die Männer und Frauen, mit ihrem Recht und »dem Recht«. Genau zwanzig Kapitel und 343 Paragraphen gönnt ihnen Wesel. In vier Teilen vollendet sich diese Geschichte: Frühgeschichte, Antike, Germanen und Mit-

telalter, Neuzeit. Wesel hat mit diesem Gesamtüberblick endlich einen Rückstand aufgeholt, an dem die Rechtsgeschichtsdarstellungen in Deutschland schmerzlich litten. Wie Vinogradoff in England schon 1920² oder Gilissen³ im französischen Sprachraum 1972 oder Seagle 1946⁴ im amerikanischen und Tschermilowski 1973⁵ im russischen Sprachraum bezieht er die vorstaatlichen Rechtsgesellschaften mit ein. In der Tat läßt dieser Kontrast sehr Wesentliches an den mehr oder weniger staatlichen Gesellschaften plastischer hervortreten. Das gilt ganz besonders für Konfliktlösung und Strafrecht. Wesel hat sich bei der Ethnologie plausible Auskünfte geholt. Wer jemals versucht hat, mit bloßer Rechtsgeschichte zu erklären, wie und warum germanische Bußtaxensysteme so aussehen, wie sie aussehen, und wie sie wohl funktioniert haben, vermag sein Vergnügen daran zu ermesen. Für meinen Geschmack gerät ihm aber das Vergnügen etwas zu breit und selbstredend. Er hätte den Ertrag viel konzentrierter, sachnäher und quellennäher direkt an der germanischen und fränkischen Zeit vorführen können. Für diese Zeit fließen die Rechtsquellen dazu. Aber nun bleibt die Ausbeute seiner ethnologischen Anstrengung für die jetzt erst fließenden Rechtsquellen doch recht schmal.

3. Wesels Rhetorik ist lapidar. Sie transportiert seine methodische Haltung: Jeder Satz ein Faktum. Folgerichtig hat diese Geschichte

2 Paul Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence*, Bd. 1: Introduction. Tribal Law, Oxford U P 1920

3 John Gilissen, *Introduction historique au droit*, Bruxelles, Bruylant 1997, Kap. 1.

4 William Seagle, *The History of Law*, New York 1946; dt. Ubs.: *Weltgeschichte des Rechts*, München 1951 u.o.

5 S. M. Tschermilowski, *Allgemeine Staats- und Rechtsgeschichte. Von der Entstehung des Staates bis zum Kapitalismus* Lehrbuch (1973), aus dem Russischen hgg., Berlin (Ost) 1980.

1 Zur Methode der Rechtsgeschichte, KJ 1974, 337-368; direkt dazu meine Kritik an Theorie und Beispiel (Vertragsfreiheit, Industrialisierung) in: *Zur Erkenntnisproblematik materialistischer Positionen in der rechtshistorischen Methodendiskussion*, Zs für hist. Forschung 5 (1978) S. 257-292

kein Subjekt. Sie will die Geschichte selbst sein – eben die »Geschichte des Rechts«. Das ist mehr als die »Weltgeschichte« eines *Seagle*. Geschichte zu schreiben als »die Geschichte selbst«, ist eine vornehmlich deutsche Tradition. Hand in Hand verwalten Idealisten und Marxisten diese unsere geschichtsphilosophische Erbschaft. Das meiste passiert hier »von selbst«. Mit den Sich-Sätzen lösen sich immer wieder schwierige Fragen verblüffend einfach. Es hat »sich« etwas entwickelt. Wesel folgt dieser Perspektive nicht dogmatisch und ohne komplizierte Reflexionen. Aber er folgt ihr. Er schreibt also keine Apologie des europäischen Juristen wie seinerzeit *Wieacker* und keine Apologie der »Streitbaren Juristen«, wie seinerzeit die KJ, auch keine des ewigen römischen (Zivil-)Rechts wie *Zimmermann* und andere und keine Apologie Europas wie *Hattenhauer*, auch keine Bilderbögen und kein Lexikon wie *Kobler*, aber auch keine Apologie der Dialektik der Klassenkämpfe wie die »Staats- und Rechtsgeschichte« real-marxistischer Provenienz. Vielmehr ein bißchen von allem und vor allem in »objektiver« Perspektive.

Die Konsequenzen dieser Perspektive sind ungemein reizvoll für den »gesunden Verstand«. Sie ergeben ein sehr realistisch und objektiv wirkendes, didaktisch klares und deutlich überblickbares Bild einer im Prinzip erklärbaren Landschaft, eben der »Landschaft selbst«. Man braucht sie nur richtig anzuschauen und kurz und übersichtlich zum Sprechen zu bringen. Das ist die einfache methodische Aufgabe. Und es ergibt erdrückende Glaubwürdigkeit.

4. Die Darstellung paßt sich diesem Genre an. Sie verläuft bewährt herkömmlich, nämlich synchronistisch, wie man früher sagte. Die *Geschichte des Rechts* zerfällt also in große Querschnitte, diese werden in systematischer Ordnung vorgeführt. Es beginnt zwanzigmal mit »Geschichte und Wirtschaft«, d. h. mit einigen Daten und Produktionsverhältnissen. Dann kommt jeweils etwas zu Rechtsquellen und/oder Verfassung oder Ordnung oder staatliche Ordnung oder Lehenswesen, später auch zu Naturrecht und Menschenrecht und Verfassungen und Verwaltungsrecht; zweitens folgt stets etwas zu Gerichten und Prozeß, weiter zu Verwandtschaft und Familie und Frauen und Ehe, zu Eigentum und Erbe, zu Verträgen (später auch zu Handelsgesellschaft und Wertpapierrecht), zu Deliktsrecht und Sachenrecht; ab dem 19. Jahr-

hundert wird das »Zivilrecht« genannt, ab Weimar treten Arbeitsrecht und soziales Mietrecht hinzu; im nächsten Schritt folgt jeweils etwas zu Strafe und Strafrecht, auch zu Gefängnissen und Zuchthäusern. Ab und zu wird ein wenig Rechtswissenschaft eingestreut. Natürlich verläuft das nicht ganz so schematisch wie in dieser Aufzählung.

Daß solche Systematisierung stets ein wenig anachronistisch sein muß, ist für Wesels Zwecke ganz erwünscht. Diese Darstellungsform bindet bei Wesel Gegenwart und Vergangenheit viel enger zusammen, als es zunächst zu sein scheint. In seiner Synchronistik entwickelt sich das Spätere immer schön aus dem Früheren. Manches verschwindet auch. Jedenfalls wird man aber immer deutlich belehrt über Kontinuitäten. So erscheint die Geschichtskennntnis nützlich und stets angewendet zum Besten des Lesers.

5. Diese Geschichte hat zwar kein Subjekt, aber sehr wohl einen Maßstab. »Sozial« sollte es immer sein und nicht ungleich, vor allem nicht zwischen Frauen und Männern. Ein bißchen Freiheit ist auch nicht schlecht, aber individualistisch darf sie nicht sein. Strafrecht soll milde sein. Im Vorbeigehen wird bewertet und keineswegs zimperlich. Das wirkt zeitgemäß und à la mode sympathisch.

So wird zur Gleichvergeltung der Talionsstrafen nur gesagt, sie seien härter (S. 90). Daß sie auch eine normative Bändigung bedeuteten, denn es durfte eben nur noch gleich vergolten werden und nicht mehr willkürlich, bleibt ungesagt. Für Beschreibung wie Bewertung wäre das aber wichtig.

In karolingischer Zeit soll es »Volksrecht« gegeben haben, alt und ehrwürdig, das man nicht einfach ändern konnte, sogar Volksversammlungen (S. 283). Nicht nur die Einsichten der Ethnologie werden hier geopfert, sondern auch die der rechtshistorischen Forschung, die sich doch etwas von Beseler, Gierke und gar dem völkischen NS-Geschichtsbild emanzipiert hat.

Die berühmte südfranzösische Gottesfriedensbewegung soll von den adligen Bischöfen und Äbten ausgegangen sein (S. 300). Sie erscheint daher als Tendenz »von oben«. Das war wohl etwas komplizierter. Die vielleicht etwas feinsinnige, aber doch wichtige Diskussion der Rechtshistoriker um Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten bleibt außen vor. Das Landrecht des Sachsenspiegels ist »Gewohnheitsrecht« eines Bauernvolkes

(S. 317). Wieder bleibt der vorstaatliche Kontext unbeachtet.

Eine Verallgemeinerung, die man nicht mehr gerne liest, ist auch die Redeweise vom »mittelalterlichen Prozeß«, sei es Strafprozeß oder Zivilprozeß. Er bleibt bei Wesel zunächst unverändert von der fränkischen Zeit bis zum Hochmittelalter (S. 319)! Es mag sein, daß die Differenzierungen, die man dazu jetzt kennt und betont, für Wesels Überblick nicht wichtig sind. Aber von »unverändert« sollte man deswegen nicht sprechen.

