Bei dieser einschränkenden Ausgestaltung des § 130 StGB kam es dem Gesetzgeber entschieden darauf an, ausschließlich eine Schranke aufzurichten gegen friedensstörende Bestrebungen, die bestimmten Menschen das Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeiten in der staatlichen Gemeinschaft bestreiten und sie als unterwertige Wesen behandelt sehen wollen.[12]) In diesem Sinne muß es sich bei § 130 StGB also um eine Tat handeln, die deshalb unmenschlich ist, weil sie das Menschentum der Angegriffenen bestreitet oder relativiert.[13]) Das Gesetz stellte gleichzeitig sicher, daß nur bestimmte, gesteigerte Formen des Angriffs gegen die Menschenwürde strafbar sind, und zwar ausschließlich die in den Nr. 1–3 näher beschriebenen Handlungsformen wie gemeinschaftszerstörende, kollektive Beschimpfungen und Verleumdungen und das mutwillige Hervorrufen von Haßgefühlen sowie Gewalt- und Willkürakten gegenüber Gliedern der Gemeinschaft. Bei sämtlichen in den Nr. 1–3 abschließend angeführten Begehungsweisen werden die Betroffenen im unverzichtbaren Kernbereich ihrer Persönlichkeit verletzt.[14]) Im Tatbestand des § 130 StGB ist demnach in klarer Weise herausgearbeitet worden, daß von ihm nur sehr schwerwiegende, den öffentlichen Frieden gefährdende Fälle böswilliger Hetze und ganz besonders verletzender Mißachtungskundgaben erfaßt werden, während insbesondere bloße Ehrverletzungen, nur unwürdige Behandlungen oder Eingriffe in persönliche Rechte nicht ausreichen.[15]) Erst wenn § 130 StGB ausschließlich diese gesteigerten Angriffsformen gegen Teile der Bevölkerung umfaßt, weist die Tat den beträchtlichen Unrechtsgehalt auf, der die Höhe der angedrohten – gegenüber der alten Fassung deutlich erhöhten – Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren verständlich macht.

Aus alledem ergibt sich, daß der Tatbestand des § 130 StGB gerade nicht weit – wie LOHSE meint –, sondern eng auszulegen ist. Für die Begehungsweise der Nr. 1 bedeutet dies konkret, daß der Täter über eine bloße Mißachtung und Ablehnung von Teilen der Bevölkerung hinaus in eindringlicher Form Feindschaft gegen diese „schüren" muß.[16]) Hierzu genügt vor allem nicht, daß aufgrund eigener Mißachtungskundgabe möglicherweise auch anderen Anlaß zu Haßempfindungen gegeben wird, sondern allein die auf Erzeugung von Haßgefühlen anderer *angelegte* Einwirkung des Täters ist ein „Aufstacheln zum Haß" und damit eine Handlung, die den gesteigerten Unrechtsgehalt des § 130 StGB aufweist.

Und gerade das ist in Fällen, in denen Wirte aus Angst vor Ausschreitungen bestimmten Gruppen – wie z. B. Gastarbeitern – einfach das Betreten ihrer Lokale untersagen, nicht der Fall. Zwar wird ein solch bedauerliches Verhalten manchem ein Anlaß für negative Vorurteile gegenüber ausländischen Arbeitnehmern sein oder neue Nahrung für bereits bestehende Vorurteile geben. Jedoch ein auf die Gefühle anderer „*gemünzte*"[17]) Form des Anreizens zum Haß liegt in diesen Fällen in der Regel nicht vor, sondern eine – allerdings erhebliche – Diskriminierung, die jedoch allein als solche nicht genügt, die genauen objektiven Voraussetzungen des § 130 Satz 1 Nr. 1 StGB zu erfüllen.

Für eine weite Auslegung des § 130 Satz 1 Nr. 1 StGB können auch nicht – wie LOHSE annimmt[18]) – die vom *BGH* entschiedenen Fälle von Hetze gegen Juden[19]) herangezogen werden. Hier war ein in der Bevölkerung vermutetes antisemitisches Gefühls- und Stimmungsreservoir eindeutig provozierend angesprochen worden, um in der Öffentlichkeit starke Gefühlsreaktionen von Abneigung und Haß auszulösen. Es sollten jüdische Mitbürger allgemein als unterwertige Menschen gekennzeichnet werden, deren ungeschmälertes Lebensrecht als Bürger in unserer staatlichen Gemeinschaft zu bestreiten sei. Gerade vor dem geschichtlichen Hintergrund der nationalsozialistischen Judenverfolgung und der Ermordung von 6 Millionen Juden handelte es sich in diesen Fällen – der Absicht der Täter entsprechend – um *mehr* als um eine bloße Mißachtung oder Ablehnung des jüdischen Bevölkerungsteils.[20]) Es lagen vielmehr ganz massive Angriffe auf die Menschenwürde eines Volksteiles vor, der gerade zum Gegenstand von Haß und Abneigung Dritter gemacht werden sollte. Insofern kann hier von einer weiten Auslegung des § 130 StGB nicht die Rede sein. Nach dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der ganzen Vorschrift wird man deshalb darauf achten müssen, daß Volksverhetzung im Sinne von § 130 StGB und Diskriminierung einzelner Bevölkerungsteile nicht unbedingt und ohne weiteres gleichzusetzen sind, – auch wenn beide meist in einem engen Zusammenhang zu sehen sind.

Leider wird es immer wieder eine Reihe von Leuten geben, die aus Intoleranz, Arroganz oder Dummheit bestimmte Bevölkerungsteile wie eben die Gastarbeiter oder aber Studenten, die Polizei, die Farbigen, die Vertriebenen usw. in einer Weise diskriminieren oder diffamieren, die nicht oder noch nicht die Schranke des § 130 StGB überschreitet. Derartigen Erscheinungen und Auswüchsen zu begegnen, kann in einer Anzahl von Fällen auch Aufgabe von Strafvorschriften sein, die etwa dem Schutz der Ehre oder anderer Rechtsgüter dienen. In erster Linie jedoch wird die Aufgabe, Respekt und Verständnis für einen Bevölkerungsteil hervorrufen, dem man selbst nicht angehört, durch Erziehung, Aufklärung, eigenes Vorbild und ähnliche Mittel geleistet werden müssen. Denn unter allen Mitteln, der Intoleranz zu begegnen und ein größeres Maß an Toleranz zu erzielen, ist das Mittel des Strafrechts gewiß das denkbar schlechteste.

Akadem. Rat DR. WILHELM RÖMER, Heidelberg

12) Bericht des Rechtsausschusses aaO; Bundesrat-Sitzung v. 10. 6. 60, aaO.
13) Bericht des Rechtsausschusses aaO.
14) Vgl. Bericht des Rechtsausschusses aaO; SCHAFHEUTLE aaO; DREHER, 3 B zu § 130; MEZGER-BLEI, S. 306.
15) U. a. DREHER 3 B zu § 130; MEZGER-BLEI S. 306.
16) SCHAFHEUTLE aaO S. 473; *BGHSt* 21, 371 ff., 372 = NJW 68, 309.
17) DREHER 3 A a zu § 130.
18) aaO S. 1247.
19) *BGHSt* 21, 371 = NJW 68, 309; *BGHSt* 19, 37, 43 = NJW 63, 1835 [1837]; *BGHSt* 16, 49 = NJW 61, 1364; vgl. auch *BGHSt* 17, 28 = NJW 62, 500.
20) So ausdrücklich *BGHSt* 21, 372 = NJW 68, 309.

Buchbesprechungen

Allgemeine Geschäftsbedingungen. Von DR. JOACHIM SCHMIDT-SALZER. (NJW-Schriftenreihe H. 11) – *München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung* 1971. XIV, 175 S. Kart. DM 11.– (f. Bezieher der NJW DM 9.80).