Mit dem Römischen Recht habe man im 19. Jahrhundert sozialen Ungerechtigkeiten Tür und Tor geöffnet. Dagegen seien die Germanisten »politisch im Recht« gewesen. Diese Bilanz ist so alt wie kühn und schief. Sie glaubt immer noch den Polemiken des 19. Jahrhunderts und rechnet nichts davon nach. War es wirklich ohne Römisches Recht sozial gerechter? Etwa im Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts oder des Codex Maximilianus in Bayern? Oder gar im Bereich des Sächsischen Rechts noch unter den Formen des Sachsenspiegels? Seriose Auskünfte dazu wären von hohem Interesse, aber mit der Formel »politisch im Recht« wird dies alles erstickt. Als ob die deutschrechtlichen Germanisten mit ihrem Privatrecht die spätere soziale Frage »gelöst« hätten. Romanisten wie Baron oder Lotmar stehen hier ganz neben Germanisten wie Gierke und zuvor Beseler oder Bluntschli.

In der frühen Neuzeit schiebt sich »die kalte Trennscheibe des Staatsapparates zwischen Fürsten und Untertanen« (S. 363). Staat und erst recht Staatsapparat gehören nicht zu den Lieblingen Wesels – verständlich. Aber nicht wenige empfanden die »kalte Trennscheibe« als eine sehr sinnvolle Trennung der Streitjahne im großen und kleinen Krieg, vom Ständekrieg und Bauernkrieg bis zur Selbsthilfe eines Hans Kohlhaas im 16. Jahrhundert, bekannt geworden als Michael Kohlhaas 1808. Man soll nicht den Staatsapparat beschönigen. Aber es ist eine gefährliche Verführung, ihn nur als »Trennscheibe« zu bezeichnen. Dieses Werkzeug gehört bekanntlich zu den besonders gefährlichen.

Ähnlich ergeht es »der« juristischen Dogmatik und erst recht wieder einmal dem juristischen »Formalismus«: »Je weiter sich die juristische Dogmatik entwickelt, desto schlechter steht es um soziale Gerechtigkeit.« (S. 148). Solch einfache Lehren sind wohl schon für Athen, erst recht für Rom und ge-

wiß auch für heute einfach Irrlehren. Das wäre nicht weiter bemerkenswert, wenn sie nicht so schlicht, anschaulich und selbstbewußt daherkämen. Für die Römer werden z. B. die »dogmatischen« Schwierigkeiten mit der Stellvertretung schön erklärt. Erst dann sei unsere Dogmatik der Stellvertretung entstanden mit ihren klaren Unterscheidungen von Stellvertretung, Vollmacht und Auftrag (S. 208). Was soll denn daran nun »sozial ungerecht« sein? Wenigstens hätte man das gerne erklärt.

Das Römische Recht sei besonders am Anfang sehr »formalistisch« gewesen im Gegensatz zum Griechischen; warum, darüber könne man nur Vermutungen anstellen, vielleicht gebe es religiös-magische Gründe? Die Idee, daß ein gewisser »Formalismus« ein wesentlicher Faktor von Rechtssicherheit in einer partiell aufkommenden, noch unsicheren und mißtrauischen Zivilrechtsgesellschaft wäre, erörtert Wesel nicht. Sie wäre gerade für seine Zivilrechtsbeispiele naheliegend. Und was wäre daran sozial ungerecht?

Bemerkenswert sind auch etliche Entwicklungslogiken. Die Trennung von Recht und Moral habe die Menschen freier gemacht, aber auch soziale Ungerechtigkeit gebracht. Ergo müßte es vorher weniger sozial ungerecht gewesen sein (vgl. S. 47 ff.)? Auch Formalismus, also etwas wie inhaltliche und begriffliche Präzision, die an bestimmten äußeren Merkmalen festhält, hat vermutlich mit sozialer Ungerechtigkeit wenig zu tun. Recht kann ungerecht sein, ob formal oder nicht formal. Inhaltliche Härte ist oft präzise, aber oft auch sehr unpräzise (vgl. S. 205). Wer weniger Willkür wünscht, wird schnell »formal«.

Menschenrechte, das sind die angeborenen, bei denen es nur auf das Menschsein ankommt. In Deutschland wurden sie bis 1949 gerade nicht formuliert, weder in der Paulskirche, noch in den Verfassungen der einzelnen Staaten und nicht einmal in Weimar. Wesel schreibt es anders auf (S. 417). Er verwischt damit entscheidende Unterschiede zwischen Menschenrechten und Grundrechten.

»Historische Methode« war für Savigny nun wirklich nicht in erster Linie der direkte Rückgriff auf das antike Recht der römischen Juristen. Auch Wesels Zitat trägt das nicht und Savignys *System* von 1840-49 widerlegt das Punkt für Punkt (anders S. 436). Wesel verstellt sich das Pro und Contra zu dieser Methode und macht es sich zu einfach – wie

so viele. Das Römische Recht galt noch als »heutiges«. Man hatte also zurückzugreifen als Jurist und sollte sich dennoch als Historiker nicht vergreifen – ein spannungsvolles Unternehmen bis heute.

Der Mangel an sozialer Rücksicht im BGB hat nach Wesel in der hohen Begrifflichkeit, die freilich auch aus dem – an sich loblicheren – Naturrecht stamme, ebenso wie im antiken römischen Recht seine Ursache (S. 437). Hohe Begrifflichkeit soll also ungerecht sein? In Wahrheit hat sie mit Gerechtigkeit wenig zu tun. Man kann hochbegrifflich und niederbegrifflich ungerecht sein. Die hochbegriffliche Pandektendogmatik des 19. Jahrhunderts propagierte ein zukunftsweisendes Modell möglichst gleicher Rechtssubjekte. Daß das in ihrer Zeit nicht Realität war, sah sie. Man arbeitete gerade nicht positivistisch-abbildend. Daß man deshalb mit Spezialgesetzgebungen, also durch erneut *ungleiches* Recht, den Armen und Schwachen helfen mußte, hat sie nicht bestritten, nicht übersehen und in vielen Fällen eigens gefordert. Von diesem Zusammenhang zwischen allgemeinem und gleichem Privatrecht und besonders forderndem und ungleichem Recht sagt Wesel nichts. Es ist kein Zufall, daß z. B. das Abzahlungsgesetz von 1894 bei ihm nicht erwähnt wird. Er erzählt nur die halbe Geschichte. Das ist ungerecht. Gerade hier gehen auch manche Fakten stark daneben – Windscheid hatte nicht den ersten BGB-Kommmissionsvorsitz und Planck nicht den zweiten (S. 444 f.).

6. Viel Kritik also – also viel Beckmesserei? Wesel gibt ja »nur« einen Überblick. Es wäre daher unfair, die notwendige Selektivität und so manches Detail zu kritisieren. Man darf ganz einfach sagen, daß das Werk, wie es schon gesagt wurde, als Überblick »grandios« (Die Zeit), »kolossal«, »vorzüglich« und »vergnügli« (Neue Zürcher Zeitung) und »teilweise meisterhaft« (Süddeutsche Zeitung) gelungen ist und jedenfalls ein Buch, »das seinesgleichen suchen mag« (FAZ).

Aber auch bei einem Überblick muß man den Kardinaltugenden und -schwächen nachgehen – erst recht. Denn sie sind noch wichtiger als bei einer Detailstudie oder einem Spezialistenwerk. Im Überblick erscheinen die gewohnten Vorurteile nur etwas übersichtlicher und meist weniger deutlich. Sie wirken umso ungebrochener aufs Ganze. Schon die konkrete Kritik soeben betrifft keine Marginalien: Talion betrifft die Grundfrage von Sank-

tionsgerechtigkeit und -regularität bis heute. Volksrecht ist ein populärer Topos geblieben. Kritik an Kirche und Rechtsentwicklung von oben dient seit langem und noch als wohlfeile Waffe. Gewohnheitsrecht ist nicht populär, aber Frage von Lebensnähe. Mittelalter, sei es im Prozeß, wird gern zum starren Zerrbild gegenüber der besseren »Moderne«. Römische Recht erschien unsozial seit Marx und Lasalle – sie meinten es allerdings nicht historisch, sondern politisch und aktuell. Gemeint ist Privatrecht, als Idee und Realität – Streitobjekt gerade heute. Das 19. Jahrhundert ist sozial ungeliebt – Freiheit und reale Riesenzuwächse an Wohlfahrt für mehr Menschen als je hin oder her. Dabei nahm man das alte Armuts- und Krankheitsproblem erstmals energisch und erfolgreich in Angriff – gar nicht formal – und setzte ein gewiß formales Ideal – weil für alle – gleich dazu. »Staatsapparat« und »Trennscheibe« tragen die Aktualität schon an der Stirn – rechtliches Gewaltmonopol und Rechtsdurchsetzung wären das Problem. Dogmatik und Formalismus stehen vor allem seit 1933 unter Anklage. Durchgreifend volks- und lebensnah soll Recht sein – nur wie, ohne daß es etwas unrechtlich wird? Um nicht weniger als diese unsere Basiswertungen geht es in diesem Geschichtsbuch – zu seinem Wohl und Wehe. Nur erzählt es oft nur die Hälfte. Auch für einen Überblick muß dies als Schwäche nicht nur im Detail bezeichnet werden.