Der durch einschlägige Veröffentlichungen bekannte Autor beginnt seine klar und übersichtlich geschriebene Arbeit mit der Bestimmung des Rechtsbegriffs der AGB, zu denen er alle vorgedruckten Vertragsklauseln ohne Rücksicht auf ihren Umfang rechnet (S. 9). Die AGB werden anschließend als „funktionell individualisierungs- und konkretisierungsbedürftige Vertragsklauseln" qualifiziert und damit deutlich von den Rechtsnormen abgesetzt. Dies will nicht recht überzeugen, da auch Gesetzen die für maßgebend erachtete Individualisierungs- und Konkretisierungsfähigkeit zukommt und überdies zweifelhaft ist, ob man mit der strengen Alternative Rechtsnorm-Rechtsgeschäft dem hybriden Gebilde der AGB überhaupt gerecht werden kann. Im Grunde scheint diese Frage freilich reichlich platonisch, da sich die auftauchenden Einzelprobleme auf Grund von Wertungen und nicht durch Subsumtion unter derartige Systembegriffe lösen.

Die folgenden Ausführungen des Verf. verdienen ungeteilten Beifall. Bemerkenswert ist die These, daß die AGB nur dann Vertragsinhalt werden, wenn der Unternehmer „klar und deutlich" auf sie verwiesen hat, was bei einem Aushang im Geschäftslokal nur ausnahmsweise anzunehmen ist (S. 27); auch könne die notwendige Einbeziehungserklärung des Kunden nicht schon aus der Branchenüblichkeit der Verwendung von AGB geschlossen werden (S. 29). Im Anschluß daran werden die Auslegungsgrund-

sätze behandelt; die von der h. M. bejahte objektive Interpretation finde ihre Grenze an den im Einzelfall getroffenen Zusatzabreden, was zu der interessanten Figur der individualvertragskonformen Auslegung" führt (S. 77). Die Erörterung der inhaltlichen Schranken der AGB bietet eine enorme Materialfülle und zahlreiche wohl überlegte Lösungsvorschläge. In einigen wichtigen Fragen geht der Verf. über die Rspr. hinaus, so wenn er – mit guten Gründen – die formularmäßige Vereinbarung einer Tätigkeitsvergütung für Makler ablehnt (S. 129) oder das in Ziff. 19 der AGB der Banken vorgesehene Pfandrecht auf die Sicherung von Forderungen beschränkt, die aus der betr. Geschäftsverbindung stammen (S. 140). Am Kundenschutz orientiert ist auch die beifallswerte Auffassung, Gerichtsstandsvereinbarungen und Beweislastregelungen könnten in AGB nicht getroffen werden (S. 164 f.). Leider läßt der Verf. in sämtlichen Fällen eine allzu bequeme Hintertür: Dem Unternehmer stehe es frei, dieselbe Klausel individuell auszuhandeln, ohne dabei den Sonderregeln über AGB zu unterliegen. In der Praxis läuft dies auf die Ersetzung einer gedruckten durch eine hand- oder maschinenschriftliche Abmachung hinaus, da der Kunde, der eine Großbank im Wege „individuellen Aushandelns" zu einer Restriktion der Ziff. 19 veranlassen kann, doch wohl eher in ein Raritätenkabinett gehört. Hier rächt sich die schon eingangs der Arbeit (S. 7) gemachte Annahme, die Sondernormen für AGB schützten nur die rechtsgeschäftliche Verantwortungsfähigkeit des Kunden und seien kein Korrektiv einseitiger Machtverhältnisse.

Diese Kritik kann und soll jedoch den Wert der Arbeit in keiner Weise schmälern – sie ist nicht nur für den theoretisch Interessierten ein Gewinn, sondern wird auch dem Praktiker gute Dienste erweisen.

Assessor Dr. Wolfgang Däubler, Tübingen

Zivilprozeßrecht. Ein Lehrbuch, begr. von Prof. Dr. Adolf Schönke, 8. Aufl., bearb. von Prof. Dr. Horst Schröder und Prof. W. Niese, 9. Aufl., neu bearb. v. Prof. Dr. Kurt Kuchinke. – Karlsruhe, *Verlag C. F. Müller*, 1969. XXXVI, 514 S. Ganzln. DM 44,–.