7. Zu den besonderen Stärken, zumal als Pionierat in Deutschland, gehört die erwähnte Einbeziehung der nichtstaatlichen Gesellschaften und Rechtszustände. Das fördert sehr das Verständnis von Strafrecht und Prozeß, aber auch von Familie, Ehe und Verwandtschaft. Es fördert auch das Verständnis von Deliktsrecht, das eben aus einer Abspaltung vom Strafrecht entstehen mußte, sobald man eine zivilrechtliche neben einer öffentlichrechtlichen Seite des Rechts ausdifferenzierte. Zu den Stärken gehört auch, daß im Großen die wirtschaftlichen Verhältnisse einbezogen wurden. Dies geschieht ohne ökonomistischen Marxismus. Besonders für die Frühzeit bis zum Mittelalter ergibt das erheblichen Erklärungsertrag. Für die neuere Zeit bleiben die Konturen dagegen blaß. Zu den großen Stärken gehört auch die beispielesreiche Anschaulichkeit. Ob die lapidare Sprache wirklich eine Stärke ist oder nicht eine Täuschung, möchte ich offenlassen. Jedenfalls wäre es eine angenehme Täuschung. Wesel

kokettiert erfolgreich mit der Trivialliteratur in den Köpfen vieler Leser und der schnoddrigen Öffentlichkeitsprache in ihren Ohren.

8. Zu den schwächsten Seiten gehören schließlich drei durchgehende größere Punkte: die fast naive Idealisierung der vorstaatlichen Zeiten, die unbefangene Objektivierung der Rechtsgeschichte und vor allem die abstrakte Formelhaftigkeit im Zivil- und erst recht Wirtschaftsrecht.

In den glücklicheren vorstaatlichen Zeiten hatten die Leute »nicht so viel Hunger wie heute« (S. 18). Wie ist das wohl gemessen? Sie waren auch sehr fröhlich und lebten in »freier Gemeinschaft, auf die noch kein gesellschaftlicher Druck ausgeübt« wurde (S. 20). Na ja. Auf S. 42 erfährt man dann, daß »in segmentären Gesellschaften für das Zusammenleben in der kleinen Gemeinschaft schon die bloße Existenz von Gefühlen wie Haß, Habgier oder Eifersucht bedrohlich ist.« Die Gefühle werden nämlich verdächtigt, und man scheut sich dann so zu reden und auch nur zu denken, »weil man jederzeit damit rechnen muß, als Hexer oder Zauberer verdächtigt zu werden.« (S. 42). Was nun? Daß die Darstellung ein streng objektives, als wahr vermitteltes Bild zeichnet, wurde bereits erwähnt. Wieviel daran im einzelnen trügerisch ist, lassen bisweilen Andeutungen zum Forschungsstand erkennen. Nicht selten werden auch Noten wie falsch und richtig ausgeteilt, die die objektivistische Manier bekräftigen. Der gesunde Menschenverstand wird zufrieden sein. Der Forscherverstand nicht – schlecht für ihn. Wesels Geschichtsdesign vermeidet den Geschichtszweifel. Konstruktionen und Rekonstruktionen sind hier kein Thema. Es scheint die Lebenslüge der populären Schreibweise bleiben zu müssen, daß es eben so war, wie es eigentlich gewesen war. Daß es sich durch und durch und Schritt für Schritt nicht einfach um Fakten, sondern um Deutungen, Kontextbildungen, Erklärung aus angenommenen Zusammenhängen und höchst Weselsche Strukturen handelt, wird dem Leser nicht einmal angedeutet. Das bleibt Augurenwissen. So gesehen, hat dieser so sympathische Überblick einen autoritären Habitus. Er zeigt nicht etwa, wie man seine Geschichte deuten könnte, mit besseren und schlechteren Gründen, sondern er zeigt eben, wie es war, Deutung hin und Deutung her – das ist nur Forscherstreit. Nicht, daß ich mir »wildes« Konstruieren wünschte. Aber etwas mehr

vom Wissensprozeß muß man als Wissenschaftler zumuten.

In einer *Rechts*-Geschichte stört mich freilich am meisten die abstrakte Formelhaftigkeit im genuin Juristischen. Man fragt sich, für wen und wozu eigentlich die vielen Bemerkungen dienen sollen, die irgendwelche Rechtssätze zwischen Rom und heute benennen. Mehrfach wird dem Leser z. B. erklärt, daß man den Gefahr- und Eigentumsübergang beim Kauf mal allein an die Zahlung des Kaufpreises anknüpfte, dann aber auch an die zusätzliche Übergabe der Kaufsache oder schon an den Kaufabschluß wie in Rom (S. 95, 218 f., 402). Zur Übergabelösung sagt Wesel: »Welche Lösung ist ›richtig?‹ Die des BGB. Wenn der eine nicht leisten kann, braucht der andere auch nicht zu leisten.« (S. 218). Zufällig war es also unser BGB, das es »richtig« machte. Viele, ja vielleicht die meisten modernen Rechte sehen dies anders. Daß der römische Käufer womöglich zahlen mußte, obwohl er die gekaufte Sache nicht mehr erhielt, die noch beim Verkäufer lagerte und zufällig untergegangen war, war also falsch, ja »unsinnig« (S. 219). Der Austauschgedanke des *do ut des* gilt Wesel ohne weiteres als gerechter denn das Vertragsprinzip, das auf den Kaufabschluß abstellt. Diese Statements zeigen eine oberflächlich abstrakte Bewertungs-Jurisprudenz. Man lernt nichts daraus außer Formeln. Die Römer hatten am Barkaufgedanken geklebt – das heißt, diese Starjuristen warfen einfach Barkäufe, bei denen das Zufallsproblem gar nicht auftritt, und andere Käufe grundlos in einen Topf. Schwer zu glauben – in Wahrheit geht es nicht einfach um richtig oder falsch, sondern um sehr verschiedene Fallgruppen mit sehr plausibel verschiedenen Lösungen, auch noch im BGB. Bei Distanz- oder Transportkauf, bei Genußkauf, Handelskauf und in vielen frei vereinbarten Fällen hält man es anders. Für die Römer bandelt es sich vor allem um Sklavenkäufe, Weinkäufe und ähnliches. Der Weinkauf war vielfach sogenannter Spekulationskauf. Wer beim römischen Kauf ab Hof und Faß noch vor der volligen Reife auf einen besonders guten Jahrgang spekulierte, trug dann eben auch die Preisgefahr, wenn der Wein zufällig verderb, zumal er die Lagerkosten ersparte. Auch bei besonders preisstabilen Käufen vom Produzenten, der sein fertiges Gut nicht mehr nutzen will, aber noch lagern muß, erscheint die Käufergefahr als passender Anreiz, den Käufer zur Abnahme zu veranlassen, besonders in

agrарischen Verhältnissen. Zu bedenken sind auch Beweisprobleme zum Kaufabschluß einerseits und zum Zufallseintritt andererseits. Noch zum BGB findet man in den Archivmaterialien der Redaktoren denn auch eine Eingabe der rheinischen Landwirte gegen die Verkäufergefahr bis zur Übergabe. Hier störte die neue, verkäufereünstige Gefahrregel. Bei Urproduktion läßt sich offenbar nichts abwälzen, das Risiko trifft deutlicher, der Käufer kann leichter das Risiko abwälzen. Versicherung wäre ein Ausweg, der aber nicht ohne weiteres zur Verfügung stand.

Dieses Beispiel steht für viele, besonders zur Privatrechtsgeschichte. Im Kampf gegen formalistische Dogmatik bleibt eine Menge interessanter und guter Jurisprudenz auf der Strecke. Wesel wird selbst zu dem abstrakten Pandektisten, den er perhorresziert. Sollte man nicht als Rechtshistoriker deutlich machen, »daß der Satz ›periculum est emptoris‹ in einem bestimmten Kreis von Tatsachen entstand« (Rabel)? Auch bleibt ganz unklar, daß es hier um dispositives Recht geht, also ergänzende Regeln, falls die Parteien nichts Besonderes vereinbart haben. Die Vorstellung, es gebe von Rom bis heute eine richtige oder eine falsche Lösung zu einem im Kern gleichbleibenden Problem des Kaufrechts, teilt Wesel ganz unschuldig. Sie gehört aber zu den historistischen Todsünden. Historische Betrachtungsweise hat sich nicht an abstrakte Formeln zu halten, sondern an konkrete Umstände nach Ort und Zeit. Eine juristisch tragfähige Privatrechtsgeschichte muß zudem das Zusammenspiel verschiedener Rechtsinstrumente zu einer Problemlösung beachten. Die Frage, ob ein Käufer zahlen muß, ohne seine Sache zu erhalten, hängt nicht nur von der Gefahrtragung, sondern parallel von den Regeln des Schuldnerverzugs, des Annahmeverzugs, der Auslegung des Schwebeverhältnisses, wenn die Sache noch beim Verkäufer steht, manchmal auch dem Eigentumsübergang, usw., ab. Wesel deutet nur die sogenannte *custodia*-Haftung an.

9. Es ist nach alledem nur konsequent, daß Wesel besondere Schwierigkeiten mit dem 19. Jahrhundert hat. Man möchte fast Gerechtigkeit für dieses juristisch so bedeutende Jahrhundert fordern. Mit einem Vorverständnis, das wenig Verständnis für Privatrecht und viel Verständnis für gerechte Verteilung von oben zeigt, lastet er diesem Jahrhundert Formalismus, Dogmatismus und soziale Unge-

rechtigkeit an. Aber die Beweisführungen dazu tragen nicht oder gehen ins Leere, und die Bewertungen sind wie gezeigt ahistorisch.

Offenbar geht es dem Romanisten Wesel immer noch ziemlich so wie dem Romanisten Jhering, der die historische Bedeutung des Begriffs der Strafe lobt und zum Privatrecht fortfährt: »An den übrigen Begriffen des Rechts geht oft ein Zeitraum von mehreren Jahrhunderten spurlos vorüber, die Grundbegriffe des römischen Sachenrechts: das Eigentum, der Besitz, die Servituten sind heutzutage im Wesentlichen noch dieselben wie vor zwei Jahrtausenden, und vergebens würde man ihnen eine Antwort abzugewinnen hoffen über die Wandlungen, welche die Völker, bei denen sie galten, inzwischen bestanden haben.« (Jhering 1867).

10. Also eine große Leistung, aber keine ungeprüfte.

Joachim Rückert

Heinrich Hannover, *Die Republik vor Gericht. Erinnerungen eines unbequemen Rechtsanwalts*, Berlin (Aufbau-Verlag) 1998, 495 S., DM 49,90

Daß dem Deutschen das Verteidigen nicht liege, hatte 1975 Gerhard Mauz, damals schon profiliertester Prozeßbeobachter Deutschlands, beobachtet, »viel lieber klagt er an, am liebsten richtet er«. Ein Vierteljahrhundert später hat sich das gründlich geändert. Empörter Protest gegen die politischen Prozesse der siebziger Jahre und gegen die sie begleitende Fülle strafprozeßändernder Gesetze löste eine Bewegung unter den Strafverteidigern aus, in deren Verlauf sich der damals geächtete Berufsstand professionalisierte und Renommee in der Juristenschaft und der Bevölkerung gewann.

Heinrich Hannover hat wie allenfalls noch Werner Holtfort den Aufbruch der Strafverteidiger der Bundesrepublik geprägt. Während Holtfort unermüdlich anregte, gründete und organisierte, war Hannover eher Beispiel und Vorbild für die Strafverteidigerbewegung der siebziger und achtziger Jahre, aus der alle hervorgegangen sind, die heute in diesem Beruf höchstes Ansehen genießen.

Wie er dazu kam, schildert der mittlerweile 74-jährige Hannover in seinen »Erinnerungen eines unbequemen Rechtsanwalts«, die

unter dem etwas irreführenden Titel »Die Republik vor Gericht 1954–1974« im Aufbau-Verlag erschienen sind. Memoiren und Erinnerungen im üblichen Sinne sind die 28 Prozeßdarstellungen nicht, mit denen der Autor die Rechtsgeschichte der ersten Hälfte unserer Republik illustriert. Fast bedauert man dies, wenn man die einleitende, sehr persönliche Beschreibung seiner Kindheit und Jugend im Dritten Reich gelesen hat. Im wohlbehüteten Milieu eines vorpommerschen Stadtchens mit konservativen, freilich keineswegs nazibegeisterten Eltern aufgewachsen, durchlief der junge Heinrich jede Phase nationalsozialistischer Sozialisation: Jungvolk, Hitlerjugend, Arbeitsdienst und Wehrmacht. Daß bei solcher Erziehung und der zugestandenen Begeisterung für deren Helden die geistige Gleichschaltung nicht gelang, lag wohl an der Vertraumtheit des Kindes, das Bücher und Mozartmusik liebte und stets eine Aversion gegen die großen Gemeinschaftserlebnisse hatte, die diese Erziehung vermitteln sollte. Daher brach am 8. Mai 1945 für Heinrich Hannover keine Welt zusammen, und die Wirrnisse der Nachkriegszeit bewältigte er ebenso pragmatisch wie Berufswahl und Studium, von dem wir nicht mehr erfahren, als daß es zwischen 1946 und 1950 in Göttingen stattfand. Eher opportunistisch ging er die Wahl des Niederlassungs-ortes und des Betätigungsfeldes an. Erster Großmandant des frisch zugelassenen Junganwalts wurde der bremische Haus- und Grundbesitzerverein, und Hannover wäre heute vielleicht angesehener Senior einer hanseatischen Zivilrechtspraxis, wenn nicht ein wohlmeinender Strafkammervorsitzender ihm die Pflichtverteidigung eines angeklagten Kommunisten übertragen hatte. Daß er diese engagiert gegen die damals durchaus üblichen Manipulationen der Anklage und gegen die bornierte Voreingenommenheit des Gerichts führte, sprach sich schnell herum. Der junge Rechtsanwalt war zum Linksanwalt gestempelt, der Großmandant machte sich rar, und einträgliche Zivilrechtsmandate blieben aus. Statt dessen suchten angeklagte Gewerkschafter, Gegner der Wiederaufrüstung und Opfer des damals praktizierten militanten Antikommunismus die Praxisräume am Bremer Liebfrauenkirchhof auf. Hannover zählte bald zu der Handvoll profiliertester politischer Strafverteidiger – neben Walther Ammann, Gustav Heinemann, Diether Posser und Friedrich Karl Kaul –, die bei allen gro-

ßen Prozessen gegen Systemkritiker aus dem linken Spektrum zusammentrafen.

Der Antikommunismus der fünfziger und sechziger Jahre stempelte jeden Kritiker der Adenauer-Politik zum Kommunisten. Wer zum Beispiel über die Verbrechen der Hitler-Generäle und Grundvater der Bundeswehr Speidel und Heusinger aufklärte, wie der Journalist Lorenz Knorr, mußte das ebenso erfahren wie Ostermarschierer gegen Wiederbewaffnung und atomare Rüstung der Bundesrepublik. Hannover verteidigte die Systemgegner mit Leidenschaft und Engagement. Aber was sollte man von Richtern und Staatsanwälten des Dritten Reichs – Knorrs Anklager hatte diese Funktion schon beim Sondergericht Prag ausgeübt, der Gerichtsvorsitzende war einst Staatsanwalt beim Sondergericht Wuppertal – anderes erwarten, als die Verfolgung der alten Staatsfeinde mit den alten Mitteln. Daß die erste Richtergeneration unserer Republik in politischen Strafsachen »aus dem gleichen gebrochenen Rückgrat heraus judiziert(e), aus dem das Sondergerichtswesen des Dritten Reichs zu erklären ist«, hatte 1961 sogar Generalhundesanwalt Güde beobachtet. Heinrich Hannover hatte eine solche Bemerkung ein Ehrengerichtsverfahren eingebracht, und davon hatte er schon genug. Er beschreibt sie im 27. Kapitel.

Während die Verteidiger Oppositioneller auf Gehässigkeit, Parteilichkeit und Voreingenommenheit stießen, trafen Verteidiger in Verfahren wegen der Nazimorde (alle anderen Straftaten aus der Zeit des Dritten Reichs hatte man 1960 verjähren lassen) auf verständnisvolle, zugewandte Richter, deren Wohlthaten für die Angeklagten gleichfalls an Rechtsbeugung grenzten. Es war diese Asymmetrie politischer Justiz, die Heinrich Hannover lebenslang empört hat. Sie war ihm aus seiner Studie über die Rechtsprechung der Weimarer Republik (H. und E. Hannover, Politische Justiz 1918–1933, Ffm. 1966) wohlvertraut, und er spürte sie als Verteidiger und gelegentlicher Nebenkläger am eigenen Leibe. Historische Vergleiche hat Heinrich Hannover nie gescheut, auch nicht zu einer Zeit, da historische Reminiszenzen in Justiz und Rechtswissenschaft tabuisiert waren, weil sie die Beteiligung deren führender Funktionäre am Niedergang des Rechts offenbart hätten. Durch die Hannovers haben jüngere Rechtsanwälte erstmals von der hohen Verteidigerkultur der Weimarer Republik erfahren. Namen wie

Paul Levi, Hans Litten, Alfred Apfel, Alexander Obuch oder Kurt Rosenfeld wurden bis in unsere Tage im juristischen Studium totgeschwiegen. Daß sich Verteidiger ihrer heute erinnern, ist ein Verdienst Heinrich und Elisabeth Hannovers.