Der hier verfügbare Raum nötigt zur Beschränkung der Besprechung[1]) auf die Frage, wie der Verf. das Grundproblem aller Prozeßlehrbücher löst: daß sie sich (wie das von Rosenberg) zu einem Handbuch für die Praxis entwickeln oder sich auf die Grundbegriffe für die Anfänger beschränken müssen. Gegenüber der Fassung Schönkes in den ersten Aufl. hat sich Verf. mit Erfolg um solche Konzentration bemüht. [Das Buch behandelt das *Erkenntnis*verfahren. Vollstreckung und Konkurs sind in derselben Reihe jetzt von Baur bearbeitet, einschl. der einstw. Vfg, innerhalb deren sich freilich zunehmend ein summarisches Erkenntnisverfahren entwickelt. Die Bemerkung (S. 47 in dem hier besprochenen Buche), daß eine durch Beschluß erlassene einstw. Vfg. i. S. des § 839 Abs. 2 BGB einem Urteil gleichzuachten sei, ist m. E. nicht richtig. Das ist auch den zit. Urteilen (*BGHZ* 10, 55, 59 = NJW 53, 1298; *BGHZ* 13, 142 = NJW 54, 1283) nicht zu entnehmen.]

Das Drängen (oder Gedrängtwerden) zur Konzentration darf freilich nicht zu einer abstrakten Kürze führen, die den Anfänger die rechtspolitische und praktische Bedeutung der Grundbegriffe nur schwer erkennen läßt. Entfaltet man diese hingegen, so widerlegt sich auch der Irrtum, daß die prozessualen Grundbegriffe nicht lehrbar seien oder ihre Aneignung einfach der Praxis überlassen bleiben könne. Das kann hier nur an 2 Beispielen kurz erläutert werden.

Es scheint mir dem Verständnis nicht förderlich, wenn, freilich entsprechend einer verbreiteten Übung, für die *Parteilehre* der sog. formelle Parteibegriff in den Vordergrund gerückt wird: Partei ist, wer Rechtsschutz im eigenen Namen begehrt (S. 92). Jedenfalls wird die praktische Tragweite der in diesem Satz enthaltenen beiden Fragen ohne Darlegung ihrer Beziehung auf die Urteilsrechtskraft nicht voll verständlich: wer *ist* in concreto Partei? heißt praktisch nicht zuletzt: wer wird durch das Urteil gebunden? Ebenso ist die praktische Problematik der Frage: wer ist prozeßführungsbefugt? besonders bei der sog. gewillkürten Prozeßstandschaft, schwer einsichtig zu machen ohne Darlegung der Notwendigkeit, daß auch der Hintermann an das Urteil gebunden sein muß (was S. 95 m. E. zu kurz kommt). Wenn nun weiterhin (nicht nur in diesem Buche) die *Parteifähigkeit* nur als eine Sachprozeßvoraussetzung eingeführt wird, so wird sie praktisch nur als mögliches Hindernis qualifiziert, das überdies nur bei nicht rechtsfähigen Gebilden in Betracht kommt. Dabei kommt dann nicht ihre wesentliche positive Bedeutung als politischer Status zur Geltung, nämlich als ein (erst in langer Entwicklung erreichtes) Immediatverhältnis jeder Person zur Gerichtsbarkeit, durch das im Wege des Rechtsstreits die Rechtsgleichheit verwirklicht wird, indem jedermann jeden Gegner (auch den de facto mächtigeren oder sogar de jure übergeordneten) zur rechtlichen Begründung seines Verlangens (oder dessen Verweigerung) vor Gericht nötigen und dessen Entscheidung unterwerfen kann, und zwar heute in jeder Sache. Ohne Zulässigkeit eines Rechtsweges hätte der Begriff der Parteifähigkeit keinen Sinn, und die Parteifähigkeit ist kein bloßer Annex der Rechtsfähigkeit, sondern diese wird von jener wesentlich mitgetragen.