Offenbar intuitiv erfassen politische Gerichtshöfe die Erkenntnis Alsbergerscher »Philosophie der Verteidigung«: »Indem der Verteidiger seinem Klienten zum Siege zu verhelfen sucht, kämpft er zugleich für den Ideenkreis, aus dem heraus die zur Anklage gezogene Tat gerechtfertigt erscheint« (S. 15). Daher tun sie sich auch schwer mit der Zuhilfenahme selbstverständlicher Verteidigungsrechte. Die meisten der von Hannover dargestellten Fälle sind politische, und in manchem von ihnen verschafften erst Anklage und Hauptverhandlung dem Beschuldigten Publizität und öffentliche Sympathie.

Neben vielen anderen verteidigte Hannover den christlichen Verleger Herbert Reich, den kommunistischen Herausgeber der Zeitung »Blinkfüer«, Ernst Aust, den Studentenführer und Parteigründer der Grünen Daniel Cohn-Bendit, den angesehenen kommunistischen Parlamentarier Willi Meyer-Buer, den Journalisten und Vietnamkriegsgegner Hermann Sittner sowie den kommunistischen Journalisten Paul Beu. Letzterer hatte, wie der Bundesgerichtshof am 16. Dezember 1965 ausdrücklich feststellte, keinerlei Straftatbestand erfüllt, dies allerdings im Interesse der KPD. Beu wurde daher wegen »Verstoßes gegen das KPD-Verbot in Tateinheit mit Geheimbündelei in verfassungsfeindlicher Absicht« zu zwei Jahren Gefängnis verurteilt. Gleich zweimal verteidigte Hannover den Journalisten Gunter Wallraff, der mit unkonventionellen Recherchemethoden gesellschaftliche Mißstände aufgedeckt hatte. Nachdem Wallraff als »Ministerialrat Kröver, Bundesministerium des Innern«, telefonische Auskünfte über regelrechte Betriebskampfgruppen bei Continental, VDO-Tachometer, bei Mannesmann und den Adox-Fotowerken erhalten und darüber in der Satirezeitschrift Pardon berichtet hatte, wurde er wegen »Amtsanmaßung« sowie »Mißbrauchs einer Dienstbezeichnung« angeklagt. Und als er unter dem Namen eines Freundes Burbote beim Gerling-Konzern geworden war, folgte ein Verfahren wegen Urkundenfälschung und Mißbrauchs von Ausweispapieren. Beide Male wurde Wallraff freigesprochen, freilich nur wegen »Verbotsirrtums«, aber beide Prozesse

waren erfolgreiche Kämpfe für die Meinungs- und Informationsfreiheit.

Das ist kein Zufall, denn für kein anderes Recht hat sich Heinrich Hannover so geschlagen wie für Meinungsfreiheit und Recht auf Opposition. Mag man auch Zweifel an der These hegen, im Ablauf des Strafprozesses spiegeln sich die Formen der gesellschaftlichen Willensbildung (wie wäre es danach möglich, daß ein demokratischer Staat wie die Bundesrepublik Deutschland ein derart rückständiges, autoritäres und voraufklärerisches Strafprozeßrecht besitzt?), so wiederholen sich doch im Strafverfahren die Unarten staatlicher Gewalt. Wo das Strafrecht zur Mundtotmachung der politischen Opposition mißbraucht wird, ist kaum eine unbehinderte, freie Verteidigung denkbar. Im Mikrokosmos des Strafverfahrens widerfährt dem Verteidiger, dem das Wort abgeschnitten wird, das gleiche wie seinem Mandanten, den man wegen einer Meinungsäußerung verfolgt. Die eigene Betroffenheit verstärkt die Identifikation mit dem Anliegen des Mandanten, und der Verteidiger erfährt, daß »die Beschränkung der Freiheit des Anwalts ein Stück Vernichtung der Meinungsfreiheit der Gesamtheit darstellt« (Ernst Fraenkel 1932). Heinrich Hannover hat sich in solchen Fällen selten mit abschlagigen Gerichtsentscheidungen abgefunden, sondern in einer Vielzahl von Publikationen über Machenschaften der Justiz aufgeklärt. Die gesellschaftlichen Gegensätze, von der Staatsanwaltschaft in den Gerichtssaal gezerzt, trug der Publizist Hannover wieder in die Öffentlichkeit zurück. Die Memoiren des unbequemen Anwalts dokumentieren vielfach das Zusammenspiel zwischen pointiert argumentierendem Strafverteidiger und politischem Schriftsteller mit der spitzen Feder – diese Besonderheit hannoverscher Strafverteidigung, die ihn zum politischen Verteidiger par excellence machte.

Als Anfang der Siebziger mit den Terroristenprozessen eine neue Phase politischer Justiz begann, war Hannover – obwohl gerade erst 45 Jahre alt – bereits Nestor jener in der bundesdeutschen Presse als »Terroranwälte« diffamierten Verteidigerriege. Aus der Gruppe der Groenewold, Heldmann, Schily, Strobele und von Plottnitz hob sich der an Max Alsberg und Paul Levi geschulte und von Posser und Heinemann beeinflusste Hannover jedoch ab. Zuviel hatte er vor Gericht offenbar schon erlebt, um sich über die Rechtsbrüche und Ungereimtheiten

des Stammheimer Prozesses, dieser Schädelstätte bundesdeutscher Rechtsstaatlichkeit, derart zu empören wie seine jüngeren Verteidigerkollegen. Die anarchistischen Mandanten hatten wenig Verständnis für seine professionelle Zurückhaltung und beschuldigten ihn mangelnder Parteinahme sowie des Paktierens mit dem »Schweinesystem«. Es gab grundlegende Mißverständnisse und Differenzen über die Funktion der Verteidigung im politischen Strafverfahren. Hannover deutet diese im Kapitel »Eine schwierige Mandantin: Ulrike Meinhof« an und beschreibt sie weniger diskret in der Episode »Macht kaputt, was Euch kaputt macht. Ein Angriff von links«, deren Prozeß ein Brandanschlag auf das Oldenburger CDU-Büro vorangegangen war.

Daß Verstocktheit, Voreingenommenheit und Taubheit gegenüber allen Argumenten der Verteidigung nicht nur in politischen Prozessen zu Hause sind, demonstriert Hannover im letzten Kapitel seines Buches. Das Verfahren um den Mord an der 17-jährigen Carmen Kampa war prädestiniert zum Sensationsprozeß, nicht nur wegen der Schönheit des jungen Opfers, sondern auch wegen der Tatumstände. Das Verbrechen wurde an einem Bahndamm verübt, und Fahrgäste eines langsam vorbeifahrenen Vorortzuges hatten es beobachtet. Die Polizei stand unter Erfolgsdruck; nach nur oberflächlichen Ermittlungen präsentierte sie der Öffentlichkeit einen etwas hilflosen Verdächtigen, der sich in endlosen Vernehmungen mit seiner Kooperations- und Gesprächsbereitschaft um Kopf und Kragen geredet hatte, ohne freilich ein Geständnis abzugeben. Aufgrund einer hauchdünnen Indizienkette – kaum mehr als allerlei Mutmaßungen – klagte ihn ein forschender, ehrgeiziger Staatsanwalt an. Dem Schwurgericht unter Vorsitz eines ebenfalls jungen, karrierebewußten Richters, der laut Hannover »das juristische Handwerkszeug souverän beherrscht, die Akten kennt und seine Bereitschaft zu schneidigen Urteilen mit verbindlichen Umgangsformen zu verblenden weiß«, genügten die schwachen Indizien. Der Angeklagte wurde verurteilt, und nur einem ebenso dummen wie glücklichen Fehler bei der Besetzung der Schöffenbank war die Aufhebung des Urteils zu verdanken. Der junge Ankläger von damals ist heute übrigens Generalstaatsanwalt, der erwähnte Richter Landgerichtspräsident. In der neuen Verhandlung brach die Anklage zusammen. Das Verfahren endete

mit einem glatten Freispruch – eine Sternstunde im Verteidigerleben.

Nicht alle Prozeßberichte enden so glücklich. Auch Niederlagen und Enttäuschungen prägen das Verteidigerdasein. Das sind weniger die Fälle, in denen der Anwalt tauben Ohren predigt, was im politischen Prozeß ja die Regel ist, sondern die, in denen der Mandant falsches Spiel mit ihm treibt. Das ist an sich schon schmerzlich, da den guten Verteidiger neben der intellektuellen auch die gefühlsmäßige Beteiligung auszeichnet. »Aus der Einfühlung in die Seele des Angeklagten«, schrieb der große Max Alsberg, »aus dieser spezifischen Verbundenheit mit einem bedrohten, vielleicht versinkenden Schicksal entsteht im Verteidiger jene tragische Grundstimmung, die ihn den Ablauf des forensischen Geschehens als ein Drama sehen läßt« (a. a. O. S. 20). Noch enttäuschender wird eine solche Niederlage, wenn der Verteidiger sich obendrein in besonderem Maße für das politische Anliegen des Mandanten engagiert hat.

Der fünfte Fall der Darstellung berichtet von einem Kriegsdienstverweigerer im Dritten Reich, dessen Wiedergutmachungsansprüche für erlittene Freiheitsentziehung das Hanseatische Oberlandesgericht in Bremen für berechtigt hielt. Der Bundesgerichtshof hob jedoch das Urteil auf und sprach ihm jede Wiedergutmachung ab. Das Skandalurteil rief weltweit Empörung hervor. Neue Aktenfunde belegten dann jedoch, daß der angebliche Kriegsdienstverweigerer unwahre Angaben gemacht hatte. Hannover legte das Mandat, für das er sich so engagiert hatte, nieder. So sehen wohl die schwärzesten Stunden im Verteidigerleben aus, und gerade zwei seiner prominentesten Fälle, für die Hannover sich jahrelang forensisch und publizistisch engagiert hatte, verliefen ähnlich. Davon werden wir jedoch im demnächst erscheinenden zweiten Band der Erinnerungen des unbequemen Anwalts erfahren.

Ingo Müller

Hauke Brunkhorst und Peter Niesen (Hrsg.), Das Recht der Republik. Ingeborg Maus zum 60. Geburtstag, Frankfurt/Main (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft stw 1392) 1999, 403 S., kartoniert, DM 27,80

Den vielfältigen Interessengebieten Ingeborg Maus' beiderseits der Grenze zwischen poli-

tischer und Rechtstheorie entsprechend, haben die Herausgeber Hauke Brunkhorst und Peter Niesen eine Reihe namhafter Autoren aus den genannten und aus angrenzenden Bereichen für diesen Sammelband gewinnen können, und zwar neben den noch genauer vorzustellenden Aufsätzen solche von Axel Honneth, Micha Brumlik, Rainer Forst, Ilse Staff, Reinhard Brandt, Hans-Jürgen Puhle, Gunther Teubner und Jürgen Habermas. Die insgesamt sechzehn Texte wurden in drei Gruppen aufgeteilt: I. »Bürgerrechte und Volkssouveränität«, II. »Recht, Justiz, Verfassung« und III. »Die Zukunft der Demokratie«.

Für die Leser dieser Zeitschrift dürfte die zweite Gruppe die interessanteste sein. Besonders spannend und aktuell ist der Aufsatz des jungen Pittsburger Juristen und Politologen William E. Scheuerman über die *Law and Economics*-Bewegung in der amerikanischen Rechtstheorie, die anhand ihres profiliertesten Vertreters Richard Posner vorgestellt wird. Kurz gesagt, postuliert *Law and Economics*, daß marktwirtschaftliche Grundforderungen wie Wohlstandsmaximierung und ökonomische Effizienz auch der Rechtsprechung zugrunde liegen müßten. Angeblich gebe es ohnehin schon eine Harmonie zwischen Ökonomie und Rechtsprechung und sei diese Forderung im Grund unumstritten (214). Posner feiert es als Vorteil, daß zur praktischen Umsetzung seiner Ideen kaum Änderungen der bestehenden Gesetzestexte notwendig seien, weil diese heutzutage auf Grund der Komplexität der zu regelnden Materien weitgehend mehrdeutig und unbestimmt seien (227). Der Entscheidungsspielraum der Richter wird nach Posners Wünschen wieder vergrößert, eine neue Form des Antilegalismus greift so raum. Obwohl *Law and Economics* sich für politisch neutral erklärt, gibt es für Scheuerman keinen Zweifel, welche ideologische Funktion sie erfüllen soll: »Posner verspricht juristischen Praktikern ein Rezept für gemäßigte Reformen mit den vorgeblichen wissenschaftlichen Wahrheiten der ökonomischen Theorie. In Wirklichkeit liefert er eine Blaupause für eine radikale Revision des amerikanischen Rechtssystems vermittelt einer Reihe methodischer Instrumente, die nichts anderes sind als ein dünner Schleier über seinen eigenen marktliberal-konservativen Präferenzen« (212). Daß unter den Prämissen von *Law and Economics* der Schutz der ökonomisch

Schlechtergestellten durch die Gesetze zunehmend ausgehöhlt wird, erscheint nur logisch. Insgesamt erwartet Scheuerman »nichts Gutes für die Zukunft der Rechtsstaatlichkeit in den Vereinigten Staaten« (231). Anknüpfend an Scheuerman könnte man die Frage stellen, wie lange es wohl noch dauern mag, bis eine ähnliche rechtstheoretische und letztlich auch rechtspraktische Bewegung in der deutschen Diskussion mehrheitsfähig werden könnte. Angesichts der Dominanz von Begriffen wie Weltgesellschaft, Globalisierung, Konkurrenzfähigkeit des Standortes Deutschland, Informationsgesellschaft etc., die zunehmend resigniert-kritiklos aus den ökonomischen in die sozialwissenschaftlichen und philosophischen Diskurse übernommen werden, obwohl ihre tatsächliche Aussagefähigkeit noch immer nicht feststeht und sie noch immer nicht eindeutig definiert sind, erscheint es nur noch als eine Frage der Zeit, bis sie auch die Rechtswissenschaft beherrschen werden.

»Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik« wählte sich Erhard Denninger zum Thema seines Aufsatzes. Daß dieser Themenkomplex ein wirklicher »Dauerbrenner« in der Diskussion ist, wird durch Denningers Absicht, über Sinn und Funktion des Bundesverfassungsgerichts »einmal wieder nachzudenken« (288), deutlich. Der verfassungsrechtlich springende Punkt der Kritik am Bundesverfassungsgericht ist die Frage, inwiefern die dritte Gewalt durch es die Trennlinie zur Legislative und damit zur Volkssouveränität überschreitet. Ingeborg Maus hat wiederholt scharfe Kritik am höchsten deutschen Gericht geübt, besonders an dessen Tendenz, »im Zeichen justizstaatlicher Entwicklung alles bestehende Recht gegen jeden Änderungsdruck von unten [zu verfestigen], aber zum Zwecke innovativen Gebrauchs durch die Staatsapparate interpretativ [zu dynamisieren].«¹ Denninger teilt diese Kritik weitgehend, wenn auch nicht völlig. Als ein Beispiel gefährlicher Ausreizung des gegebenen Spielraums, wenn nicht dessen Übertretung, führt er das Urteil zum Schwangeren- und Familienhilfegesetz und insbesondere die damit verbundene Vollstreckungsan-

¹ Ingeborg Maus: Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant. Frankfurt/Main 1992, Kap. 12, hier S. 235. Vgl. auch dies.: Die aktuelle Verfassungsdiskussion und der Verfassungstypus der Volkssouveränität, in: Rainer Schmalz-Bruns (Hg.): Demokratie, Verfassung, Nation. Die politische Integration moderner Gesellschaften, Baden-Baden 1994, S. 139–150, bes. S. 142, 149–150.

ordnung gemäß § 35 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht an (292). Wie brisant gerade dieses Instrument der Vollstreckungsanordnung ist, zeigte sich gerade wieder vor wenigen Monaten an dem Beschluß zum Familienlastenausgleich,² der nicht nur die laufende Rechtsprechung zur Steuerfreiheit des Existenzminimums fortschreibt, sondern detailliert festlegt, wie zu verfahren ist, wenn der Gesetzgeber nicht bis zum 31. Dezember 1999 neue, verfassungskonforme Regeln verabschiedet.³ So bedauerlich es ist, daß das Parlament einer seit Jahren schon bestehenden früheren Aufforderung des Bundesverfassungsgerichts, auf diesem Gebiet für Ordnung zu sorgen, nicht nachgekommen ist, und dies aus offensichtlichen, finanzpolitischen Gründen, so bleibt dennoch die Vollstreckungsanordnung ein im Sinne der Gewaltentrennung fragwürdiges und gefährliches Instrument. Leider geht Denninger in seinem Aufsatz hierauf so gut wie nicht ein, sondern beleuchtet den Konflikt zwischen Politik und Justiz im Verfassungsgericht hauptsächlich in historischer Perspektive und bietet hierbei wenig Neues. Seiner Ermahnung des Gerichts, daß auch »bei den »Hütern der Verfassung« [...] auf lange Sicht das Bewußtsein lebendig bleiben [muß], daß sie mit fehlbarem Erkenntnisvermögen fehlbares Recht an vermutlich etwas weniger fehlbarem Recht zu messen haben« (304), wird man aber auf jeden Fall zustimmen müssen.