Ähnliches läßt sich bei vielen vermeintlich formalen oder bloß positiven Begriffen des Prozeßrechts zeigen, z. B. auch bei der *Schiedsgerichtsbarkeit*. Deren große Bedeutung und Problematik wird dem Anfänger, der zuerst fast nur vom staatlichen Gerichts- und Zwangsmonopol, der Abschaffung der Selbsthilfe etc. gehört hat, oft schon verdeckt durch seine dem Gesetz folgende Behandlung am Schlusse. Muß dem Studenten nicht etwas gesagt werden über das Verhältnis jener staatlichen Monopole zu den vielen Möglichkeiten außerstaatlichen Zwanges? Wird die Problematik, besonders des Verbandsschiedswesens und dessen Überprüfung, ausreichend deutlich durch ihre kurze einführende Kennzeichnung (S. 2) als von der staatlichen Gerichtsbarkeit „abgeleitet"? Ist andererseits die Nichtbeachtung zwingenden Rechts schon der Verletzung der öffentlichen Ordnung gleichzuachten (S. 454)? Wird all das aber behandelt, so erscheinen auch die Beschränkungen des Schiedswesens im Arbeitsrecht (und in dem unerwähnten § 91 KartellG) nicht bloß als stoffvermehrende Positiva; auch das Problem der unerläßlichen Mindestforderungen an Verfahrensgarantien oder an Neutralität des Richters (z. B. Verbandsmitglieder als Schiedsrichter?) kann hier besonders gut verdeutlicht werden.

Ich meine also, daß das Buch mit der stärkeren Konzentration auf die Grundbegriffe den richtigen Weg eingeschlagen hat, daß deren praktische und rechtspolitische Bezüge aber näher entwickelt werden sollten. (Aufs Ganze gesehen dürften heute die Lehrbücher des materiellen Rechts darin weitergekommen sein als viele Prozeßlehrbücher). Andernfalls wird die Abwertung des Prozeßrechts als formaltechnischer, durch bloße Routine erlernbarer Materie fortschreiten, und die Studenten werden das Vermißte in einer – unsachgemäß von der Jurisprudenz abgetrennten – Politologie oder Soziologie suchen.

Professor Dr. Karl Michaelis, Göttingen

Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen. Von Prof. Dr. Volker Emmerich (HabilSchr. Münster 1968/69). (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik Bd. 9) – *Bad Homburg v. d. H. – Berlin-Zürich, Gehlen Verlag/Frankfurt, Athenäum* 1969. 508 S. Ganzln. DM 48,–.

Die Bedeutung der öffentlichen Unternehmen in der BRD ist im Vergleich zu der in den EWG-Mitgliedstaaten Frankreich und Italien gering. Trotzdem erschienen zur Rechtslage nach dem GG in den Jahren 1968 und 1969 drei Habilitationsschriften zum Problem der Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb durch eigene Unternehmen. Die hier zu besprechende Arbeit ragt schon durch ihre Schwerpunktbildung heraus. Emmerich befaßt sich vor allem mit der Einordnung der öffentlichen Unternehmen in die Privatrechts- und Wettbewerbsordnung und vermeidet damit bereits vom Ansatz her eine Überstrapazierung des Verfassungsrechts; darüberhinaus versucht er die immer bedeutsamer werdende Durchdringung und Überlagerung des deutschen Rechts durch das europäische Wirtschaftsrecht aufzuzeigen soweit hierdurch die Position der öffentlichen Unternehmen betroffen wird.

Die Arbeit beginnt mit einer knappen historischen Einleitung, einer Begriffsbestimmung des öffentlichen Unternehmens, einer straffen Darstellung der verfassungsrechtlichen Fragen nach dem GG und nach dem EWGV (grundrechtliche Schranken für die Verbreitung öffentlicher Unternehmen, Fiskalgeltung der Grundrechte, öffentliche Unternehmen in der Wirtschaftsverfassung des GG und der Gemeinschaft) und ordnet in einem 2. Teil die öffentlichen Unternehmen in das deutsche Aktien- und Wettbewerbsrecht ein. Schließlich wird die Stellung der öffentlichen Unternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht untersucht. Die Anwendbarkeit des Art. 85 EWG-Vertrag, das Verbot der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung, die Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf Grundsätze der Gemeinschaft auch für eigene Unternehmen (Art. 90 EWGV) und die mögliche Durchbrechung der Wettbewerbsordnung der Gemeinschaft durch Übertragung besonderer Aufgaben der Mitgliedstaaten an ihre Unternehmen (Art. 90 Abs. 2 EWGV) sind hier die Hauptthemen.

1) *Hinweis der Red.:* Die Besprechung konnte dem Rezensenten infolge besonderer Umstände erst 1971 angetragen werden.