Aus einem erheblich anderen Blickwinkel nähert sich naturgemäß der ehemalige Bundesverfassungsrichter Dieter Grimm dem Grundgesetz. Er fragt in »Verfassungspatriotismus nach der Wiedervereinigung« nach dessen Bedeutung für die Integration der deutschen Gesellschaft und vertritt die These, daß diese nach der Vereinigung der beiden ehemaligen Teilstaaten eher ab- denn zugenommen habe. Vor 1989/90 habe die Teilung verhindert, daß aus dem westdeutschen Staat eine kollektive Identität gewachsen sei. Statt dessen habe sich ein »Verfassungspatriotismus« etabliert (307). Inzwischen aber habe dieser mit dem Erreichen der nationalen Einheit deutlich nachgelassen. Gerade die schwach ausgefallene und nur wenig in der Öffentlichkeit diskutierte Grundgesetzreform der frühen neunziger Jahre habe dazu geführt, daß die ostdeutsche Bevölkerung kaum eine starke Bindung an das Grundge-

setz entwickeln konnte. Außerdem habe nach Grimms Ansicht die zunehmende wirtschaftliche Unsicherheit in ganz Deutschland dazu geführt, daß Grundrechte und ihre Verteidigung vielen Menschen relativ gesehen nicht mehr so viel bedeuteten wie früher (311). Viele von Grimms Thesen sind sicher richtig; auch sein Hinweis darauf, daß früher jeder Politiker, der kaum verlohnen zum Widerstand gegen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aufgerufen hätte, einen Sturm der Entrüstung provoziert hätte (309) – man denke nur an die Demonstrationen gegen die Entscheidung im Kreuzifix-Streit. Grimm verliert aber kein Wort darüber, daß das Bundesverfassungsgericht z. B. gerade in diesem Verfahren mit der Veröffentlichung eines Leitsatzes, der wegen seiner Mißverständlichkeit korrigiert werden mußte, äußerst unglücklich agierte. Die Frage des Verhältnisses von Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, die Grimms Selbstverständnis als Verfassungsrichter direkt berühren würde, erörtert er gar nicht. Aber vielleicht hat die nachlassende Akzeptanz von Urteilen des Gerichts, die er bemängelt, und die fast automatisch auch die Akzeptanz des Grundgesetzes selbst beschädigt, auch etwas damit zu tun, daß der Grundrechtsschutz eben gar nicht so einfach zu gewährleisten ist, wie es nach Grimms Darstellung den Anschein haben könnte. In den wirklich kontroversen Entscheidungen der letzten Jahre ging es doch meistens nicht um den Schutz der Grundgesetzartikel gegen Übergriffe durch einfache Gesetze, sondern um die Abwägung verschiedener Grundrechte gegeneinander – ganz besonders drastisch im zweiten Urteil zum § 218, wozu Grimm ebenfalls nichts sagt.

Die übertriebene Herausstellung des Bundesverfassungsgerichts, die Substantialisierung und Apotheose mancher Ecksteine des Grundgesetzes sowie ihre immer stärkere Verfestigung gegen Änderungen bewirken, in den Worten von Ingeborg Maus, einen Trend von der Volkssouveränität zur »Verfassungssouveränität«.⁴ Wenn einmal das Volk in einem einmaligen, meist auch nur symbolisch verstandenen, Akt sich eine Verfassung gegeben hat, ist seine Souveränität verbraucht und geht auf »vorgegebene [...] Verfassungsinhalte« über, die durch das »Verfassungsgericht und

² NJW 8/99, S. 157 ff.
³ Ebd. 561.

⁴ Vgl. u. a. Ingeborg Maus: Sinn und Bedeutung von Volkssouveränität in der modernen Gesellschaft, in: Kritische Justiz 24 (1991), S. 137–150, bes. S. 140.

die Instanzgerichte qua expertokratischer Kompetenz gegenüber alternativen gesellschaftlichen Interpretationsbemühungen stets «das letzte Wort behalten».⁵ Diesen Trend möchte Ingeborg Maus wieder umkehren, und Heidrun Abromeits Beitrag will dazu Hilfestellung leisten, indem sie einerseits mit Maus die These von der angeblichen Antiquiertheit des Begriffs der Volkssouveränität zurückweist (17–18) und dann in einem zweiten Schritt versucht, ihn für heutige hochkomplexe Gesellschaften anwendbar zu machen. Hier könne nämlich eigentlich nicht mehr von einer Souveränität des einen, ungeteilten Volks die Rede sein, sondern angesichts der zunehmenden »Parzellierung moderner Gesellschaften« (Maus) nur noch von »multiplen demoi« (23). Von dieser Analyse ausgehend, versucht Abromeit mutig, Vorschläge zu entwickeln, wie man das modernisierte Volkssouveränitätskonzept vor dem Hintergrund der Legitimitätsprobleme in der EU praktisch umsetzen könnte. Eine weitere Parlamentarisierung könne dabei eher delegitimierende Wirkung haben, so Abromeit, weil der Repräsentativcharakter des Parlaments nahezu zwangsläufig »Gesetzespakete« erzeuge, in denen völlig unterschiedliche Materien zusammengezwungen würden, um in entsprechenden Verhandlungen überhaupt Mehrheiten erzielen zu können. Das zentrale Parlament solle eher Kompetenzverteiler sein, während sich die multiplen, sektoralen demoi auf dieser Grundlage eigene Normen geben könnten (29/30). Da diese natürlich auch Auswirkungen auf die jeweils anderen demoi haben würden, müßten diesen weitgehende Vetorechte eingeräumt werden (34). Der ungeteilte Souverän träte also hauptsächlich als »reaktiver« in Erscheinung (35). Letztlich können Abromeits Prinzipien- und Verfahrensvorschläge nicht restlos überzeugen. So plausibel der Gedanke einer Kompetenzkompetenz beim zentralen Parlament sein mag, so unerfreulich wären die weiteren Konsequenzen: Die bestehenden Interessenszersplitterungen zwischen den sektoralen demoi würden durch dezentrale Gesetzgebung nur verdoppelt, während die horizontale Machtverteilung zwischen ihnen kaum befriedigend zu lösen sein dürfte. Wahrscheinlich würden sie sich durch ihre Vetos gegenseitig lahmlegen. Die Frage der politischen Umsetzung von Volkssouveränität bleibt nicht ausreichend beantwortet.

5 Ebd

Leider ist Abromeits Text einer der ganz wenigen, die sich aktiv mit Positionen von Ingeborg Maus auseinandersetzen. Natürlich berühren alle sechzehn Texte in irgendeiner Form Maus' Interessengebiete, und viele zitieren auch zumindest kurz ihre Schriften, aber eine argumentative Auseinandersetzung mit Maus' Thesen findet im ganzen Band so gut wie nicht statt. Sicherlich möchte man in einer Festschrift keine zu scharfe Kritik an derjenigen üben, der sie gewidmet ist. Aber gerade das Werk von Ingeborg Maus lädt zu kontroversen Diskussionen ein, fordert sie geradezu. Auch die Herausgeber versäumen es in ihrer Einführung, die verschiedenen Beiträge in bezug zu Maus' Positionen zu setzen. Vielleicht resultiert hieraus auch, daß der Strauß aus den verschiedenen Beiträgen gelegentlich etwas zu bunt wird und man den roten Faden, der die Texte ordnet, suchen muß.

Insgesamt aber bietet der Sammelband einen hervorragenden Überblick über die verschiedenen Felder der aktuellen rechts- und demokratietheoretischen Diskurse. Es ist für den an Theorie Interessierten ein großer Gewinn, ihn zu lesen.

Matthias Stoffregen

Wolf-Dieter Mechler, *Kriegsalltag an der »Heimatfront«. Das Sondergericht Hannover im Einsatz gegen »Rundfunkverbrecher«, »Schwarzschlachter«, »Volksschadlinge« und andere »Straftäter« 1939 bis 1945, Hannover (Hannoversche Studien, Schriftenreihe des Stadtarchivs Hannover, Band 4) 1997, 296 S., DM 24,80*

Diese wichtige Dissertation beruht auf der Auswertung der erst seit 1983 nach langer Verzögerungstaktik der Staatsanwaltschaft beim Landgericht Hannover zugänglichen Akten des Sondergerichts Hannover. Die Staatsanwaltschaft suchte unter Hinweis auf den »Fall Filbinger« eine weitere »Diskriminierung« von Justizgehilfen des NS-Staates zu verhindern. Trotz einschränkender Benutzungsregeln konnte für die Dissertation der gesamte einschlägige Bestand benutzt werden.

Mechler hat es verstanden, die Untersuchung zu einer herausragenden Ergänzung der bisherigen Sondergerichtsforschung zu machen, die weit über den Rahmen einer Urteilssamm-

lung hinausgeht. Die Darstellung der Entwicklung des NS-Justizinstrumentes Sondergerichtsbarkeit vom Organ für die Verfolgung der sog. »Heimtücke« aufgrund der »Verordnung des Reichspräsidenten zur Abwehr heimtückischer Angriffe gegen die Regierung der nationalen Erhebung« vom 21. März 1933 zum Verfolgungsinstrument regimiekritischer und kriegsstörender Erscheinungen innerhalb der Kriegsgesellschaft erfasst in überzeugender Weise die Rolle dieser Sonderjustiz als Wachhund im Alltagsleben der Deutschen. Ihre Urteile wurden für die Durchhaltepropaganda benutzt. Sie suchte die Volksgenossen an die ihnen zugeordnete Rolle als Atome der vom Führer inspirierten Volksgemeinschaft zu gewöhnen.

Zwar erhebt der Autor nicht den Anspruch, einen rechtstheoretischen Ansatz zu verfolgen, aber die Auswertung und Interpretation der über 1500 Ermittlungs- und Prozessakten des im März 1933 etablierten Gerichts, das im Verlauf des Krieges ca. 3000 Verfahren abgewickelt hat, liefern wesentliche Bausteine für eine realitätsnahe Rechtslehre des Nationalsozialismus. Sie bestätigen die Praxis der Sondergerichtsbarkeit und finden ihre Entsprechung in den Urteilen des Volksgerichtshofes und der Wehrmachtjustiz, die allesamt von einer »völkischen« Rechtsauffassung ausgingen und daher strafrechtliche Schuld insbesondere in der »Gemeinschaftsschädlichkeit« aufspürten. Jede Straftat schwächte nach dieser Auffassung die »Front der Gemeinschaft«.

Nur so lassen sich die von rechtsstaatlichem Rechtsdenken weit entfernten Urteile auch dieses Sondergerichts klären, nicht nur die 210 im Krieg gefällten Todesurteile, von denen 170 vollstreckt worden sind. Für 1945 rechnete Mechler die Quote der Todesurteile auf 12% hoch. Der Vergleich mit den Zahlen anderer Sondergerichte zeigt, dass unterschiedliche Schwankungsbreiten konstatiert werden müssen. Der größte Anteil an den Todesurteilen in Hannover entfiel auf die Anwendung der Volksschadlingsverordnung (99), gefolgt von der GewaltverbrecherVO. Über die konforme »Rechtsprechung« des SG Hannover sagt die Tatsache etwas aus, dass vom Reichsjustizminister 24 Todesurteile in Freiheitsstrafen umgewandelt worden sind.

Wie bei anderen Untersuchungen über das Wirken von Sondergerichten liegt auch in der vorliegenden Arbeit der Erkenntnisge-

winn dort, wo der Alltag der Kriegsgesellschaft transparent wird. Richter, Staatsanwalt und »Volksgenosse« stehen sich gegenüber. Kleinkriminalität, »falsches Denken« werden todeswürdig, wo der Wille des »Führers« durchgesetzt wird. Nicht Gesetzespositivismus war am Werk, sondern Unrechtsgestaltung, in Hannover wie in Berlin, Freiburg usw.

Manfred Messerschmidt

Michael P. Hensle, Die Todesurteile des Sondergerichts Freiburg 1940–1945. Eine Untersuchung unter dem Gesichtspunkt von Verfolgung und Widerstand, München (Belleville Verlag) 1996, 192 S., DM 34,-

Mehr als 11000 Todesurteile sind von den Sondergerichten des NS-Staates verhängt worden. Ihre Richter, durchweg Juristen, die vor 1933 ihre Ausbildung absolviert hatten, sorgten während des Krieges mit einer konsequenten Anwendung der Volksschadlingsverordnung, der Kriegssonderstrafrechtsverordnung u. a. dafür, dass die in diesen NS-Vorschriften vorgesehenen Todesstrafen nicht leere Drohungen blieben. Diese Richter waren in der großen Mehrheit Mitglieder der NSDAP. Seit 1937 wurden sie vom zuständigen OLG-Präsidenten berufen, zu vorsitzenden und stellvertretenden Landgerichtsdirektoren. Die Grundsätze des neuen »Rechtsdenkens« waren ihnen geläufig. Gegen ihre Urteile gab es wie bei denen der Wehrmachtjustiz kein Rechtsmittel und ebensowenig die Garantie des »gesetzlichen Richters« im Prozess. Staatssekretär Freisler stimmte kurz nach Kriegsbeginn, im Oktober 1939, die Herren ein: »Die Sondergerichte müssen immer daran denken, dass sie gewissermaßen eine Panzertruppe der Rechtspflege sind. Sie müssen ebenso schnell sein wie die Panzertruppe, sie sind mit ebenso großer Kampfkraft ausgestattet«.

Mit der Aufarbeitung der Urteilspraxis dieser Gerichte lässt sich flächendeckend der Gerichtsterror des NS-Regimes erfassen. Ihre Gesamtzahl stieg nach 1942 auf 92 im Reich und den annektierten Gebieten an. Einen wichtigen Baustein liefert die Untersuchung Michael Hensles. Das Sondergericht Freiburg, zuständig für die Landgerichtsbezirke Freiburg, Waldshut, Konstanz und Offenburg, ist am 1. November 1941 errichtet wor-

den. In den im Staatsarchiv Freiburg nicht vollständig archivierten Akten der Staatsanwaltschaft Freiburg ermittelte Hensle eine Gesamtzahl von über 1000 Verfahren gegen 988 Personen, nahezu 50% der Verfahren befassten sich mit »Verbrechen« i. S. der bei Kriegsbeginn erlassenen Verordnungen. In 27 Verfahren ergingen 29 Todesurteile. Damit wurde eine Größenordnung wie etwa bei den Sondergerichten Kiel und Saarbrücken erreicht: ca. 3–4% der Verfahren.

In zwei Fällen sah sich selbst Reichsjustizminister Thierack veranlasst, die Todesurteile in zeitige Zuchthausstrafen umzuwandeln, so das Urteil gegen einen sog. »Postmarder«, einen 23jährigen Postarbeiter, der etwa 20 Päckchen »erleichtert« hatte, darunter Feldpostpäckchen. So etwas konnte nach Auffassung des Freiburger Sondergerichts »zur Unterhöhnung des Widerstandswillens nicht unwesentlich beitragen«. Die Dolchstoßlegende wurde wiederbelebt. Wie bei der Militärjustiz spielte der Abschreckungsgedanke eine große Rolle und vor allem der spezielle Grundsatz der Ausmerzung »Minderwertiger«. Der Landgerichtspräsident von Frankenberg begründete das Todesurteil gegen eine Postzustellerin wegen Unterschlagung von 776 RM mit der aus anderen Verfahren

bekanntem Formel: »Sie ist eine für die Volksgemeinschaft minderwertige Persönlichkeit«. In vielen Urteilen gegen Ausländer spielten rassistische Vorurteile eine Rolle.

Nur ein Todesurteil wurde wegen eines Tötungsdelikts verhängt. Über zwei Drittel der Todeskandidaten waren nicht vorbestraft, insbesondere nicht die »Bahn- und Postmarder«, die als »Volksschädlinge« der NS-Gerechtigkeit zum Opfer fielen.

Insgesamt bestätigten die Ergebnisse Hensles die Funktion der Sondergerichte als Stabilisatoren des NS-Regimes. Damit ist die Frage gestellt, ob die Opfer dieser Justiz in den Zusammenhang mit der Diskussion um Widerstand und Resistenz gebracht werden können. Hensle gibt zu bedenken: Erst die Verfolgung durch das NS-Regime habe die Handlungsweise der Verurteilten in Widerstandsakte »verwandelt«, zwar nicht gegen den Nationalsozialismus generell, sondern gegen einzelne seiner Maßnahmen – aber hier bleibt der Autor unentschieden. Es gibt in der Öffentlichkeit keinen Konsens in der Frage. Es sei nur erinnert an die jahrelange Diskussion über die Notwendigkeit der Rehabilitierung der Opfer der Militärjustiz.

Manfred Messerschmidt

Hein R. Mecker

Raben und Roben

Rechtzugkräftige Limericks und linke Versfüße
Mit Zeichnungen von Caro Maas

Aus den kleinen Dramen im Unsinn des Lebens, die der Streitgegenstand von Gerichtsprozessen sind, lassen sich dicke Romane oder Theaterstücke mit fünf Akten machen, aber auch knappe, streng geformte Fünfzeiler mit der heimtückischen Sprachmelodie eines Wiener Walzers. Fast ausschließlich solche Limericks enthält die Sammlung. Ein ideales Geschenk!

1999, 72 S., engl. broch., 18,80 DM, 137,- öS, 18,- sFr;

ISBN 3-7890-6188-3

(JURART – Recht und Kunst)



NOMOS Verlagsgesellschaft
76520 Baden-Baden